

K E N D E L S E

LM Gruppen ApS
(advokat Jesper Petersen Bach, Aarhus)

mod

Banedanmark
(advokat Kristian Hartlev, København)

I overensstemmelse med reglerne i direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) og i henhold til kvalifikationsordning nr. 2016/S 240-437945 for entreprenørvirksomheder udbød Banedanmark i maj 2018 som et begrænset udbud en kontrakt vedrørende byggeri og anlæg i forbindelse med udrulning af FTN Passiv infrastruktur (Fixed Transmission Network – passiv fiberinfrastruktur) i Danmark. Udbuddet var et genudbud, idet det første udbud fra primo 2018 blev annulleret som følge af fejl i udbudsmaterialets tilbudsliste.

I hovedtræk omfattede arbejdet etablering af en sammenhængende nedgravet rørinfrastruktur samt sætning af brønde på en række jernbanestrækninger.

Udbuddet vedrørte to delkontrakter, henholdsvis Delkontrakt Øst, der omfattede strækningen Odense – Svendborg samt optioner på en række øvrige strækninger på Sjælland, Lolland og Falster, og Delkontrakt Vest der omfattede strækningen Langå – Hobro samt som optioner en række øvrige strækninger i Jylland.

Ved udløbet af tilbudsfristen den 14. maj 2018 havde Banedanmark modtaget 4 tilbud på Delkontrakt Øst, herunder fra LM Gruppen ApS ("LM Gruppen") og Aarsleff Rail A/S.

Alle tilbud var konditionsmæssige.

Den 13. juni 2018 besluttede Banedanmark at tildele Delkontrakt Øst til Aarsleff Rail A/S.

Samme dato besluttede Banedanmark at tildele Delkontrakt Vest til M.J. Eriksson A/S. Kontrakten blev indgået den 14. juni 2018.

Den 26. juni 2018 indgik Banedanmark kontrakt med Aarsleff Rail A/S vedrørende Delkontrakt Øst.

Bekendtgørelse 2018/S 157-360645, om med hvem kontrakt var indgået, blev offentliggjort den 17. august 2018.

Den 1. oktober 2018 indgav LM Gruppen klage til Klagenævnet for Udbud over Banedanmark. Klagen har været behandlet skriftligt.

LM Gruppen har nedlagt følgende endelige påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at offentliggøre en bekendtgørelse om indgåelse af kontrakt med Aarsleff Rail A/S efter at være blevet gjort opmærksom på, at Aarsleff Rail A/S' tilbud indeholdt groft urigtige oplysninger, og ved ikke på denne baggrund at have undersøgt forholdet nærmere.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med undersøgelsespligten i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 82, stk. 4, ved ikke at foretage effektiv kontrol af Aarsleff Rail A/S' dokumentation, uagtet at en indleveret vejeseddel ikke indeholdt et serienummer for det tilbudte materiel.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved ikke at ophæve kontrakten mellem Banedanmark og Aarsleff Rail A/S efter at være blevet gjort opmærksom på, at Aarsleff Rail A/S' tilbud indeholdt groft urigtige oplysninger.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved ikke at afvise tilbuddet fra Aarsleff Rail A/S, uanset at tilbuddet indeholdt et forbehold vedrørende Delkriterium II Materiel og Udførelse, idet tilbuddet ikke indeholdt en beskrivelse af Aarsleff Rail A/S' materiel, men derimod en beskrivelse af materiel, som Aarsleff Rail A/S hverken ejede eller rådede over, ligesom Aarsleff Rail A/S uden LM Gruppens accept anvendte dokumentation for materiel, som ejes af LM Gruppen.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 og artikel 89, stk. 4, ved at foretage væsentlige ændringer i kontrakten med Aarsleff Rail A/S som følge af, at Banedanmark accepterer en acceptprøve (blæsetest), som ikke opfylder Banedanmarks krav om maksimalt tryk på 8 Bar, jf. GAB-fiber pkt. 3.4.4 og pkt. 4.3.1.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 og artikel 89, stk. 4, ved at foretage væsentlige ændringer i kontrakten med Aarsleff Rail A/S som følge af, at Banedanmark accepterer anvendelse af materiel, som ikke opfylder Banedanmarks miljøkrav, jf. SAB pkt. 8.4.5 Emissioner til luft.

Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 og artikel 89, stk. 4, ved at foretage væsentlige ændringer i kontrakten med Aarsleff Rail A/S som følge af, at Banedanmark accepterer anvendelse af materiel til udførelse af kontrakten, som ikke svarer

til det tilbudte materiel, idet Aarsleff Rail A/S (i) anvender underentreprenører til udførelse af opgaven og ikke eget personel, (ii) som en del af sit tilbud anvendte dokumentation for materiel ejet af LM Gruppen og (iii) ikke som angivet i tilbuddet råder over eller ejer det materiel, der anvendes til udførelse af opgaven.

Påstand 8

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 og artikel 89, stk. 4, ved at foretage væsentlige ændringer i kontrakten med M.J. Eriksson A/S som følge af, at Banedanmark accepterer anvendelse af materiel, som ikke opfylder Banedanmarks miljøkrav, jf. SAB pkt. 8.4.5 Emissioner til luft.

Påstand 9

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved – efter at LM Gruppen ved brev af 30. november 2018 gjorde Banedanmark opmærksom på, at ingen af de vindende tilbudsgivere opfyldte de for udbuddet fastsatte emissionskrav for arbejdets udførelse efter den udbudte kontrakt, jf. SAB pkt. 8.4.5 *Emissioner til luft* – ikke at have undersøgt forholdet nærmere.

Påstand 10

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved – efter at LM Gruppen ved brev af 30. november 2018 gjorde Banedanmark opmærksom på, at ingen af de vindende tilbudsgivere opfyldte de for udbuddet fastsatte emissionskrav for arbejdets udførelse efter den udbudte kontrakt, jf. SAB pkt. 8.4.5 *Emissioner til luft* – at have fastholdt sin tildelingsbeslutning.

Påstand 11

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 og artikel 89, stk. 4, ved at foretage væsentlige ændringer i kontrakten med M.J. Eriksson A/S som følge af, at Banedanmark accepterer anvendelse af materiel til udførelse af kontrakten, som ikke svarer til det tilbudte materiel, idet M.J. Eriksson A/S (i) ikke anvender de tilbudte

4 stk. Hitachi 14 tons maskiner, som M.J. Eriksson A/S efter indgåelse af kontrakten forgæves har forsøgt at ombygge, så de opfylder Banedanmarks GAB Fiber krav, herunder krav om et maksimalt marktryk på 0,3 kg/cm² og krav om skråtstillede båndkasser i GAB Fiber pkt. 3.1.4 og (ii) anvender 1 maskine ejet af Hans Otto Lynge Maskinbyg A/S og dermed ikke anvender materiel ejet af M.J. Eriksson A/S som angivet i tilbuddet.

Påstand 12

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 som følge af, at M. J. Eriksson A/S' tilbud ikke var konditionsmæssigt, idet en faglig vurdering af det tilbudte materiel i forbindelse med evalueringen af tilbuddet umiddelbart ville have medført, at det ikke må anses for realistisk, at dette materiel kunne anvendes til udførelse af den udbudte opgave.

Påstand 13:

Klagenævnet for Udbud skal annullere Banedanmarks tildelingsbeslutning.

LM Gruppen har taget forbehold for senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Banedanmark har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 9. december 2016 indeholder blandt andet følgende:

”II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Kvalifikationsordningens formål er at etablere en liste over kvalificerede entreprenørvirksomheder, der vil kunne udføre anlægs- og fornyelsesopgaver for Banedanmark inden for følgende fagområder:

- maskinel sporbygning inkl. udskiftning af sveller, skinner, ballast samt ballastrensning og ballastsupplering, dræning mv.
- manuel sporbygning inkl. udskiftning af sveller, ballast og udveksling af sporskifter og sporskiftedrev mv.
- sporstopning, sporjustering og ballastsupplering mv.

- jord- og betonarbejde i forbindelse m. baneprojekter, herunder dæmnings-, afvandings- og ledningsarbejde og arbejde i forbindelse m. forurenede jord
- konstruktioner i forbindelse med baneprojekter inkl. broer og tunneler og perroner
- ballastboringer m. forundersøgelser af ballast, forurening mv.
- kørestrømsarbejde i forbindelse m. baneprojekter inkl. master og mastefundamenter mv.
- stærkstrømsarbejder i forbindelse med baneprojekter, herunder sporskiftevarme
- sikringstekniske arbejder — arbejdsmiljøkoordinator.

...

VI.3) Yderligere oplysninger:

Optagelse på kvalifikationsordningen er ikke ensbetydende med at virksomheden er garanteret opgaver i Banedanmark regi. Optagelse på ordningen medfører at virksomheden kan blive inviteret til afgive bud på konkrete opgaver indenfor de godkendte discipliner. Hvilke virksomheder der inviteres til at afgive bud afgøres på baggrund af en konkret vurdering fra opgave til opgave. I enkelte kontrakter kan det forekomme at Banedanmark indkøber delydelser på vegne af andre myndigheder.”

I udbudsbetingelserne er blandt andet fastsat følgende:

”2.1 Generel beskrivelse

...

Arbejdet udbydes i to delkontrakter – henholdsvis Øst og Vest – det geografiske omfang af de 2 delkontrakter er beskrevet nedenfor.

Der kan bydes på begge delkontrakter, men samme Tilbudsgiver kan ikke blive tildelt begge delkontrakter. Delkontrakterne tildeles således:

Tildelingen af delkontrakterne efter identifikation af det økonomisk mest fordelagtige tilbud for begge delkontrakter sker ved at delkontrakt Øst først tildeles, og dernæst tildeles delkontrakt Vest. I tilfælde af at samme Tilbudsgiver har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud på begge delkontrakter, vil delkontrakt Vest blive tildelt til tilbudsgiver nr. 2 i tilbudsgiverrækkefølgen.

...

4. Evaluering

4.1 Tildelingskriterium

Ved udbud efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet vil kontrakttildeling ske på baggrund af tildelingskriteriet det økonomiske mest fordelagtige tilbud baseret på det bedste forhold mellem pris og kvalitet

Følgende delkriterier vil indgå i vurderingen af tilbuddene til hver delkontrakt:

Nr.	Delkriterium	Vægt i procent
I	Pris	40 %
II	Kvalitet: Materiel og Udførelse	30 %
III	Kvalitet: Organisation og Tidsplan	30 %

...

4.1.2 Evaluering af de kvalitative delkriterier

Delkriterium II Materiel og Udførelse (30%)

Ved vurderingen af dette delkriterium vil der blive lagt vægt på følgende:

MU.01: Materiel – der vil ved vurdering af det tilbudte materiel blive lagt vægt på 1) tilbudsgivers valg af materiel til udførelsen af arbejdet på strækningen, herunder dets egnethed til at arbejde under de fysiske forhold, der er på strækningen, samt forventet fremdrift og forudsætningerne herfor og 2) robusthed af det af tilbudsgiveren valgte materiel, adgang til reservedele og muligheder for at opruste maskinflåden ved uforudsete hændelser under projektet således af den fortsatte fremdrift kan opretholdes.

MU.02: Anlægsmetoder – der vil ved vurdering blive lagt vægt på 1) tilbudsgivers beskrivelse af metoder til udførelse af arbejde under de fysiske forhold på strækningen samt 2) tilbudsgivers beskrivelse af hvordan minimal forstyrrelse af trafikken sikres.

Beskrivelsen af anlægsmetoder skal afspejle Tilbudsgivers evne til at sikre optimal fremdrift med den givne maskinpark, under de fysiske forhold med minimal forstyrrelse af trafikken.

Ved evaluering af delkriteriet vægter materiel og udførelse ligeligt.

...

5. Udarbejdelse af tilbud

5.1.1 Dokumenter der skal vedlægges tilbuddet

...

Delkriterie II – Materiel og udførelse

MU.01: Tilbuddet skal indeholde en beskrivelse af Materiel og Tilbudsgivers maskinpark og robustheden heraf.

Beskrivelsen skal indeholde redegørelse for hvordan de forskellige maskiner er kompatible med de fysiske forhold på strækningen, hvordan fremdriften sikres samt hvorledes Entreprenøren kan imødekomme uforudsete hændelser herunder tilgang til reservedele eller indlån af maskiner. Datablade og vejersedler kan vedlægges.

MU.02: Tilbuddet skal indeholde en beskrivelse af hvilke anlægsmetoder Tilbudsgiver påtænker at anvende til udførelse af Opgaven.

...”

Efter hovedentreprisekontraktens § 3 skulle ydelsen leveres i henhold til ”Detailprojekt, GAB Fiberføringsveje samt øvrige krav beskrevet i Kontraktens bilag”.

I kontraktens § 25 hedder det vedrørende ophævelse:

”I tilfælde af Hovedentreprenørens væsentlige misligholdelse af kontrakten er Banedanmark berettiget til at ophæve kontrakten.

Det betragtes blandt andet som væsentlig misligholdelse af kontrakten, såfremt Hovedentreprenøren på tidspunktet for kontrakttildelingen var omfattet af en udelukkelsesgrund i Implementeringsbekendtgørelsen (bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester nr. 1624 af 15. december 2015) § 10, og derfor skulle have været udelukket fra udbudsproceduren i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 1, 2. afsnit. Banedanmark er i tilfælde heraf berettiget til at ophæve kontrakten uden varsel.”

Af Banedanmarks generelle arbejdsbeskrivelse for samarbejde og arbejdspladsforhold (GAB Samarbejde og Arbejdsplads), der sammen med udbudsmaterialets øvrige dokumenter, dannede grundlaget for samarbejdet mellem Banedanmark og entreprenøren, fremgår blandt andet følgende:

”1.1.10.2 Levering af dokumentation for entreprenørens egenkontrol

Entreprenøren skal senest 14 dage før opstart aflevere et oplæg til en kvalitetsplan. Oplægget aftales med byggeledelsen således, at entreprenørens egenkontrol og byggeledelsens kontrol af entreprenørens processer og dokumentationsarbejde supplerer hinanden.

Entreprenørens kvalitetsplan skal indeholde:

...

- Til hver unik aktivitet skal der vedlægges
 - o En procesbeskrivelse for arbejdets fysiske udførelse

...

1.1.12 SÆRLIGE FORHOLD I FORBINDELSE MED ARBEJDER I OG VED SPOR

...

1.1.12.3 Krav til sporkørende materiel

Alt sporkørende materiel skal inden det sporsættes på Banedanmarks infrastruktur have en ibrugtagningstilladelse udstedt af Trafik- og Byggestyrelsen jf. Bekendtgørelse om godkendelse af køretøjer på jernbaneanrådet (Bekendtgørelsen kan findes på Trafik- og Byggestyrelsens hjemmeside).

For to-vejskøretøjer (uden attest) gælder, at der af Banedanmark kan udstedes en udvidet overensstemmelseserklæring, der så ligeledes gælder som en ibrugtagningstilladelse. Den udvidede overensstemmelseserklæring kræver ikke sagsbehandling/godkendelse hos Trafik- og Byggestyrelsen.

...

Inden start af entreprisen skal entreprenøren udarbejde en oversigt som viser hvilke maskiner der påtænkes anvendt. Listen skal oplyse om dato for kompatibilitetsattest/overensstemmelseserklæring, ibrugtagningstilladelse, UT-tilladelse, hhv. udvidet overensstemmelseserklæring samt vedligeholdelsesdata.

...

1.1.12.9 Kørsel på Banedanmarks sikkerhedsgodkendelse

Inden entreprenøren igangsætter arbejder, der forudsætter kørsel på Banedanmarks infrastruktur, skal der foreligge en tilladelse til kørsel på Banedanmarks sikkerhedsgodkendelse. Godkendte jernbanevirksomheder kan i visse tilfælde køre på eget ansvar, dog aldrig på spærret spor.

Betingelsen for at opnå denne tilladelse er, at køretøjet er medtaget på materiellisten, se afsnit 1.1.12.2, samt at det føres af personale med den nødvendige kompetence og strækningskendskab...”

I GAB Fiber (Generel Arbejdsbeskrivelse for føringsveje til fiber og udlægning af fiber) hedder det blandt andet:

”3. Udførelsesfasen; Føringsveje

3.1 Alment

...

3.1.4 Materielkrav

Der skal anvendes materiel, der maksimalt har et marktryk på 0,3 kg/cm² ved kørsel mellem grøft og spor. Hvis der ikke er nogen grøft gælder samme krav ved kørsel tættere på spor end 4 m samt ved enhver form for kørsel på dæmningsskrånninger. Dette skal af entreprenøren dokumenteres både ved vejersedler og beregning for hver enkelt maskine.

Materiel skal kunne køre på skrå flader op til maksimalt 45° (grøftebanketter, dæmningsskrånninger eller udgravningsskrånninger), med hele trædefladen på terrænet.

Materiellet må ikke efterlade formændring i terrænet ved kørsel mellem grøft og bane eller kørespor dybere end 10 cm på 3. mands areal, og det skal sikres, at kørsel med materiel sker på en for terrænet skånsom måde.

Der må ikke ved kørsel med køretøjer eller ved anvendelse af udstyr i øvrigt ske skade på genstående træers bark eller rødder.

Materiellet skal være egnet til at arbejde kan opfylde de regler, der gælder for arbejde på Banedanmarks arealer (altså have krøjestop, jording mm). Endvidere gælder, at materiellet skal kunne køre med skråstillede båndkasser, når der skal arbejdes i eller ved skrånninger og grøfter.

Dokumentationen for ovennævnte krav skal fremsendes uopfordret til byggeledelsen senest 2 kalenderuger inden pågældende materiel påtænkes anvendt.

...

3.4 Kontrol

...

3.4.4 Acceptprøve

Når de første 10 %, dog mindst 2 km, rørpakketracé er etableret og tilhørende brønde er etableret, skal der afholdes en accept-prøve, hvor der skal blæses en testfiber igennem et af de nederste rør. Leverandørens anvisninger og eventuelle krav fra Banedanmark skal følges ved prøveblæsninger, herunder krav til tryk og fremføringshastighed som gennemføres iht. afsnit 4.3.1.

Banedanmark oplyser om testfiberen skal forblive i røret til som blivende fiber eller om den skal trækkes tilbage.

Såfremt denne prøveblæsning ikke kan godkendes af byggeledelsen, må videre arbejde ikke udføres uden byggeledelsens skriftlige accept.

...

3.4.5 Kontrolblæsning

På alle strækninger skal alle rør, efter endt montage af brønde i begge ender, blæses igennem med en cylinderformet testprobe. Entreprenøren skal sikre rør, brønde og øvrigt udstyr mod at blive beskadiget ved denne gennemblæsning.

Testproben skal have en længde på mindst 5 gange rørets indre diameter, og en diameter på 90% af rørets diameter.

Bygherre kan stille krav om yderligere kontrolblæsning.

...

4. Udførelsesfasen; Fiberarbejde

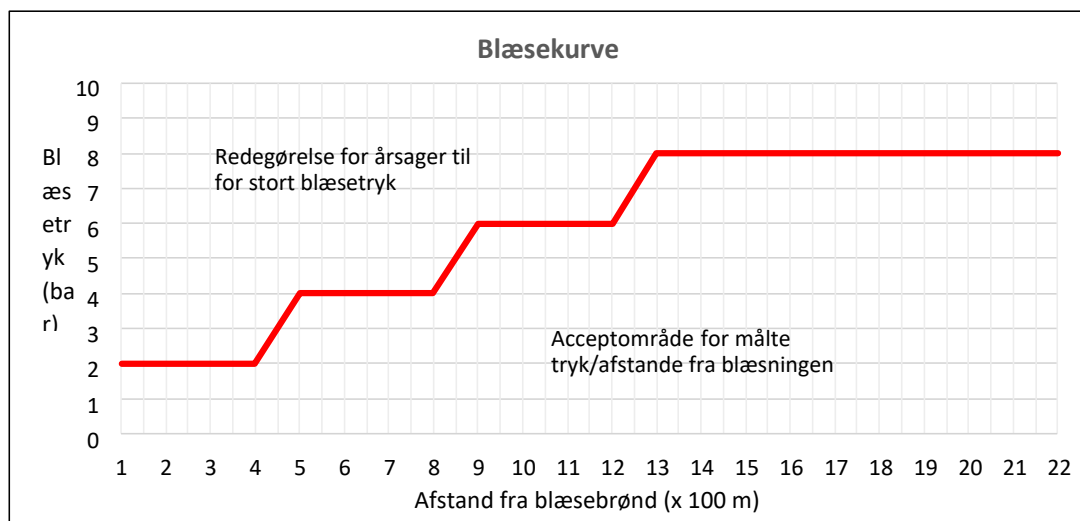
...

4.3.1 Blæsning af fiber

...

Gennemblæsning af fiber i den etablerede rørinfrastruktur skal ske med blæsetryk som ligger under blæsekurven i Figur 13; Hvis dette ikke er muligt skal der udarbejdes en afvigelsesrapport med forklaring på behovet for højere blæsetryk.

Datalogning for sammenligning med blæsekurven skal ske mindst pr. 100 m.



Figur 13 Grænsekurve for acceptabelt blæsetryk som funktion af blæseafstanden ved fiberblæsning.

...”

Banedanmarks overordnede emissionskrav fremgår af GAB Miljø (Generel arbejdsbeskrivelse for miljøforhold i projekter udført af Banedanmark Anlæg), hvor det hedder:

”4.5 Emissioner til luft

Unødig tomgangskørsel skal undgås.

Ved kørsel med lastbiler i områder omfattet af miljøzoner⁴, skal lovens krav følges.

Kravene om partikelbegrænsende udstyr omfatter ikke skinnekørende materiel.

...

⁴ Bekendtgørelse nr. 1323 af 21.12.2011 om miljøzoner ”

Af SAB (særlig arbejdsbeskrivelse) for arbejder, som skal udføres i forbindelse med entrepriserne på henholdsvis strækningen Langå – Hobro og Odense – Svendborg fremgår blandt andet følgende specifikke emissionskrav:

”...

Nærværende SAB er et anlægsspecifikt supplement til de generelle arbejdsbeskrivelser (GAB'er) særligt GAB Fiber (Generel Arbejdsbeskrivelse for føringsveje til fiber og udlægning af fiber) version G, herunder

også Almindelig arbejdsbeskrivelse for styrbare metoder (AAB), udgivet af Kontrolordning for styret boring og gennempresning (NO-DIG).

...

8.4.5 Emissioner til luft

Der henvises til GAB Miljø, afsnit 4.5 med følgende tilføjelser:

Lastbiler skal minimum opfylde krav i Euro V standard med reference til 715/2007/EC eller have monteret partikelfilter.

Norm	Gyldig fra	CO g/KWH	HC g/KWH	NO _x g/KWH	PM g/KWH	Røg l/m
Euro 5	2008	1,5	0,5	2,0	0,02	0,02

Gravemaskiner, traktorer og lignende skal mindst opfylde Trin 3B, jf. Bek. 1458 af den 07.12.2015 om reduktion af luftforurening.

Grænseværdier og ikrafttrædelsesdatoer for dieselmotorer til anvendelse i maskiner, jf. § 4 og § 12. Trin 3 B.

Kategori	Normkrav	Gyldig fra	CO g/KWH	HC g/KWH	NO _x g/KWH	HC+NO _x	PM g/KWH
L	130≤P≤560	01.01.2011	3,5	0,19	2,0	-	0,025
M	75≤P≤130	01.01.2012	5,0	0,19	3,3	-	0,025

Dog skal tungt anlægsudstyr > 75 kW opfylder krav til Trin 4.

Grænseværdier og ikrafttrædelsesdatoer for dieselmotorer til anvendelse i maskiner, jf. § 4 og § 12. Trin 4

Kategori	Normkrav	Gyldig fra	CO g/KWH	HC g/KWH	NO _x g/KWH	HC+NO _x	PM g/KWH
Q	130≤P≤560	01.01.2014	3,5	0,19	0,4	-	0,025
R	56≤P≤130	01.10.2014	5,0	0,19	0,4	-	0,025

”

I forbindelse med offentliggørelsen af udbuddet offentliggjorde Banedanmark en oversigt over, hvilke dispensationer der var relevante for henholdsvis Delkontrakt Øst og Delkontrakt Vest.

For begge delkontraktens vedkommende var der givet dispensation til ikke at følge Banedanmarks Tekniske Meddelelse TM62 (”TM62”). Af dispensationsansøgningen, som blev godkendt den 1. august 2018, fremgår følgende:

”Der ønskes dispensation fra TM62 og afsnittet om midlertidige udgravninger nær spor i drift. Ved dispensationer fra denne regel er der praksis for, at der kun gives dispensation hvis der udføres 100% geoteknisk tilsyn af en geotekniker med praktisk og teoretisk indsigt i det pågældende arbejde.

FNT Passiv fiberfornyelse placerer Den Nye Fiberinfrastruktur i en maks. 80 cm dyb rende, beliggende i et kabeltrace der som udgangspunkt ligger 4 meter fra nærmeste skinne i venstre side af banen (i stigende kilometring). Nedgravningen af rørpakken foregår primært ved kædegravning, efter forudgående rydning. Dog er der for entreprenøren metodefrihed, og nedgravning kan derfor også ske ved pløjning, skovlgravning, sugning eller andet.

...”

I dispensationen for så vidt angår Delkontrakt Øst står der endvidere opsummerende:

”Det der tillades ved dispensationen er altså at der på TIB 21 midlertidigt graves en maks. 15 cm bred og maks. 80 cm dyb rende i den nævnte trace, hvor der graves under CC3-linjen som beskrevet ovenfor. Den åbne udgravning opfyldes, dækkes og komprimeres fortløbende og umiddelbart efter gravning. Der vil således på intet tidspunkt være en åben udgravning udover varigheden af én arbejdsdag og den åbentstående rende må på intet tidspunkt være længere end 10 meter lang på skråninger og dæmninger.”

Ved udløb af tilbudsfristen den 14. maj 2018 havde Banedanmark som anført modtaget 4 tilbud på Delkontrakt Øst. Blandt tilbudsgiverne var LM Gruppen og Aarsleff Rail A/S. Banedanmark fandt alle tilbud konditionsmæssige.

Udbuddet var struktureret efter et ”2 kuvert system”, hvor tilbudsgiverne skulle aflevere pristilbud i kuvert 1 og det kvalitative tilbud i kuvert 2.

Af tilbuddet fra Aarsleff Rail A/S fremgår blandt andet følgende:

”3. Materiel og Udførelse

...

...Arbejde på baneskråninger udfordrer traditionelle maskiner. Aarsleff Rail udfører opgaver i vanskeligt terræn med nøje udvalgte maskiner. På

FTN Passiv anvender vi bl.a. minigravemaskine Takeuchi TB260 med levelizer-teknologi.

3.1 MU.01: Materiel - valg og egnethed

Vores besvarelse er opdelt i to underafsnit:

- 3.1.1 Beskrivelse af maskinparken
- 3.1.2 Robusthed

3.1.1 Beskrivelse af maskinparken

Med en udfordrende opgave langs jernbanestrækninger, er det rette materiel af stor vigtighed. Terrænet kan være vanskeligt og tilgængeligheden begrænset. Det stiller krav til materiellets ydeevne og robusthed. Hovedparten af arbejderne udføres som dagarbejde mere end 4 m fra spor og dermed uden sporspærring, Vi ser dog et potentiale for at udnytte sporkørende maskiner til et begrænset antal opgaver, såsom udkørsel af materialer, arbejder under broer, arbejder på stationer og andre lokaliteter med stærkt begrænset plads. Disse arbejder vil forgå i sporspærringer om dagen eller i natspærringer, med minimale forstyrrelser af togdriften.

For at give Banedanmark et godt overblik over vores valg af materiel og dets egnethed, beskriver vi i nedenstående skema, hvilke maskiner vi har valg til udførelsen, hvor mange enheder vi anvender, anlægsmetode, materiellets egnethed samt den planlagte fremdrift og materiellets robusthed.

...

3.1.2 Maskinparkens robusthed

Banedanmark er sikret en robust maskinpark med Aarsleff Rails allokering af maskiner. Som ekstra sikring leverer vi i en maskinpark, der er ny, velvedligeholdt af egne medarbejdere på eget værksted, og aftaler vi har indgået med lokale maskinudlejere om reservemaskiner, hvis alle vores egne reservemaskiner skulle være optaget.

...

Indlån af eksterne maskiner

I tilfælde hvor vi ikke kan tilvejebringe eget materiel inden for de ovennævnte 24 timer, indlejer vi materiel fra en relevant ekstern leverandør.

Aarsleff Rail har faste samarbejdsaftaler med alle de store materieludlejningsfirmaer og før opstart af de enkelte delstrækninger undersøger vi desuden det lokale marked for entreprenører og mindre maskinstationer, og indgår beredskabsaftaler med relevante aktører.

...”

Som bilag til tilbuddet var blandt andet vedlagt en maskinspecifikation på en gravemaskine Takeuchi TB260 Levelizer samt en vejeseddel (uden serienummer) på en sådan.

Af tilbuddet fra M.J. Eriksson A/S fremgår blandt andet, at virksomheden havde valgt at anvende ”14 t gravemaskine af typen Hitachi Zaxis 135 US, som ombygges med specielle bånd” til nedgravning af rørpakke.

LM Gruppen anmodede ved e-mail af 25. maj 2018 Banedanmark om aktindsigt i udbudsdokumenterne, hvilket ved e-mail af 4. juni 2018 blev præciseret til at vedrøre dokumenter, som kunne være med til at belyse de kvalitative delkriterier.

Ved tildelingsbeslutning af 13. juni 2018 tildelte Banedanmark Delkontrakt Øst til Aarsleff Rail A/S. Banedanmarks evalueringsrapport var vedlagt som bilag til afslagsskrivelsen til LM Gruppen.

Af Evalueringsrapport: Entreprenørudbud Øst/Vest II fremgår blandt andet følgende:

”5. Resultat af evalueringen

5.1 FTN Passiv Øst

...

5.1.2 Materiel og udførelse

...

Tilbudsgiver	Point	Begrundelse
...		

Aarsleff Rail	9,50	<p>MU.01: Tilbudsgivers valg af materiel vurderes som værende fremragende. Beskrivelsen af anvendelse af maskiner er tydelig og klar - redegør for fremdrift, for alt materiel i hele processen, Redegør for rådighed. Valgte materiel beror på de faktiske fysiske forhold ved gennemgang af den enkelte strækning. Tilbudsgiver har redegjort for en række særlige forhold omkring banen. Robustheden af maskinparken vurderes som fremragende.</p> <p>MU.02: Tilbudsgivers beskrivelse af anlægsmetoder og hvorledes disse sammenholdt med de tilbudte maskiner sikrer fremdrift uagtet de fysiske forhold og under stor hensyntagen til trafikken er fortrinlig. Tilbudsgiver demonstrerer fokus på end-end processen og udviser forståelse for at kunne kombinere anlægsmetoder og maskiner efter de faktiske forhold.”</p>
---------------	------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

”

Af evalueringsrapporten fremgår blandt andet følgende vedrørende Delkontrakt Vest, der blev tildelt M.J. Eriksson A/S:

”5.2 FTN Passiv Vest

...

5.2.2 Materiel og Udførelse

...

Tilbudsgiver	Point	Begrundelse
...		
M.J. Eriksson	9,75	<p>MU.01: Tilbudsgivers valg af materiel til løsning af opgaven vurderes som værende fortrinlig idet der tilbydes en fleksibel maskinpark med beskrivelser for den fulde arbejdsproces. De viser de har</p>

		<p>forstået opgavens forskellighed. Der er gennemtænkt flere scenarier af nedbrud. Der tilbydes en fleksibel maskinpark med god mulighed for erstatning og reparation der understøtter opretholdelse af fremdrift. MU.02: Tilbudsgivers beskrivelse af forskellige udførelsesmetoder er fremragende. Der tages højde for udfordringer og giver samlet set et godt grundlag for løsning af opgaven herunder hensyntagen til de trafikale forhold.”</p>
--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

”

Den 13. juni 2018 fremsendte Banedanmark underskrevet kontrakt til Aarsleff Rail A/S med anmodning om at få kontrakten returneret snarest muligt i underskrevet stand.

Kontrakten med M.J. Eriksson A/S blev underskrevet af Banedanmark og selskabet henholdsvis den 13. og 14. juni 2018.

Den 26. juni 2018 kl. 10.49 skrev Banedanmark følgende til Aarsleff Rail A/S:

”Jeg kan ikke se jeg har modtaget en underskrevet kontrakt til dig – og tidsplanen lber.....vil du være rar at kontakte mig.”

Aarsleff Rail A/S besvarede henvendelsen samme dag ved e-mail kl. 13.46, som lyder:

”Jeg beklager meget, men jeg havde ikke set at vi allerede havde modtaget kontrakten samtidig med tildelingsbrevet.

Jeg skal sørge for at den kommer ind til i underskrevet asap, og jeg vil ligeledes senere i dag eller i morgen fremsende forslag til opstartsmøde.”

LM Gruppen accepterede ved e-mail af 26. juni 2018 kl. 14.18 Banedanmarks tilbud om et møde for gennemgang af evalueringsrapporten inklusive pointtildelingen. Samtidig anmodede LM Gruppen om aktindsigt i tilbudene fra Aarsleff Rail A/S og M.J. Eriksson A/S.

Det fremgår af kontrakten mellem Banedanmark og Aarsleff Rail A/S, at denne blev underskrevet af Banedanmark den 13. juni 2018 og af Aarsleff Rail A/S den 26. juni 2018.

Den 6. august 2018 afholdt Banedanmark et møde med LM Gruppen. På mødet blev en række bekymringspunkter, som var rejst af LM Gruppen, drøftet.

Bekendtgørelse 2018/S 157-360645, om med hvem kontrakt var indgået, blev offentliggjort den 17. august 2018.

Det fremgår blandt andet af bekendtgørelsen, at værdien af Delkontrakt Øst er på 73.064.777 kr.

Af en redegørelse af 24. august 2018, som Banedanmark udfærdigede efter mødet den 6. august 2018, fremgår blandt andet følgende:

”1.2 Bekymringspunkter rejst

LM Gruppen rejste følgende punkter:

...

- Entreprenørerne (Aarsleff Rail og MJ Eriksson) har budt ind med maskiner eller beskriver at de er i besiddelse af maskiner som LM Gruppen ikke mener at stemme overens med virkeligheden.
- Der såes tvivl ved om de vindende entreprenører kan skaffe de nødvendige maskiner til løsning af opgaven herunder maskiner der må arbejde indenfor sikkerhedsgrænsen på 4 meter.
- LM Gruppen rejser bekymring for at Aarsleff Rail har angivet ”Groft urigtige” informationer i deres tilbud samt at der skulle foreligge dokumentfalsk med vejesedler fremsendt i forbindelse med tilbudsafgivning. LM Gruppen mener at Aarsleff Rail har baseret sit tilbud på et dokument der vedrører en maskine som er ejet af LM Gruppen samt at angivelsen af serienumre ikke stemmer – hvilket vurderes af advokat Jesper Petersen Bach at være afgivelse af groft urigtige oplysninger. Jesper Petersen Bach henleder BDKs opmærksomhed på at ordregiver er forpligtet til at udelukke en tilbudsgiver som har angivet ”groft urigtige oplysninger”.

- LM Gruppen mener at entreprenørerne har budt ind med maskiner som mistænkes ikke at leve op til BDKs mindstekrav vedrørende maksimalt marktryk.

...

1.4 Entreprenørernes maskinpark

- 1) Entreprenørerne (Aarsleff Rail og MJ Eriksson) har budt ind med maskiner eller beskriver at de er i besiddelse af maskiner som ikke menes at stemme overens med virkeligheden.
- 2) Der såes tvivl ved om de vindende Entreprenører kan skaffe de Nødvendige maskiner til løsning af opgaven herunder maskiner der må arbejde indenfor sikkerhedsgrænsen på 4 meter.

Ad 1: Der er fra BDKs side intet krav om at Entreprenørerne skal eje de maskiner der bydes ind med – de kan lejes, leases eller indkøbes efter kontraktindgåelse så længe Entreprenøren kan overholde sine forpligtelser i kontrakten. Der er heller ikke krav om at maskinerne ejes på tidspunktet for tilbudsafgivelse, da det vil være nok at maskinerne er til stede ved opgavens udførelse.

Ad 2: BDK har for nærværende ingen grund til at tro at Entreprenørerne ikke kan overholde sine forpligtelser og imødekomme de krav der er i kontrakten. Entreprenørerne skal aflevere vejersedler forud for arbejdets påbegyndelse såfremt der er tale om arbejde indenfor for 4 meter af sporet.

Generelt har Entreprenørerne metodefrihed under udførelse så længe krav og rammer i kontrakten overholdes.

Der foreligger for nærværende ingen mislighold fra Entreprenørernes side som kan give BDK tvivl om hvorvidt Entreprenørerne kan løse opgaven på de givne præmisser.

1.5 Angivelse af groft urigtige oplysninger i tilbud

...

Såfremt LM Gruppen mener at Aarsleff Rail uretmæssigt er i besiddelse af informationer som tilhører LM Gruppen, er dette en sag LM Gruppen skal føre direkte mod Aarsleff Rail.

Det hævdes at Aarsleff Rail har baseret til tilbud på en maskine som er ejet af LM Gruppen. I det Aarsleff Rail byder ind med en maskinpark

som blandt andet består af 1 skinnekørende gravemaskiner, 1 skinnekørende sugemaskine, 4 mindre minigravere og 4 lidt større minigravere, mener BDK ikke at tilbuddet er baseret på en bestemt maskine.

Levelizer er dertil kun et krav såfremt der skal køres på grøfter og dæmninger op til 45 grader.

Der er fra BDKs side ikke noget krav om at Entreprenøren skal eje de maskiner der bydes ind med. Der er ikke noget i tilbuddene fra de vindende entreprenører, der har givet Banedanmark anledning til at mistænke, at de oplysninger, der er givet i tilbuddet ikke har været korrekt eller har været urigtige på tidspunktet for evaluering af tilbuddene. Ligeledes har der heller ikke på tidspunktet efter tildeling eller før underskrift af kontrakterne med de vindende entreprenører opstået mistanke om urigtige oplysninger. Bekymringen om de urigtige oplysninger kommer derfor først til Banedanmarks kundskab ved mødet med LM Gruppen d. 6. august 2018 – hvv. 53 og 41 dage efter kontraktunderskrift. Det skal for en god ordens skyld nævnes at udelukkelse ikke kan ske efter kontraktindgåelse.

For nærværende har BDK ikke grund til at tro at Entreprenørerne ikke kan løse opgaven indenfor de givne rammer og BDK kan ikke foretage juridiske foranstaltninger for muligt fremtidigt mislighold af kontrakten.

...”

I e-mail af 6. september 2018 til LM Gruppen skrev Aarsleff Rail A/S’ advokat, advokat Måjse Jarlov, følgende:

”...

Det er korrekt, at Aarsleff Rail A/S’ tilbud indeholder en kopi af en vejesedel i anonymiseret form for en gravemaskine af typen Takeuchi TB260 Levelizer. Vejesedlen er modtaget fra Øbakke A/S, som har fremskaffet disse data fra Lyng Maskinbyg, der har udfærdiget dokumentationen. Vi har noteret os dit udsagn om, at vejesedlen er udstedt for en maskine, som nu ejes af LM Gruppen. Jeg mener ikke, at denne oplysning har nogen betydning i forhold til det gennemførte udbud, herunder kontrakttildelingen til Aarsleff Rail A/S. Det skyldes bl.a. det forhold, at sletning af serienummeret i Aarsleff Rail A/S’ tilbudsdocument netop er sket for at illustrere, at det ikke er denne specifikke maskine, der er tilbudt. Min klient ser derfor ikke, at der er et grundlag for en videre drøftelse om det gennemførte udbud.

...”

Den 24. oktober 2018 fremsendte Aarsleff Rail A/S blæseprotokoller fra to blæsninger til Banedanmark, der ved e-mail af 25. oktober 2018 godkendte testen.

Ved brev af 30. november 2018 til Banedanmark anmodede LM Gruppen om et møde med Banedanmark med henblik på at afklare, om der kan findes en mindelig løsning på tvisten mellem parterne. I brevet anførtes de problemstillinger, som LM Gruppen ønskede at drøfte:

”...

1. Emissionskrav

Som bekendt har min klient løbende fulgt op på de to igangværende projekter og foretaget besigtigelse af materiel på pladsen.

I den forbindelse har min klient konstateret, at ingen af de vindende tilbudsgivere opfylder de under udbuddet fastsatte emissionskrav (miljøkrav), som gælder for arbejdets udførelse efter den udbudte kontrakt, jf. SAB pkt. 8.4.5 Emissioner til luft.

...

2. Krav til maksimalt marktryk og øvrige krav til maskinerne i GAB-fiberføringsveje

De vindende tilbudsgivere (Aarsleff Rail og MJ Eriksson) har budt ind med maskiner, som ikke opfylder Banedanmarks krav og regelsæt.

...

3. Blæsetest

...

Det bemærkes i den forbindelse for god ordens skyld, at alt videre arbejde skal stilles i bero, hvis blæsetesten ikke opfylder de fastsatte krav, jf. blandt andet afsnit 3.4.4 i GAB-fiberføringsveje.

Til trods for dette er det fra pålidelig kilde oplyst, at der i forbindelse med udførelse af testen blev målt op til 8,4 Bar, hvilket er en overskridelse af maksimalt tilladte tryk på 8 Bar...”

4. Urigtige oplysninger om vindende tilbudsgivers maskiner

Som bekendt, har Aarsleff Rail i sit tilbud dels afgivet groft urigtige oplysninger om det materiel, Aarsleff Rail skulle være i besiddelse af til udførelse af opgaven, dels anvendt dokumentation for materiel, som er ejet af min klient.

...

5. Underentreprenører

Min klient har fået oplyst og ved selvsyn konstateret, at entreprenørerne ved udførelsen af arbejdet anvender underentreprenører i videre omfang end forudsat i tilbuddene.

...

6. Dispensation for kontraktkrav

På baggrund af blandt andet det ovenstående tegner der sig generelt et billede af, at de udførende entreprenører ikke opfylder, og ikke kan opfylde kontrakten i overensstemmelse med kontraktens krav og vilkår og de afgivne tilbud, og at der dermed må dispenseres fra flere krav.

...

7. Ophævelse af kontrakterne og anvendelse af optioner

... at Banedanmark som ansvarlig ordregiver i det mindste må have en forpligtelse til at benytte sig af hæveadgangen og dermed til at bringe kontrakten til ophør på det tidspunkt, hvor Banedanmark bliver bekendt med, at en entreprenør under udbudsprocessen har afgivet urigtige oplysninger, og at entreprenørerne ikke kan opfylde kontrakten i overensstemmelse med kontraktens vilkår.

Jeg henleder i den forbindelse opmærksomheden på kontraktens § 25, som regulerer Banedanmarks adgang til at ophæve aftalen.

Derudover er det min vurdering, at Banedanmark på baggrund af ovenstående under alle omstændigheder vil være udelukket fra at anvende optionerne under aftalen.

...”

Banedanmark har ved e-mail af 11. november 2019 oplyst, at kontrakten mellem Banedanmark og M.J. Eriksson A/S er bragt til ophør af andre årsager.

Parternes anbringender

LM Gruppen har ad påstand 1 og 2 gjort gældende, at Aarsleff Rail A/S i sit tilbud dels afgav groft urigtige oplysninger om det materiel, Aarsleff Rail A/S skulle være i besiddelse af til udførelse af opgaven, dels anvendte dokumentation for materiel, som var ejet af LM Gruppen, uden af LM Gruppen havde givet accept hertil.

Aarsleff Rail A/S havde som en del af sit tilbud indleveret en vejeseddel fra en af LM Gruppens maskiner, hvor serienummeret var slettet. Dermed afgav Aarsleff Rail A/S bevidst urigtige oplysninger. Aarsleff Rail A/S var ikke ejer og havde ikke råderet over det materiel, som man angav at eje/råde over i tilbuddet. Aarsleff Rail A/S' advokat har bekræftet, at man havde fjernet serienumrene på den vejeseddel, der var vedlagt tilbuddet.

Det fremgik af udbudsbetingelserne pkt. 5.1.1, at tilbuddet skulle indeholde en beskrivelse af tilbudsgivers maskinpark og robustheden heraf. Beskrivelsen skulle desuden indeholde en redegørelse for, hvordan de forskellige maskiner var kompatible med de fysiske forhold på strækningen, hvordan fremdriften sikredes, samt hvorledes entreprenøren kunne imødekomme uforudsete hændelser, herunder tilgang til reservedele eller indlån af maskiner. Der kunne vedlægges datablade og vejesedler.

Med "tilbudsgivers maskinpark" må forstås en maskinpark, som tilbudsgiveren har rådighed over. Derudover fremgik det af udbudsbetingelsernes punkt 4.1.2, at Banedanmark ved evalueringen af Delkriterium II Materiel og Udførelse blandt andet lagde vægt på tilbudsgivers valg af materiel og robustheden heraf.

Aarsleff Rail A/S' tilbud fremstod som om, at Aarsleff Rail A/S var ejer af det pågældende materiel og desuden havde allokeret dette til udførelse af opgaven. I Aarsleff Rail A/S' tilbud stod blandt andet, at man ville køre med eget materiel og egne maskinførere. Det blev dog efterfølgende konstateret, at Aarsleff Rail A/S ikke rådede over en eneste maskine og ej heller personel til at køre på strækningen. Alt arbejde blev dermed reelt udført via underentreprenører.

Den omstændighed, at Aarsleff Rail A/S ikke har kunnet præstere de oprindeligt tilbudte maskiner, understøtter, at Aarsleff Rail A/S ikke på noget tidspunkt har været i besiddelse af det tilbudte "eget" materiel, herunder reservemateriel og specialudviklet materiel til brug for udførelse af arbejde på Banedanmarks strækninger, og at Aarsleff Rail A/S dermed har afgivet groft urigtige oplysninger om det materiel, man angav at være i besiddelse af til udførelse af opgaven.

Det må med udbudsbetingelsernes formulering være forudsat, at arbejdet skulle udføres i overensstemmelse med den metode, Aarsleff Rail A/S havde beskrevet i sit tilbud. I modsat fald ville konkurrencen ingen sammenhæng have med den måde, opgaven skulle udføres på, og dermed ville det i princippet være ligegyldigt, hvad tilbudsgiver havde skrevet i sit tilbud. Herunder må det være væsentligt, hvorvidt tilbudsgiverne anvendte eget materiel. Særligt når en tilbudsgiver – som Aarsleff Rail A/S – gør så meget ud af at understrege, at man ville anvende eget materiel, som blev vedligeholdt af egne folk, må sådanne oplysninger vurderes at blive tillagt (positiv) vægt i forbindelse med evaluering af tilbuddet.

Banedanmark burde have undersøgt de modtagne vejesedler fra Aarsleff Rail A/S nærmere. Det forhold, at den pågældende vejeseddel ikke indeholdt et serienummer, burde således have givet anledning til tvivl om, hvorvidt Aarsleff Rail A/S rent faktisk rådede over det pågældende materiel. Desuden burde Banedanmark i kraft af et mangeårigt samarbejde med LM Gruppen have været bekendt med, at det materiel, som vejesedlen vedrørte, var materiel, der var specialudviklet af LM Gruppen. Banedanmarks projektleder på sagen må også – i kraft af det mangeårige samarbejde med LM Gruppen og varetagelse af udbud af den pågældende karakter – have opnået en særlig sagkundskab om de løsninger, LM gruppen tilbød. Banedanmarks projektleder, som forestod evalueringen af de modtagne tilbud, havde derfor også særlig anledning til at undersøge dokumentation for LM Gruppens specialudviklede materiel tilbudt af andre tilbudsgivere, ikke mindst fordi dokumentationen ikke indeholdt et serienummer.

På baggrund af Banedanmarks projektleders kendskab til det pågældende marked og LM Gruppens begæring om aktindsigt den 25. maj 2018, præcisering den 4. juni 2018, efterfølgende telefoniske samtaler mellem Mette Sandvig og Søren Knudsen samt anmodning om et møde den 26. juni 2018,

burde Banedanmark samlet have sikret sig, at tilbuddet var konditionsmæssigt og baseret på korrekte oplysninger.

Det fremgik af bekendtgørelsen om indgåelse af kontrakterne med M.J. Eriksson A/S og Aarsleff Rail A/S, at kontrakten med M.J. Eriksson A/S blev indgået den 14. juni 2018, hvilket var dagen efter tildeling af kontrakterne den 13. juni 2018, mens kontrakten med Aarsleff Rail A/S først blev indgået den 26. juni 2018, hvilket var samme dag, som LM Gruppen anmodede Banedanmark om et møde vedrørende indsigelser mod det gennemførte udbud.

Det bestrides, at Banedanmark ikke var bekendt med, at LM Gruppen ønskede et møde eller aktindsigt i tilbuddene fra Aarsleff Rail A/S og M.J. Eriksson A/S før efter, at man havde rykket Aarsleff Rail A/S for at fremsende den underskrevne kontrakt. Planen om et møde mellem parterne var kendt for Banedanmark længe forud for fremsendelsen af e-mailen til Aarsleff Rail A/S den 26. juni 2018 kl. 10:49. LM Gruppen havde allerede den 25. maj 2018 bedt om en nærmere forklaring på Banedanmarks håndtering af udbudsprocessen. LM Gruppens e-mail af 26. juni 2018 kl. 14:18 var en bekræftelse på deltagelse i et møde, der blev til på LM Gruppens initiativ efter invitation fra Banedanmarks projektleder og i forlængelse af flere telefoniske samtaler.

Det fremgik ikke af Aarsleff Rail A/S' e-mail af 26. juni 2018 kl. 13:46, at Banedanmark rent faktisk modtog den underskrevne kontrakt fra Aarsleff Rail A/S inden modtagelsen af LM Gruppens e-mail af 26. juni 2018 kl. 14:18. Det fremgik heller ikke af e-mailen, om Banedanmark selv havde underskrevet kontrakten med Aarsleff Rail A/S på tidspunktet for modtagelsen af LM Gruppens e-mail. Det er således ikke dokumenteret, at Banedanmark indgik kontrakt med Aarsleff Rail A/S, før Banedanmark modtog LM Gruppens e-mail af 26. juni 2018 kl. 14:18.

Allerede ved e-mails af 25. maj 2018 og 4. juni 2018 anmodede LM Gruppen om fuld aktindsigt, herunder i evalueringsdokumenter. Af e-mailen af 4. juni 2018 fremgik det, at klager "på daværende tidspunkt" alene ønskede aktindsigt i en række konkrete dokumenter. Formuleringen må forstås sådan, at der alene var tale om en foreløbig anmodning om aktindsigt, og at LM Gruppen forbeholdt sig ret til at anmode om yderligere dokumenter. Banedanmark havde således i en længere periode forud for kontraktindgåelsen med Aarsleff Rail A/S også været bekendt med LM Gruppens ønske om aktindsigt i de

relevante dokumenter til brug for en afklaring af udbudsprocessens og tilbudenes lovlighed.

Banedanmark har ad påstand 1-2 gjort gældende, at undersøgelsespligten efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 82, stk. 4, ikke medfører, at der påhviler ordregivere en generel pligt til at undersøge rigtigheden af oplysninger i afgivne tilbud, jf. lovbemærkningerne til udbudslovens bestemmelser om undersøgelsespligt og eksempelvis klagenævnets kendelse af 28. september 2018, Bayer A/S mod Banedanmark.

Det følger af fast klagenævnspraksis, at ordregiver alene er forpligtet til at kontrollere oplysningerne i tilbuddet, hvis der for ordregiveren foreligger omstændigheder, som giver særlig anledning til en sådan kontrol, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 28. september 2018, Bayer A/S mod Banedanmark, og kendelse af 27. juni 2018, Abena A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

Udbudsmaterialet fastsatte ingen krav om ejerskab til materiel. Det var fuldt ud op til entreprenøren at sammensætte en maskinpark, som opfyldte Banedanmarks krav. Hvordan den enkelte entreprenør tilvejebragte (f.eks. eje, leasing eller materielleje på time- eller ugebasis) den tilbudte maskinpark, var Banedanmark uvedkommende.

Aarsleff Rail A/S var ikke forpligtet til at vedlægge en vejeseddel i tilbuddet eller på anden måde dokumentere, hvordan Aarsleff Rail A/S ville anskaffe det tilbudte materiel. At Aarsleff Rail A/S i sit tilbud vedlagde et eksempel på en vejeseddel for den maskintype, som Aarsleff Rail A/S havde tilbudt at anvende som del af sin maskinpark, var ikke for Banedanmark en omstændighed, der gav særlig anledning til en kontrol, heller ikke selv om vejesedlen var uden serienummer.

Undersøgelsespligtens tidsmæssige udstrækning er fastslået ved Højesterets dom af 15. juni 2012, Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet (UfR 2012.2952H). Højesteret fastslog, at en ordregiver også er forpligtet til at undersøge et forhold nærmere, såfremt ordregiveren bliver bekendt med oplysninger efter tildeling af en kontrakt, men før kontraktindgåelse.

Undersøgelsespligten kan derfor ikke udstrækkes til forhold, som ordregiver modtager efter kontraktindgåelse, men angår alene forhold, som ordregiver

måtte blive opmærksom på under udbudsprocessen, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 7. august 2017, Danske Færger A/S mod Transport-, Bygnings- og Boligministeriet.

Forpligtelsen til efter kontraktindgåelse at undersøge et forhold nærmere er et kontraktretligt anliggende.

Retsstillingen er den samme for udbud i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet, idet det generelt følger af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, at en ordregiver efter omstændighederne kan være forpligtet til at kontrollere oplysninger.

En bekendtgørelse om indgået kontrakt er ikke styrende for, hvornår et udbud er afsluttet – eller hvornår kontraktindgåelsen finder sted. En bekendtgørelse om indgået kontrakt er alene styrende for, hvornår fristen for indgivelse af klage til klagenævnet udløber, jf. klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 1.

At en udbudsproces må anses som afsluttet på tidspunktet for kontraktindgåelsen, og ikke på tidspunktet for offentliggørelsen af bekendtgørelse om indgået kontrakt, støttes også af, at muligheden for at tilbagekalde en tildelingsbeslutning og genoptage tilbudsevalueringen kræver, at ”kontrakten endnu ikke er indgået”, jf. udbudslovens § 170 stk. 1, nr. 2. Det er derfor ikke længere muligt at gå tilbage til udbudsprocessen, når kontrakten er indgået.

Det forhold, at Banedanmark offentliggjorde bekendtgørelse om indgået kontrakt efter mødet den 6. august 2018, ændrer ikke på, at kontrakten mellem Banedanmark og Aarsleff Rail A/S blev indgået den 26. juni 2018. LM Gruppens bekymringer om indholdet af Aarsleff Rail A/S’ tilbud blev først præsenteret for Banedanmark efter kontraktindgåelsestidspunktet.

Banedanmark modtog den underskrevne kontrakt fra Aarsleff Rail A/S den 27. juni 2018. At Banedanmark først modtog kontrakten på dette tidspunkt, ændrer ikke på, at kontrakten mellem Aarsleff Rail A/S og Banedanmark blev indgået ved Aarsleff Rail A/S’ underskrift på kontrakten den 26. juni 2018, idet Banedanmark allerede den 13. juni 2018 havde accepteret Aarsleff Rail A/S’ tilbud ved fremsendelse af underskrevet kontrakt.

LM Gruppens anmodning om aktindsigt i Aarsleff Rail A/S' tilbud senere samme dag den 26. juni 2018 har ikke haft indflydelse på Banedanmarks kontraktindgåelse med Aarsleff Rail A/S.

LM Gruppens anmodning om aktindsigt af 26. juni 2018 indeholdt, foruden anmodning om aktindsigt i Aarsleff Rail A/S' tilbud, en bekræftelse på deltagelse i et møde om den gennemførte evaluering. Aktindsigtsanmodningen indeholdt ingen konkrete bemærkninger om forkerte oplysninger i tilbuddet fra Aarsleff Rail A/S. Der var således blot tale om en helt almindelig anmodning om aktindsigt fra en forbigået tilbudsgiver efter afslutning af et udbud. En sådan anmodning om aktindsigt udløser ikke en udbudsretlig undersøgelsespligt.

Banedanmark var ikke bekendt med bekymringspunkterne før kontraktindgåelsestidspunktet, og allerede derfor udløste LM Gruppens bekymringspunkter fremlagt for Banedanmark den 6. august 2018 ikke en udbudsretlig undersøgelsespligt. I stedet må forholdet håndteres som et kontraktretligt anliggende.

Selv om Banedanmark udbudsretligt ikke var forpligtet hertil, tog Banedanmark i form af en kontraktopfølgning skridt til at undersøge, hvorvidt LM Gruppens påstande om urigtige oplysninger havde noget på sig. Både telefonisk og på et projektledermøde den 13. september 2018 blev forholdene nøje drøftet. Banedanmark vurderede på den baggrund, at Aarsleff Rail A/S ikke var i misligholdelse af kontrakten, og at der heller ikke var udsigt til anticiperet misligholdelse af kontrakten.

Det bestrides i øvrigt, at Aarsleff Rail A/S har afgivet ukorrekte oplysninger i sit tilbud ved at vedlægge en vejeseddel fra en maskine tilhørende LM Gruppen, og at Aarsleff Rail A/S ikke råder over maskinparken, som Aarsleff Rail A/S har angivet i sit tilbud.

Aarsleff Rail A/S havde i fuld overensstemmelse med udbudsbetingelserne i sit tilbud i relation til delkriterium II en beskrivelse af materiel og udførelsesmetoder, herunder en beskrivelse af, hvordan fremdriften og robustheden ville sikres. Materiel var beskrevet ved beskrivelse af den tilbudte maskinpark - uden angivelse af specifikt stelnummer eller andet identifikationsnummer - ud fra en angivelse af maskintype. Aarsleff Rail A/S havde ikke i til-

buddet beskrevet, på hvilke konkrete strækninger Aarsleff Rail A/S eksempelvis ville benytte de enkelte maskiner, herunder en gravemaskine med grenknuser, idet dette heller ikke var efterspurgt af Banedanmark.

LM Gruppens påstand om, at Aarsleff Rail A/S' tilbud indeholder oplysninger om materiel, der ikke overholder kontraktens mindstekrav, beror udelukkende på antagelser om, hvordan brugen af materiel i teorien vil kunne foregå, hvilket ikke er ensbetydende med, at Aarsleff Rail A/S vil benytte materiel på en måde, som måtte medføre, at kravet til maksimalt marktryk ikke ville blive overholdt.

I kontrakten er der en klar proces for godkendelse af anvendelse af materiel på en konkret strækning, inden opstart af arbejder, således at Banedanmark forud for arbejdernes udførelse sikrer, at kontraktens krav er opfyldt (herunder kravet til maksimalt marktryk). Aarsleff Rail A/S vil ikke få godkendt anvendelse af materiel, der ikke overholder det maksimale marktryk (medmindre den konkrete opgave på en strækning løses på anden måde, eksempelvis ved kørsel på nærtliggende cykelsti, hvor der ikke stilles krav til et maksimalt marktryk).

LM Gruppen har ad påstand 3 gjort gældende, at tilbuddet fra Aarsleff Rail A/S ikke var egnet til at blive evalueret, idet det hvilede på groft urigtige oplysninger om tilbudsgivers materiel, som, hvis forholdet var blevet opdaget under udbudsforretningen, ville have medført, at Aarsleff Rail A/S skulle have været udelukket fra at deltage i udbuddet.

Banedanmark burde som anført have opdaget, at oplysningerne fra Aarsleff Rail A/S var groft urigtige, og at kontrakten vedrørende FTN Øst som følge heraf i stedet burde være tildelt M.J. Eriksson A/S. I konsekvens heraf burde kontrakten vedrørende FTN Vest være blevet tildelt LM Gruppen. Banedanmark var desuden forpligtet til at genudbyde kontrakten vedrørende FTN Øst, idet M.J. Eriksson A/S' materiel ikke opfyldte Banedanmarks krav, hvorfor tilbuddet ikke kunne anses som konditionsmæssigt.

Såfremt klagenævnet ikke måtte komme frem til, at Banedanmark har tilside-sat sin undersøgelsespligt, må Banedanmark som ansvarlig ordregiver i det mindste have en forpligtelse til at benytte sig af adgangen i kontraktens § 25 til at ophæve og bringe kontrakterne til ophør på det tidspunkt, hvor Banedan-

mark blev bekendt med, at en entreprenør under udbudsprocessen havde afgivet urigtige oplysninger, og at entreprenørerne ikke kunne opfylde kontrakten i overensstemmelse med kontraktens vilkår. En pligt til at ophæve kontrakten følger også af artikel 90 sammenholdt med artikel 89, stk. 5, da Banedanmark fortog væsentlige ændringer i de udbudte kontrakter, jf. påstand 5 – 8 og 11.

På baggrund af ovenstående må Banedanmark under alle omstændigheder være udelukket fra at anvende optionerne under aftalen.

Banedanmark har ad påstand 3 gjort gældende, at kontraktens § 25 angår Banedanmarks ret til at ophæve kontrakten i tilfælde af væsentlig misligholdelse. I henhold til § 25 betragtes det som væsentlig misligholdelse af kontrakten, såfremt hovedentreprenøren på tidspunktet for kontrakttildelingen var omfattet af en udelukkelsesgrund i implementeringsbekendtgørelsens § 10, og derfor skulle have været udelukket fra udbudsproceduren i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 1, 2. afsnit.

Det bestrides, at Aarsleff Rail A/S, som følge af de påståede groft urigtige oplysninger indeholdt i Aarsleff Rail A/S' tilbud, er omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 136, nr. 3, og at kontrakten derfor skal ophæves i henhold til kontraktens § 25.

Bestemmelsen i § 136, nr. 3, angår alene oplysninger og dokumentation, der relaterer sig til, om tilbudsgiveren er omfattet af en udelukkelsesgrund, er egnet eller skal udvælges – eksempelvis dokumentation for omsætningstal, økonomiske nøgletal, oplysninger om strafbare forhold og/eller for teknisk og faglig formåen. Bestemmelsen angår ikke oplysninger og dokumentation i relation til opfyldelse af den udbudte kontrakt, herunder opfyldelse af mindstekrav.

Aarsleff Rail A/S ville således ikke have været omfattet af denne udelukkelsesgrund, selv hvis LM Gruppen havde haft ret i, at Aarsleff Rail A/S' tilbud indeholdt ukorrekte oplysninger, idet de påståede ukorrekte oplysninger ikke angår dokumentation for, om tilbudsgiver er omfattet af en udelukkelsesgrund, er egnet eller skal udvælges.

Bestemmelsen i kontraktens § 25 er en ret, som Banedanmark har i kontraktforholdet mellem Banedanmark og Aarsleff Rail A/S. Banedanmark vil aldrig være forpligtet til at ophæve kontrakten i henhold til § 25.

LM Gruppen har ad påstand 4 gjort gældende, at tilbuddet fra Aarsleff Rail A/S indeholdt et forbehold for et grundlæggende element (Delkriterium II Materiel og Udførelse), idet tilbuddet ikke indeholdt en beskrivelse af Aarsleff Rail A/S' materiel, men derimod en beskrivelse af materiel, som Aarsleff Rail A/S hverken ejede eller rådede over, ligesom Aarsleff Rail A/S anvendte dokumentation for materiel, som ejedes af LM Gruppen. Da forbehold overfor grundlæggende elementer i udbudsmaterialet medfører en forpligtelse til at forkaste et tilbud, skulle tilbuddet fra Aarsleff Rail A/S have været afvist.

Aarsleff Rail A/S havde i sit tilbud klart tilkendegivet, at man ville benytte sig af egne maskiner til udførelsen af arbejdet, og at der alene kunne blive tale om at leje reservemaskiner ved maskinudlejere, såfremt Aarsleff Rail A/S' egne reservemaskiner måtte være optaget. Der er ikke overensstemmelse mellem Aarsleff Rail A/S' tilbud, da det har vist sig, at det alene er underentreprenører/eksterne maskiner og maskinførere, der kører på strækningen.

Banedanmark har ad påstand 4 gjort gældende, at udbudsmaterialet ikke fastsatte krav om, at materiel skulle være ejet af tilbudsgiveren selv, jf. det anførte under påstand 1 og 2.

Aarsleff Rail A/S havde i fuld overensstemmelse med udbudsbetingelserne i sit tilbud i relation til delkriterium II anført en beskrivelse af materiel og udførelsesmetoder, herunder en beskrivelse af, hvordan fremdriften og robustheden ville sikres.

Det er ikke i strid med Aarsleff Rail A/S' kontraktuelle forpligtelser over for Banedanmark, at Aarsleff Rail A/S ved den konkrete udførelse af arbejderne lejer materiel med fører. Det er derfor heller ikke et forhold, som skulle have medført, at Aarsleff Rail A/S' tilbud skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt.

Den vejeseddel, der som et eksempel var vedlagt et bilag med "Maskinspecifikation TB260 Levelizer" ved Aarsleff Rail A/S' beskrivelse af materiel

og udførelse, kan ikke betragtes som et forbehold. Aarsleff Rail A/S henviste konkret til, at udførelsen af arbejdet ville ske med en tilsvarende maskine; en TB260 Levelizer, som den, der fremgik af vejesedlen. Vejesedlen var alene et eksempel på den maskintype, som Aarsleff Rail A/S ville benytte sig af.

Det bestrides endvidere, at der er grundlag for at betragte det som et forbehold vedrørende delkriterierum II "Kvalitet: Materiel og Udførelse", når det af Aarsleff Rail A/S' tilbud fremgår, at "Aarsleff Rail har fx indenfor de seneste to år investeret i mere end 20 nyindkøbte gravemaskiner af forskellig størrelse", og Aarsleff Rail A/S under den faktiske udførelse af entreprisen i stedet bruger lejet materiel.

Som anført indeholder udbudsmaterialet ikke krav om, at materiel skulle være ejet af tilbudsgiveren selv.

Det fremgik klart af Aarsleff Rail A/S' tilbud, at Aarsleff Rail A/S ville leje materiel: "I tilfælde hvor vi ikke kan tilvejebringe eget materiel inden for de ovennævnte 24 timer, indlejer vi materiel fra en relevant ekstern leverandør. Aarsleff Rail har faste samarbejdsaftaler med alle de store materieludlejningsfirmaer og før opstart af de enkelte delstrækninger undersøger vi desuden det lokale marked for entreprenører og mindre maskinstationer, og indgår beredskabsaftaler med relevante aktører... Banedanmark får således med Aarsleff Rail en særdeles robust flåde af nyere materiel, der er professionelt vedligeholdt. I tilfælde af nedbrud kan materiellet i øvrigt repareres eller udskiftes i løbet af meget kort tid."

Det var derfor fuldt ud i overensstemmelse med det anførte i Aarsleff Rail A/S' tilbud, at Aarsleff Rail A/S lejede materiel til udførelse af entreprisen.

LM Gruppen har ad påstand 5-13 gjort gældende, at Banedanmark foretog og fortsat foretager væsentlige ændringer i de udbudte kontrakter i forbindelse med udførelse af kontrakterne på FTN Øst og FTN Vest.

Under gennemførelse af udbuddet kan Banedanmark ikke have været ubekendt med, at hverken Aarsleff Rail A/S eller M.J. Eriksson A/S havde mulighed for at være klar efter 20 dages mobilisering fra kontraktstart, idet personel og ledelse var allokeret til henholdsvis Kystbaneprojektet (Aarsleff Rail A/S) og sporombygningsprojektet Langå-Hobro (M.J. Eriksson A/S). Dette skyldes blandt andet, at det i M.J. Eriksson A/S' tilbud var anført, at

det var fordelagtigt at anvende dem, da de i forvejen arbejdede for Banedanmark. Ved at allokere samme mandskab og ledelse til to forskellige projekter skulle der arbejdes på begge projekter samtidig, hvilket ikke er muligt. Byggeledelsen så gennem fingre med, at ingen af de bydende kunne opfylde Banedanmarks krav fra kontraktstart. Banedanmark accepterede, at der gik 2-5 måneder efter mobiliseringsperioden, før Aarsleff Rail A/S og M.J. Eriksson A/S påbegyndte udførelse af arbejdet.

Banedanmark har desuden foretaget følgende væsentlige ændringer i de udbudte kontrakter:

Emissionskrav

LM Gruppen har løbende fulgt op på de to igangværende projekter og foretaget besigtigelse af materiel på pladsen.

Det er i den forbindelse konstateret, at ingen af de vindende tilbudsgivere opfylder de fastsatte emissionskrav, som gælder for arbejdets udførelse efter den udbudte kontrakt, jf. SAB pkt. 8.4.5 Emissioner til luft og tilføjelser i SAB 8.4.5 Emissioner til luft, som gælder ud over GAB Miljø.

Efter GAB Samarbejde og Arbejdsplads pkt. 1.1.12.3 og 1.1.12.9 var Banedanmark forpligtet til at sikre sig, at de i udbudsmaterialet stillede krav var opfyldt, inden maskinerne blev godkendt. Denne forpligtelse følger direkte af kontrakten. Banedanmark skulle desuden forud for arbejdets igangsættelse sikre sig at kravene var opfyldt.

Aarsleff Rail A/S har først fremsendt dokumentation for, at emissionskravene er opfyldt, efter arbejdet for længst er igangsat og også for en del er færdigudført.

Det kan derfor lægges til grund, at Banedanmark ikke forud for godkendelsen af materiellet og forud for arbejdets igangsættelse har sikret sig, at leverandørens materiel reelt levede op til de krav, der fremgik af udbudsmaterialet og dermed af kontrakten, hvilket må sidestilles med, at de omhandlede krav reelt er frafaldet.

Allerede ved brev af 30. november 2018 gjorde LM Gruppen Banedanmark opmærksom på, at ingen af de to entreprenører opfyldte de fastsatte emissionskrav, som gælder for arbejdets udførelse efter den udbudte kontrakt, jf. SAB pkt. 8.4.5, Emissioner til luft.

Brevet gav dog ikke Banedanmark anledning til nogen kontrol, og Banedanmark opretholdt sine tildelingsbeslutninger uden at foretage nogen nærmere undersøgelse af spørgsmålet.

Først efter at LM Gruppen i sin replik af 17. januar 2019 igen gjorde Banedanmark opmærksom på, at Aarsleff Rail A/S og M.J. Eriksson A/S ikke opfyldte emissionskravene, meddelte Banedanmark i duplik af 7. februar 2019, at man ville iværksætte en afdækning af, om emissionskravene i bekendtgørelse nr. 1458 af 07. december 2015 var opfyldt.

På baggrund af denne afdækning har Banedanmark efterfølgende bekræftet, at Aarsleff Rail A/S anvender 5 gravemaskiner, der ikke positivt kan dokumenteres at opfylde de anførte krav i trin 3B, og at M.J. Eriksson A/S anvender én maskine, som beviseligt ikke opfylder de i bekendtgørelsen anførte krav i trin 3B samt én maskine, der ikke positivt kan dokumenteres at opfylde de anførte krav i trin 3B.

Dette har ført til, at Banedanmark har meddelt henholdsvis Aarsleff Rail A/S og M.J. Eriksson A/S, at Banedanmark ikke accepterer anvendelsen af maskiner, som ikke opfylder trin 3B i bekendtgørelsen, og de to entreprenører er blevet bedt om at stoppe med at anvende disse maskiner samt om fremadrettet at anvende maskiner, der dokumenterbart opfylder kravene.

Både Aarsleff Rail A/S og M.J. Eriksson A/S bød ifølge deres tilbud ind med nyere maskiner. Derfor skulle deres maskiner leve op til emissionskravene i bekendtgørelse 1458 af 7. december 2015. Emissionskravene er i SAB'en formuleret som mindstekrav. De vindende tilbudsgivere skulle dermed opfylde emissionskravene, for at tilbuddene kunne være konditionsmæssige.

Med det, som Banedanmark har konstateret, kan det lægges til grund, at hverken Aarsleff Rail A/S eller M.J. Eriksson A/S opfyldte mindstekravene.

Banedanmark har udover kravene i GAB Fiber og GAB Miljø tilført strengere emissionskrav i det konkrete udbudsmateriale for FTN Øst og FTN Vest og således forhøjet miljøkravene på projektet i forhold til tidligere praksis.

Dette har blandt andet medført, at LM Gruppen har måttet investere i yderligere ombygning af materiel for at kunne afgive tilbud. LM Gruppen har således tilpasset hele sin maskinpark, så den lever op til emissionskravene i GAB Miljø. Det er LM Gruppens klare forståelse, at de to vindende tilbudsgivere ikke har foretaget sådanne nødvendige tilpasninger af deres respektive maskinparker, der dermed ikke lever op til emissionskravene. Tilsyneladende accepterede Banedanmark, at ingen af de vindende tilbudsgivere opfyldte disse skærpede miljøkrav.

De vindende tilbudsgivere burde derfor ikke have været tildelt en kontrakt under udbuddet, da ingen af tilbuddene fra disse kunne betragtes som konditionsmæssige.

Det følger af ligebehandlingsprincippet, at ordregiver i tvivlstilfælde skal foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet. Et sådant tvivlstilfælde må foreligge i denne sag, hvor Banedanmark direkte blev gjort opmærksom på, at de vindende tilbudsgiveres tilbud var ukonditionsmæssige i relation til blandt andet opfyldelsen af de fastsatte emissionskrav. Banedanmark skulle således på baggrund af LM Gruppens oplysninger allerede ultimo november 2018 have kontrolleret, hvorvidt de vindende tilbudsgivere opfyldte udbuddets emissionskrav. Ved at forholde sig passivt og fastholde tildelingsbeslutningen uden at foretage nogen former for kontrol af konditionsmæssigheden af de afgivne tilbud, har Banedanmark tilsidesat sin undersøgelsespligt i strid med ligebehandlingsprincippet i art. 36, stk. 1, og accepteret en væsentlig ændring af den indgåede kontrakt.

Da Aarsleff Rail A/S og M.J. Eriksson A/S ikke overholdt udbuddets mindstekrav til emission, skal Banedanmarks tildelingsbeslutning annulleres, idet Banedanmark har antaget ukonditionsmæssige tilbud, og da Banedanmark dermed nu foretager væsentlige ændringer af kontrakterne i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 4.

Det er en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, at Banedanmark fastholdt tildelingsbeslutningen, dels efter at LM Gruppen havde gjort Banedanmark opmærksom på forholdet, dels efter at Banedanmark selv havde konstateret dette. Banedanmark kunne som anført allerede ved sine egne undersøgelser have fået bekræftet, at Aarsleff Rail A/S og M.J. Eriksson A/S ikke overholdt emissionskravene på tidspunktet for afgivelse af tilbud.

*Krav til maksimalt marktryk og øvrige krav til maskinerne i GAB-fiberfø-
ringsveje*

Aarsleff Rail A/S og M.J. Eriksson A/S har budt ind med maskiner, som ikke opfyldte Banedanmarks krav og regelsæt.

M.J. Eriksson A/S' maskiner opfyldte ikke GAB Fiber kravene, idet den tilbudte Hitachi maskine vejer over 14 tons som grundmaskine før ombygning. Da en ombygning må forventes at tilføre yderligere vægt til maskinen, er det utænkeligt, at den ombyggede maskine vil kunne overholde kravet om 300 g/cm², når øvrige delregler i GAB Fiber og GAB Miljø samtidig skal være overholdt. M.J. Eriksson A/S har kun indkøbt 1 maskine, som er forsøgt ombygget. M.J. Eriksson A/S måtte dog opgive dette, da maskinen ikke var funktionsdygtig og blandt andet ikke kunne overholde krav om skråtstillede båndkasser i henhold til øvrige delregler i GAB-Fiber.

M.J. Eriksson A/S har derfor i stedet lejet en maskine af Hans Otto Lynge Maskinopbyg. LM Gruppen har ved selvsyn konstateret, at denne maskine ikke opfylder GAB Miljø for så vidt angår emissionskravene. Hans Otto Lynge er ifølge LM Gruppen bekendt med, at han udlejer maskiner, som ikke opfylder GAB Miljø. Hans Otto Lynge har i øvrigt bekræftet dette telefonisk og skriftligt over for LM Gruppen.

Banedanmark accepterede, at M.J. Eriksson A/S først 5 måneder efter kontraktindgåelse bestilte materiel til udførelse af opgaven efter skrinlægning af den oprindeligt tilbudte maskinpark. Den nye maskinpark kunne tidligst forventes leveret omkring marts 2019. Ved evalueringen af Delkriterium II Materiel og Udførelse lagde Banedanmark blandt andet vægt på tilbudsgivers valg af materiel og robustheden heraf, jf. udbudsbetingelsernes punkt 4.1.2. M.J. Eriksson A/S har nu valgt andet materiel, end det der er budt ind med, idet det er konstateret, at det materiel, som LM Gruppen bød ind med, reelt var det eneste materiel, der kunne anvendes til opfyldelsen af kontrakten, og det materiel der i sidste ende må anvendes af de udførende entreprenører.

Det bestrides, at den af M.J. Eriksson A/S benyttede gravemaskine, Takeuchi TB260 Levelizer, svarer til den maskine, Hitachi Zaxias 135 US, som M.J. Eriksson A/S bød ind med i sit tilbud, og at der teknisk set ingen forskel er på de to maskiner andet end, at Takeuchi TB260 Levelizer har en fleksibel

underbund. Der er helt grundlæggende tale om, at der skal foretages en omfattende ombygning af standardudgaven, før maskinen kan anvendes til udførelse af arbejder for Banedanmark, herunder skal der udover etablering af en fleksibel underbund foretages udskiftning af motor, ligesom undervognen skal fjernes og hydraulik skal justeres med videre. Til illustration af forskellen mellem standardudgaven og den ombyggede udgave af en Takeuchi TB260 Levelizer kan det oplyses, at indkøbsprisen for standardudgaven udgør ca. 400.000 kr. ekskl. moms, mens indkøbsprisen for den ombyggede og specialudviklede udgave typisk udgør mellem 2,4 og 3,0 mio. kr. ekskl. moms. Maskinerne er derfor helt forskellige og kan ikke sammenlignes. En faglig vurdering af det tilbudte materiel i forbindelse med evalueringen af tilbuddet ville derfor også umiddelbart have medført, at det ikke kunne anses for realistisk, at dette materiel ville kunne anvendes til udførelse af den udbudte opgave.

Det er endvidere i strid med bestemmelsen i GAB Fiber pkt. 3.1.4, hvorefter dokumentation for kravet om maksimalt marktryk skal fremsendes uopfordret til byggeledelsen senest 2 kalenderuger inden det pågældende materiel påtænkes anvendt, når Banedanmarks byggeledelse først i november 2018 modtog dokumentation fra M.J. Eriksson A/S på, at Takeuchi TB260 Levelizer opfyldte kravet om maksimalt marktryk, jf. GAB Fiber punkt 3.1.4.

Derimod må det umiddelbart antages, at den maskinpark, som Aarsleff Rail A/S har tilbudt til udførelse af opgaven, opfylder GAB Fiber kravene, blandt andet fordi Aarsleff Rail A/S har anvendt dokumentation for materiel, som er ejet af LM Gruppen. Dog må det som anført lægges til grund, at Aarsleff Rail A/S hverken ejede eller på anden måde rådede over det materiel, som var beskrevet i tilbuddet hverken før tilbudsrunderen eller efter kontraktindgåelse, og Aarsleff Rail A/S kunne derfor ikke opfylde kontrakten med de tilbudte maskiner.

Acceptprøve (Blæsetest)

Det følger blandt andet af afsnit 3.4.4 Acceptprøve i GAB-Fiber og pkt. 4.3.1. Acceptprøven (blæsetesten), at alt videre arbejde skal stilles i bero, hvis blæsetesten ikke opfylder de fastsatte krav.

Testen anvendes til at vurdere, om rørpakken ligger, som den skal. I den forbindelse skal der blandt andet også udføres trykprøvning af rørene, ligesom

der skal foretages en kontrol af rørpakkens nedgravningsdybde, men dette er ifølge LM Gruppens oplysninger heller ikke sket.

Det er fra pålidelig kilde oplyst, at der i forbindelse med udførelse af testen blev målt op til 8,4 Bar, hvilket er en overskridelse af maksimalt tilladte tryk på 8 Bar. I overensstemmelse med GAB Fiber burde projektet derfor have været stoppet, hvilket ikke er sket.

Den gennemførte acceptprøve (blæsetest) er ikke en test udviklet hverken af Aarsleff Rail A/S eller dennes underleverandør. Der er i stedet tale om standardmateriel, som blandt andet kan købes hos GM plast. Derfor burde LM Gruppen også være meddelt aktindsigt i resultatet.

LM Gruppen bestrider, at overskridelsen af det maksimalt tilladte blæsetryk på 8 Bar med 8,4 Bar for Delkontrakt Øst kan begrundes i og forsvares med, at den blev udført på en strækning på 2,4 km, og at der henset til strækningens længde var behov for et højere blæsetryk, end hvis strækningen kun havde været 2,2 km.

Et blæsetryk på 8 Bar er som det klare udgangspunkt udtryk for det absolutte maksimum på strækninger over 1,3 km, og dette gælder, uanset om distancen er 1,4 km eller 2,2 km. Der er intet sagligt belæg for, at tilføjelsen af yderligere 200 meter skulle nødvendiggøre et blæsetryk på over de 8 Bar.

Banedanmarks accept af et højere blæsetryk må betragtes som en væsentlig ændring af den indgåede kontrakt med Aarsleff Rail A/S.

Muligheden for i medfør af GAB Fiber pkt. 4.3.1 at tillade et højere blæsetryk, og dermed dispensere fra kravet, må være begrænset til yderst undtagelsesvis og stærkt sagligt begrundede tilfælde. Der er LM Gruppen bekendt ikke tidligere givet dispensation. I denne sag foreligger der ikke saglige grunde for Banedanmarks tildeling af en sådan dispensation, idet der ganske uproblematisk ville kunne være udført en gennemblæsning af fiber i den etablerede rørinfrastruktur med et blæsetryk på maksimalt 8 Bar, selvom distancen var 2,4 km.

Hvis det på tidspunktet for gennemførelsen af udbuddet havde været kendt, at Banedanmark konkret ville acceptere anvendelsen af 8,4 Bar på distancen 2400 meter og dermed fravige fra maksimumkravet i GAB Fiber afsnit 4.3.1,

uden at sådanne afvigelser behøvede at være særligt sagligt begrundede, ville det kunne have ændret kredsen af tilbudsgivere eller medføre et andet resultat af tilbudsevalueringen. Derfor udgør ændringen en ændring af et grundlæggende element.

Efter formuleringen af muligheden for dispensation i GAB Fiber afsnit 4.3.1, og da der ikke tidligere var givet sådanne dispensationer, må det antages, at tilbudsgiverne og potentielle tilbudsgivere ikke har læst udbudsmaterialet sådan, at det var en reel mulighed at få dispensation fra kravet til blæsetesten.

Forud for udførelsen af trykprøvning af rørene skulle der også foretages en kontrol af rørpakkens nedgravningsdybde. Denne kontrol er efter LM Gruppens opfattelse heller ikke foretaget.

Anvendelse af underentreprenører

LM Gruppen har fra pålidelig kilde fået oplyst og ved selvsyn konstateret, at entreprenørerne ved udførelsen af arbejdet anvender underentreprenører i videre omfang end forudsat i tilbuddet fra Aarsleff Rail A/S.

Den faktiske udførelse af opgaverne efter kontrakten er således ikke i overensstemmelse med det tilbud, og beskrivelserne af arbejdets udførelse og tilbudsgivers organisation, som danner grundlag for tildelingen af kontrakten.

I de byggemødereferater, som LM Gruppen foreløbig har fået aktindsigt i, fremgår det ikke, at arbejdet omfattet af kontrakten med Aarsleff Rail A/S reelt udføres fuldt ud af underentreprenører. Det fremstår derimod klart som om, at materiellet er ejet af Aarsleff Rail A/S, hvilket som anført ikke er korrekt. Aarsleff Rail A/S råder ikke over en eneste maskine og ej heller over personel til at køre på strækningen.

Det bestrides, at der er tale om ren materielleje (med eller uden fører). Ved en underentreprenør forstås en person eller virksomhed, der påtager sig udførelsen af en del af et arbejde for en hovedentreprenør. Det er LM Gruppen bekendt de eksterne folk og maskiner, der udfører alt arbejdet på strækningen. Når der hyres eksterne virksomheder med eksternt personale og materiel til at udføre alt arbejde forbundet med den pågældende del af entreprisen, må disse betragtes som underentreprenører.

Spørgsmålet om, hvorvidt Aarsleff Rail A/S har antaget underentreprenører til at udføre arbejdet, er udbudsretligt relevant, da Aarsleff Rail A/S kan have været forpligtet til at give oplysning herom i forbindelse med tilbudsafgivelsen. I denne sammenhæng er det imidlertid tilstrækkeligt alene at konstatere, at Aarsleff Rail A/S udelukkende anvender eksternt maskinel og eksterne maskinførere, idet Aarsleff Rail A/S dermed ikke lever op til det i tilbuddet anførte om, at de anvender egne maskiner med egne førere.

Dispensation for kontraktkrav

På baggrund af blandt andet ovenstående tegner der sig generelt et billede af, at de udførende entreprenører ikke opfylder, og ikke kan opfylde, kontrakten i overensstemmelse med kontraktens krav og vilkår og de afgivne tilbud, og at der dermed må dispenseres fra flere krav.

Ifølge LM Gruppens oplysninger må det lægges til grund, at Banedanmark alene har dispenseret fra CC3-linie krav, ikke for emissionskrav, trykkrav, fleksibel undervogn mv.

Det er i øvrigt LM Gruppens opfattelse, at kravene i CC3-linie dispensationer ikke opfyldes. Dispensationen er lavet til en kædegraver, men Aarsleff Rail A/S graver med skovl. Selv om det fremgår af dispensationen, at der kan anvendes andre metoder end den primære – kædegravning – fremgår det samtidig af dispensationen, at dispensationen alene omfatter gravning af en rende, som er maksimum 15 cm bred og 80 cm dyb. Der er således alene metodefrihed i det omfang, at den valgte metode kan opfylde de øvrige krav i dispensationen, herunder kravet om at renden maksimalt må være 15 cm bred. Dette krav kan ikke opfyldes ved skovlgravning.

Da der er givet dispensationer fra væsentlige eller grundlæggende kontraktkrav, må dette isoleret eller samlet set anses som en væsentlig ændring af kontrakten, som kræver, at opgaven genudbydes.

Banedanmark har ad påstand 5 gjort gældende, at de ændringer, som LM Gruppen påstår udgør væsentlige ændringer, på ingen måde vil kunne give adgang til andre tilbudsgivere, ændre den økonomiske balance eller ændre kontraktens anvendelsesområde, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 4, litra a-d. Endvidere er der i flere af tilfældene ikke engang tale

om ændringer, idet LM Gruppens påstande ikke er faktisk korrekte, jf. særligt påstand 7 og påstand 9.

Det bestrides, at den omstændighed, at Banedanmark under Delkontrakt Øst accepterede anvendelse af 8,4 Bar i forbindelse med Aarsleff Rail A/S' gennemførelse af blæsetest, udgør en væsentlig ændring.

Ifølge GAB Fiberføringsvejes punkt 4.3.1 er udgangspunktet ved udførelse af blæsetesten, at trykket skal holde sig under 8 Bar, når distancen er mere end 1300 meter. Det fremgår ligeledes heraf, "[h]vis dette ikke er muligt skal der udarbejdes en afvigelsesrapport med forklaring på behovet for højere blæsetryk". Det fremgår således klart af GAB Fiberføringsveje, at et højere blæsetryk tillades, når behovet for det højere tryk kan forklares.

Behovet for et højere blæsetryk afhænger af flere parametre på den givne strækning. Geografiske forhold, længde, antallet af samlinger, vinklen på knækkurver og antallet heraf samt tværgående og langsgående underføringer er alle forhold, der har betydning for, hvor højt et blæsetryk, der er behov for. Hvis terrænet over en længere strækning er stigende, vil man skulle blæse "op ad bakke", hvilket også vil kræve et højere blæsetryk.

Kravet om 8 bar er fastsat med henblik på at sikre et så lige tracé som muligt, det vil sige, at rørkonstruktionen monteres så vandret som muligt. Selve rørkonstruktionen er godkendt til et tryk på helt op til 15 Bar.

Konkret var der tale om en distance på 2400 meter, det vil sige en længere distance end foreskrevet i GAB Fiberføringsveje, hvorfor Banedanmark accepterede et blæsetryk på 8,4 Bar henset til den konkrete strækningslængde. Banedanmarks accept af afvigelsen og accept af blæsetesten fremgår af e-mailkorrespondance mellem Aarsleff Rail A/S og Banedanmarks byggeledelse.

Afvigelsesrapporten bestod konkret af de protokoller, som Aarsleff Rail A/S udarbejdede i forbindelse med den forudgående interne blæsetest (dateret 23. oktober 2018) og acceptprøven (dateret 24. oktober 2018).

Dette kan ikke betragtes som en ændring, endsige en væsentlig ændring, idet GAB Fiberføringsveje foreskriver, at et højere blæsetryk kan accepteres.

Det vil endvidere umuligt kunne ændre kredsen af tilbudsgivere eller medføre et andet resultat af tilbudsevalueringen, såfremt det på tidspunktet for gennemførelsen af udbuddet var kendt, at Banedanmark konkret ville acceptere anvendelsen af 8,4 Bar på distancen 2400 meter. Det var allerede på tidspunktet for offentliggørelsen af udbuddet kendt, at et højere blæsetryk kunne forekomme, jf. det anførte i GAB Fiberføringsveje. Desuden blev hverken den økonomiske balance eller kontrakternes anvendelsesområde ændret som følge af accepten af 8,4 Bar.

LM Gruppen har da heller ikke dokumenteret endsige sandsynliggjort, at den konkrete brug af 8,4 Bar på strækningen Odense-Svendborg har haft indflydelse på - eller kunne have haft indflydelse på - kredsen af tilbudsgivere. Henset til, at kontrakten indeholdt en mulighed for at acceptere et højere bartryk, jf. GAB Fiberføringsveje, punkt 3.4.4, kan det ikke være afgørende for en tilbudsgivers ønske om at deltage, at der konkret accepteres et bartryk på 8,4 på strækningen Odense-Svendborg.

Banedanmark har ad påstand 6 og 8 gjort gældende, at det ikke er korrekt, at Banedanmark har accepteret nogen form for ændringer af Delkontrakt Øst eller Delkontrakt Vest ved at have accepteret anvendelse af materiel, som ikke opfylder Banedanmarks miljøkrav.

Som følge af klagesagen har Banedanmark som almindelig kontraktopfølgning grundigt undersøgt, om materiel anvendt af Aarsleff Rail A/S og M.J. Eriksson A/S opfylder emissionskrav anført i SAB, punkt 8.4.5, i medfør af bekendtgørelse 1458 af 07/12/2015 om begrænsning af luftforurening.

Banedanmark har konstateret, at Aarsleff Rail A/S - ud af en maskinpark på i alt 14 maskiner - anvender 5 gravemaskiner af mærket Takeuchi TB260 Levelizer, der er ombygget med Cummings motorer. Typegodkendelsen for denne motortype er forældet. Det er derfor ikke muligt for Banedanmark at kategorisere disse gravemaskiner med Cummings motorer i henhold til bekendtgørelsen, herunder verificere om trin 3B er opfyldt.

Det er desuden konstateret, at M.J. Eriksson A/S – ud af en maskinpark på i alt 8 – anvender én maskine, som ikke opfylder de i bekendtgørelsen anførte krav i trin 3B. Endvidere anvender M.J. Eriksson A/S én gravemaskine af mærket Takeuchi TB260 Levelizer, der ligeledes er ombygget med Cum-

mings motor. Typegodkendelsen for denne motortype er forældet. Det er derfor heller ikke muligt for Banedanmark at kategorisere denne gravemaskine med Cummings motor i henhold til bekendtgørelsen, herunder verificere om trin 3B er opfyldt. Endelig anvender M.J. Eriksson A/S én maskine af mærket Hitachi Zaxias 135 US. Sidstnævnte maskine har en amerikansk typegodkendelse, og det er derfor ikke muligt for Banedanmark at kategorisere maskinen i henhold til bekendtgørelsen, herunder verificere om trin 3B er opfyldt.

Banedanmark har som følge heraf meddelt entreprenørerne, at Banedanmark ikke accepterer anvendelse af maskiner, der ikke opfylder trin 3B i bekendtgørelsen. På den baggrund har Banedanmark bedt begge entreprenører om at stoppe med at anvende disse maskiner og om fremadrettet at anvende maskiner, der dokumenterbart opfylder kravene. Banedanmark har således ikke ændret Delkontrakt Øst eller Delkontrakt Vest på dette punkt og agter at håndhæve de i SAB, punkt 8.4.5 anførte krav.

Banedanmark har ad påstand 7 gjort gældende, at Aarsleff Rail A/S til udførelse af opgaven alene anvender gravemaskiner, som fremgik af Aarsleff Rail A/S' tilbud.

Udbudsmaterialet indeholdt som anført ikke et krav om, at materiel skulle være ejet af tilbudsgiverne. Det er derfor ikke i strid med Aarsleff Rail A/S' kontraktlige forpligtelse at leje materiel, og det er faktisk forkert, at Aarsleff Rail A/S anvender materiel, som ikke var anført i Aarsleff Rail A/S' tilbud.

Banedanmark har derfor ikke foretaget nogen form for ændringer af kontrakten. Den omstændighed, at Aarsleff Rail A/S vedlagde et eksempel på en vejeseddel i tilbuddet, kan ikke ændre herpå.

Banedanmark har ad påstand 9 og 10 gjort gældende, at LM Gruppens brev af 30. november 2018 ikke udløste en udbudsretlig undersøgelsespligt for Banedanmark.

Undersøgelsespligten medfører ikke, at der påhviler ordregiver en generel pligt til at undersøge rigtigheden af oplysningerne i de modtagne tilbud, jf. lovbemærkningerne til udbudslovens bestemmelser om undersøgelsespligt og eksempelvis klagenævnets kendelse af 28. september 2018, Bayer A/S mod Banedanmark. Alene i de situationer, hvor der i udbudsprocessen opstår

berettiget tvivl om, hvorvidt en tilbudsgiver har afgivet korrekte oplysninger, har ordregiver pligt til at undersøge forholdet nærmere.

Det relevante i denne sammenhæng er som anført under påstand 1 og 2 det tidsmæssige aspekt af denne forpligtelse, jf. Højesterets dom af 15. juni 2012, Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet (UfR 2012.2952.HD). Det følger således af fast doms- og klagenævnspraksis, at undersøgelsespligten ikke kan udstrækkes til forhold, som ordregiver modtager efter kontraktindgåelse, jf. ligeledes klagenævnets kendelse af 7. august 2017, Danske Færger A/S mod Transport-, Bygnings- og Boligministeriet.

Forpligtelsen til efter kontraktindgåelse at undersøge et forhold nærmere er således et kontraktretligt anliggende.

Derfor udløste LM Gruppens brev af 30. november 2018 ikke en undersøgelsespligt, og Banedanmark har dermed ikke overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

LM Gruppens brev og indholdet af replikken gav dog Banedanmark anledning til – som led i almindelig kontraktopfølgning – grundigt at undersøge forholdet om opfyldelse af emissionskravene. Da forholdet var undersøgt, meddelte Banedanmark de 2 entreprenører, at Banedanmark ikke ville acceptere anvendelse af maskiner, der ikke opfylder trin 3B i bekendtgørelse nr. 1458 af 7. december 2015 om begrænsning af luftforurening. Banedanmark meddelte samtidig begge entreprenører, at de skulle stoppe med at anvende de pågældende maskiner, og at de fremadrettet kun måtte anvende maskiner, der dokumenterbart opfylder kravene.

Efterfølgende har entreprenørerne oplyst over for Banedanmark, at de er i fuld gang med at sikre, at maskinerne ved montering af partikelfiltre opfylder bekendtgørelsens trin 3B. Derefter vil maskinerne igen kunne benyttes til arbejdet.

Det bestrides, at Banedanmark har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at fastholde tildelingsbeslutningen. Banedanmark har i øvrigt hverken ret eller pligt til at tilbagekalde tildelingsbeslutningen og genoptage tilbudsevalueringen på nuværende tidspunkt, jf. også princippet i udbudslovens § 170, stk. 1.

Banedanmark har ad påstand 11 gjort gældende, at M.J. Eriksson A/S anvender det tilbudte materiel, da selskabet anvender gravemaskinen Takeuchi TB260 Levelizer, som svarer til den i tilbuddet anførte gravemaskine. Teknisk set er der ingen forskel på disse gravemaskiner andet end, at Takeuchi TB260 Levelizer har en fleksibel underbund. Begge maskiner betegnes som en minigraver og kan benyttes på helt den samme måde under udførelsen af arbejdet.

Det var ikke et krav, at tilbudsgiverne allerede på tidspunktet for afgivelse af tilbud skulle angive, hvordan opgaven konkret ville blive udført på en given strækning. Det var heller ikke et krav, at tilbudsgiverne skulle angive et stelnummer eller andet identifikationsnummer på en specifik maskine, herunder angive til hvilken del af en strækning, det tilbudte materiel skulle anvendes. Det var først efter kontraktindgåelse, at det skulle fastlægges, hvilket materiel der konkret skulle anvendes af entreprenøren, jf. GAB Samarbejde og Arbejdsplads, punkt 1.1.10.2. Anvendelsen af materiel på områder, hvor kravet om maksimalt marktryk finder anvendelse, kræver forudgående godkendelse af indklagedes byggeledelse to uger inden, materiellet tages i anvendelse, jf. GAB Fiberføringsveje, punkt 3.1.4.

M.J. Eriksson A/S valgte under udførelsen af opgaven at anvende en gravemaskine af mærket Takeuchi TB260 Levelizer. I overensstemmelse med GAB Fiberføringsveje fremsendte M.J. Eriksson A/S vejeseddel to uger inden, materiellet skulle tages i brug. Vejesedlen blev fremsendt den 9. november 2018, gravetilladelsen blev udstedt den 18. november 2018, og gravemaskinen blev taget i brug den 28. november 2018. M.J. Eriksson A/S anvender desuden gravemaskinen Hitachi Zaxias 135 US til bl.a. arbejde på byggepladsen.

Det, at M.J. Eriksson A/S har bragt gravemaskinen Takeuchi TB260 Levelizer i anvendelse – ud over at anvende en gravemaskine af mærket Hitachi Zaxias 135 US – udgør derved ikke en væsentlig ændring af kontrakten.

Det er endvidere ikke i strid med Delkontrakt Vest, at M.J. Eriksson A/S lejer materiel.

Der er derfor ikke foretaget/accepteret væsentlige ændringer under Delkontrakt Vest.

Banedanmark har ad påstand 12 bestridt, at M.J. Eriksson A/S' tilbud ikke var konditionsmæssigt, fordi en faglig vurdering af det tilbudte materiel i forbindelse med evalueringen af tilbuddet ifølge LM Gruppens opfattelse umiddelbart ville have medført, at det ikke måtte anses for realistisk, at dette materiel kunne anvendes til udførelsen af den udbudte opgave. Der er stor prisforskel på ombygning af gravemaskinen Takeuchi TB260 Levelizer (maskinen, som M.J. Eriksson A/S anvender) og gravemaskinen Hitachi Zaxias 135 US (den omtalte maskine i tilbuddet), hvorfor der er tale om to helt forskellige maskiner.

Den tilbudte maskinpark blev i overensstemmelse med det anførte i udbudsmaterialet inddraget i den kvalitative evaluering under delkriterium II "Kvalitet: Materiel og Udførelse".

Det forhold, at ombygningen af den tilbudte maskine Hitachi Zaxias 135 US måtte være meget omkostningstung, er ikke noget, som LM Gruppen har nogen viden om, og det er ikke noget, som indgik i evalueringen af den tilbudte maskinpark. Hitachi Zaxias 135 US er en almindelig udbredt og anvendt gravemaskine, som er egnet til at køre under de fysiske forhold på strækninger langs banen. Konkret anvender M.J. Eriksson A/S maskinen af mærket Hitachi Zaxias 135 US til bl.a. arbejde på byggepladsen.

At M.J. Eriksson A/S i tilbuddet tilbød en maskinpark inkl. gravemaskinen, Hitachi Zaxias 135 US, blev således evalueret kvalitativt i forhold til det, der i udbudsmaterialet var anført til at ville vægte positivt. Dette maskinvalg kunne på ingen måde anses som et forbehold eller på anden måde medføre, at tilbuddet ikke var konditionsmæssigt. Det var alene et forhold, som var relevant i forhold til den kvalitative evaluering.

Banedanmark har ad påstand 13 gjort gældende, at LM Gruppens påstand må forstås at angå tildelingsbeslutningen af 13. juni 2018 om tildeling af Delkontrakt Øst til Aarsleff Rail A/S.

Da Banedanmark af de grunde, der er anført ovenfor, ikke har overtrådt udbudsreglerne, er der ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

LM Gruppens påstande, der relaterer sig til Delkontrakt Vest, angår spørgsmålet om, hvorvidt Banedanmark har foretaget væsentlige ændringer af Delkontrakt Vest. Måtte LM Gruppen få medhold i disse påstande, vil dette ikke

kunne føre til en annullation af Banedanmarks beslutning om tildeling af Delkontrakt Vest til M.J. Eriksson A/S, idet en eventuelt senere ændring af en udbudt kontrakt ikke har indvirkning på, at Banedanmark på tidspunktet for tildelingen tildelte kontrakten til den rigtige vinder af udbuddet.

Selv hvis klagenævnet måtte finde, at der er sket væsentlige ændringer af den udbudte kontrakt, kan dette ikke føre til annullation af den oprindelige tildelingsbeslutning.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

En ordregiver har som udgangspunkt ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af de oplysninger, som fremgår af et tilbud, medmindre andet fremgår af udbudsbetingelserne. Det er kun i de tilfælde, hvor det er tvivlsomt, om oplysningerne fra en tilbudsgiver er korrekte, at der påhviler ordregiveren en pligt til at foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet.

Tilbuddet fra Aarsleff Rail A/S skulle derfor som udgangspunkt evalueres efter sit eget indhold, og Banedanmark havde kun pligt til at kontrollere oplysningerne i tilbuddet, hvis der forelå omstændigheder, som gav særlig anledning til en sådan kontrol.

Der var ikke fastsat krav i udbudsmaterialet om, at tilbudsgiverne skulle have ejendomsret til det materiel, som blev beskrevet i tilbuddene til opfyldelse af kontrakten, og der er heller ikke grundlag for at antage, at dette har haft betydning ved evalueringen, da det af udbudsbetingelsernes pkt. 4.1.2 fremgår, at der ved evalueringen af Delkriterium II Materiel og Udførelse ville blive lagt vægt på tilbudsgivers ”valg af materiel”, hvilket der også henvises til i evalueringsrapporten.

Ifølge udbudsbetingelsernes pkt. 5.1.1 skulle tilbudsgiverne blandt andet beskrive materiellet og tilbudsgivers maskinpark samt robustheden heraf. Der er ikke grundlag for at forstå ”tilbudsgivers maskinpark” som et krav om, at tilbudsgiver skulle eje det materiel, som tilbudsgiver valgte at byde ind med.

Det var ikke et krav, at tilbudsgiverne allerede på tidspunktet for tilbudsafgivelse skulle anføre, hvordan kontrakten konkret ville blive udført på de enkelte strækninger. Det var først efter kontraktindgåelse, at det konkret skulle fastlægges, hvilket materiel der skulle anvendes, og Banedanmark ville i den forbindelse sikre sig, at materiellet levede op til kontraktens krav.

Tilbudsgiverne var ifølge udbudsmaterialet ikke forpligtet til at dokumentere, hvordan og hvorfra materiellet ville blive anskaffet. Det var heller ikke et krav, at der specifikt med oplysning af serienummer skulle angives en konkret maskine til de enkelte opgaver. Den omstændighed, at Aarsleff Rail A/S vedlagde en vejeseddel uden serienummer på en maskine, der ubestridt tilhørte en anden, og som ifølge Aarsleff Rail A/S blev vedlagt som et eksempel på den maskintype, som virksomheden havde tilbudt at anvende som en del af sin maskinpark, kan efter de foreliggende oplysninger ikke i sig selv føre til, at Banedanmark har haft særlig anledning til at kontrollere, om Aarsleff Rail A/S kunne levere det, som de tilbød. Der er heller ikke grundlag for at fastslå, at Aarsleff Rail A/S i øvrigt ikke opfyldte de krav, der var fastsat i udbudsmaterialet.

En ordregiver er forpligtet til også at undersøge og eventuelt reagere på oplysninger, som ordregiveren først bliver bekendt med efter tildelingsbeslutningen, men før kontaktindgåelsen. Såfremt oplysningerne først modtages efter kontraktindgåelsen, er der tale om et kontraktretligt og ikke et udbudsretligt forhold. Dette gælder også ved udbud i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Banedanmark indgik kontrakten med Aarsleff Rail A/S den 26. juni 2018. Der er ikke grundlag for at antage, at Banedanmark forud for kontraktindgåelsen kom i besiddelse af oplysninger fra LM Gruppen, som kan føre til, at Banedanmark havde en særlig anledning til at kontrollere oplysningerne i Aarsleff Rail A/S' tilbud.

Påstand 1 og 2 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Kontraktens § 25 vedrører Banedanmarks ret til at hæve kontrakten på grund af hovedentreprenørens væsentlige misligholdelse.

Der er ikke grundlag for at fastslå, at Aarsleff Rail A/S på tidspunktet for kontrakttildelingen var omfattet af en udelukkelsesgrund i udbudslovens § 135-137, jf. implementeringsbekendtgørelsens § 10, stk. 1, nr. 1, og at virksomheden derfor skulle have været udelukket fra udbudsproceduren.

Påstand 3 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 4 og 7

Som anført under påstand 1 og 2 var det ifølge udbudsmaterialet ikke et krav, at tilbudsgiver skulle være ejer af det materiel, der blev henvist til i tilbuddet, og det var heller ikke i strid med Aarsleff Rail A/S' kontraktuelle forpligtelse over for Banedanmark, at der ved den konkrete udførelse blev anvendt lejet materiel med fører, hvilket Aarsleff Rail A/S også havde anført i sit tilbud kunne blive tilfældet, såfremt der ikke kunne tilvejebringes materiel, og at der i så fald ville blive foretaget indlån af eksterne maskiner.

En tilbudsgiver bestemmer i øvrigt selv, hvordan man ønsker at organisere sig, og tilbudsgiver kan frit anvende underleverandører i forbindelse med opfyldelse af kontrakten, medmindre ordregiveren har fastsat begrænsninger i adgangen til at benytte underleverandører. Der var i udbudsbekendtgørelsen ikke fastsat sådanne begrænsninger.

Det kan ikke anses for et forbehold eller en ændring af kontrakten, at Aarsleff Rail A/S ved sin beskrivelse af materiel og udførelse havde vedlagt et bilag med en vejeseedel med "Maskinspecifikation TB260 Levelizer", der efter sit indhold ikke vedrørte en bestemt maskine, men som var udtryk for, at Aarsleff Rail A/S som type havde valgt at lade arbejdet udføre med en maskine svarende til denne.

Påstand 4 og 7 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5

I GAB Fiber pkt. 4.3.1 var det fastsat, at gennemblæsning af fiber i den etablerede rørinfrastruktur skulle ske med et blæsetryk, som lå indenfor den fastsatte blæsekurve. Det var samtidig anført, at hvis "dette ikke er muligt skal der udarbejdes en afvigelsesrapport med forklaring på behovet for højere blæsetryk."

Ifølge kurven skulle blæsetrykket holde sig inden for 8 Bar, når distancen var mere end 1.300 meter. Den konkrete strækning var 2.400 meter. På baggrund af indholdet af GAB Fiber pkt. 4.3.1, hvor der var fastsat en adgang til at afvige fra kravene til blæsetryk, såfremt det konkret var nødvendigt, hvilket således var tilbudsgiverne bekendt, kan Banedanmarks accept af en blæsetest på 8,4 Bar ikke anses for en ændring af kontrakten i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 4.

Påstand 5 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 6 og 8

Det var ifølge udbudsmaterialet ikke et krav, at tilbudsgiverne i forbindelse med tilbudsafgivelsen skulle dokumentere, at det valgte materiel opfyldte emissionskravene fastsat i GAB Miljø.

Der er ikke grundlag for at antage, at Banedanmark har accepteret, at Aarsleff Rail A/S eller M.J. Eriksson A/S anvender materiel, som ikke opfylder Banedanmarks miljøkrav, jf. SAB pkt. 8.4.5.

Klagenævnet har herved lagt vægt på, at Banedanmark som almindelig kontraktopfyldelse har undersøgt, om materiellet anvendt af Aarsleff Rail A/S og M.J. Eriksson A/S opfylder miljøkravene anført i SAB pkt. 8.4.5 i medfør af bekendtgørelse nr. 1458 af 7. december 2015, og at Banedanmark har meddelt Aarsleff Rail A/S og M.J. Eriksson A/S, at de ikke må anvende de maskiner, der konstateres ikke opfyldte kravene, og at der fremadrettet skal anvendes maskiner, som opfylder kravene.

Påstand 6 og 8 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 9 og 10

Oplysninger, som en ordregiver får efter kontraktindgåelse, kan ikke medføre en udbudsretlig undersøgelsespligt, da forpligtelsen til på dette tidspunkt at undersøge forhold nærmere er et kontraktretligt anliggende, jf. også det under påstand 1 og 2 anførte.

Uanset indholdet af LM Gruppens brev af 30. november 2018 kunne dette derfor ikke medføre en undersøgelsespligt for Banedanmark, ligesom det ikke kunne medføre en ret eller pligt til at tilbagekalde tildelingsbeslutningen, jf. også princippet i udbudslovens § 170, stk. 1.

Banedanmark har derfor ikke overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

LM Gruppen har gjort gældende, at emissionskravene er formuleret som mindstekrav, og at hverken Aarsleff Rail A/S eller M.J. Eriksson A/S opfyldte disse krav, hvorfor ingen af de vindende tilbudsgivere burde være tildelt kontrakten, da deres tilbud var ukonditionsmæssige.

Da dette anbringende ikke er dækket af formuleringen af påstandene, tager klagenævnet ikke stilling hertil, jf. klagenævnens lovens § 10, stk. 1.

Påstand 9 og 10 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 11

M.J. Eriksson A/S valgte – ud over gravemaskinen Hitachi Zaxias 135 US – at anvende en gravemaskine af mærket Takeuchi TB260 Levelizer under udførelsen af arbejdet.

Det var som anført ikke et krav, at tilbudsgiverne allerede på tidspunktet for tilbudsafgivelsen skulle anføre, hvordan kontrakten konkret ville blive udført på de enkelte strækninger med angivelse af, hvilke maskiner der konkret ville blive anvendt. Først efter kontraktindgåelse skulle det konkret fastlægges, hvilket materiel der skulle anvendes, jf. GAB Samarbejde og Arbejdsplads pkt. 1.1.10.2. Det fremgår af GAB Fiber pkt. 3.1.4, at der skulle anvendes materiel, der maksimalt havde et marktryk på 0,3 kg/cm² ved blandt andet kørsel mellem grøft og spor, og at dokumentation for kravet skulle fremsendes til byggeledelsen senest 2 kalenderuger, inden pågældende materiel påtænkes anvendt. Banedanmark kunne på den baggrund sikre sig, at materiellet levede op til kontraktens krav.

Vejesedlen for Takeuchi TB260 Levelizer blev i overensstemmelse med GAB Fiber ubestridt fremsendt til Banedanmark, to uger inden materiellet skulle tages i brug, hvorefter der blev udstedt gravetilladelse.

På den baggrund, og da det ikke var i strid med udbudsmaterialet, at M.J. Eriksson A/S anvendte lejet materiel, er der ikke grundlag for at antage, at der er foretaget eller accepteret ændringer af Delkontrakt Vest.

Påstand 11 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 12

Der er ikke grundlag for at antage, at det materiel, som M.J. Eriksson A/S anførte i sit tilbud, ikke ville kunne overholde kravene i GAB Fiber og GAB Miljø. Den omstændighed, at en eventuel ombygning af den tilbudte maskine Hitachi Zaxias 135 US måtte være meget omkostningstung, kan ikke føre til et andet resultat.

Det kan heller ikke anses for et forbehold, at M.J. Eriksson A/S tilbød en maskinpark inkl. gravemaskinen, Hitachi Zaxias 135 US, ligesom det ikke kan medføre, at tilbuddet i øvrigt måtte anses for ukonditionsmæssigt.

Påstand 12 tages derfor ikke til følge.

Påstand 13

Efter det, som er anført ovenfor under påstand 1-12, er der ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

LM Gruppen ApS skal i sagsomkostninger til Banedanmark betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig