

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Nikolaj Aarø-Hansen, Steen Treumer,
Jan Eske Schmidt)

J.nr.: 2014-0036277

18. august 2014

K E N D E L S E

om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen

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

mod

Banedanmark
(Kammeradvokaten ved advokat Kristian Hartlev)

Klagenævnet for Udbud behandler en klage, der er indbragt af MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark.

Udfaldet af sagen beror blandt andet på en fortolkning af artikel 10 og artikel 51 i forsyningsvirksomhedsdirektivet (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF).

Klagenævnet for Udbud har besluttet at udsætte sagen med henblik på præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen i medfør af EUF-traktatens artikel 267.

1. Sagens faktiske omstændigheder

Klagen vedrører et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, som Banedanmark iværksatte i januar 2013 om udførelse af bygge- og anlægsarbejder, »TP 4 Urban Tunnels«, i forbindelse med anlæg af en ny jernbanelinje mellem København og Ringsted.

I udbudsbekendtgørelsen anførte Banedanmark bl.a.:

»...

III.2) Conditions for participation

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

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

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

...

VI.3) Additional information:

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

Følgende økonomiske aktører ansøgte om prækvalifikation:

- »Hochtief Solutions AG«,
- »FCC Construcción, S.A.«,
- »MTH-Züblin JV ved MT Højgaard A/S og Züblin AG...«,
- »JV Pihl-Aarsleff – TP 4 Urban Tunnel I/S« og
- »TBI Infra B.V.«.

JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S havde i sin ansøgning af 4. marts 2013 om prækvalifikation bl.a. anført:

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

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

...

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

E. Pihl & Søn [A/S] er blandt de største entreprenører i Danmark, og er samtidig blandt de førende på beton- og BIM-området. Per Aarsleff A/S

er ligeledes blandt de største entreprenører i Danmark, og er blandt de førende inden for infrastruktur, fundering og fornyelse af rørledninger.

...

Med venlig hilsen

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

Banedanmark prækvalificerede alle 5 ansøgere.

FCC Construcccion S.A. meddelte den 20. juni 2013, at selskabet ikke ville afgive tilbud.

Den 26. august 2013 indgik E. Pihl & Søn A/S og Per Aarsleff A/S en »joint venture«-aftale, hvoraf fremgik, at joint venturet »udgør juridisk set et interessentskab der oprettes imellem Pihl og PAA og registreres på behørig vis såfremt Kontrakten tildeles Joint Venturet«. Endvidere fremgik det, at joint venturets navn var: »JV Pihl – Aarsleff – TP 4«.

Ligeledes den 26. august 2013 afsagde Sø- og Handelsretten konkursdekret over E. Pihl & Søn A/S. Banedanmark blev bekendt med konkursdekretet i løbet af eftermiddagen og spurgte allerede senere samme dag Per Aarsleff A/S om konkursens betydning for det igangværende udbud.

På trods af konkursen afgav *JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S* den 27. august 2013 første tilbud, der var underskrevet af Per Aarsleff A/S og E. Pihl & Søn A/S, men ikke af konkursboets kurator.

MTH-Züblin JV rettede herefter Banedanmark og protesterede mod, at det måtte blive tilladt Per Aarsleff A/S at afgive tilbud.

Spørgsmålet om ordregivers håndtering af konkursen var genstand for en længere korrespondance mellem Banedanmark og Per Aarsleff A/S. Banedanmarks advokat forsøgte endvidere flere gange forgæves at få konkursboet til at tage stilling til, om boet ville overlade det til Per Aarsleff A/S at afgive tilbud alene.

Banedanmark sendte den 15. oktober 2013 følgende meddelelse til tilbudsgiverne:

»As a consequence of the bankruptcy proceedings of E. Pihl & Søn A/S Banedanmark has considered the position of the joint venture between

Per Aarsleff A/S and E. Pihl & Søn A/S (the JV) in the ongoing tender process.

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

...

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

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

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

...

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

...«

Per Aarsleff A/S afgav herefter 2. tilbud i eget navn og oplyste, *at* tilbuddet blev afgivet af Per Aarsleff A/S som fortsættende entreprenør fra joint venturet mellem E. Pihl & Søn A/S (nu under konkurs) og Per Aarsleff A/S, *at* konkursboet ikke havde meddelt at ville indtræde i joint ventureaftalen, og *at* Per Aarsleff A/S derfor havde ophævet joint ventureaftalen.

Banedanmark modtog desuden 2. tilbud fra MTH-Züblin JV, Hochtief Solutions AG og TBI Infra B.V.

På baggrund af evalueringen af 2. tilbud valgte Banedanmark – i overensstemmelse med udbudsbetingelserne (dokumentet Invitation to Tender) – de 3 økonomisk mest fordelagtige tilbud (short-listing) og opfordrede Per Aarsleff A/S, MTH-Züblin JV samt Hochtief Solutions A/S til at afgive 3. tilbud.

Banedanmark modtog herefter den 12. december 2013 3. tilbud fra Per Aarsleff A/S, fra MTH-Züblin JV og fra Hochtief Solutions A/S.

Banedanmark meddelte den 20. december 2013 tilbudsgiverne, at Banedanmark havde besluttet at indgå kontrakt med Per Aarsleff A/S, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. MTH-Züblin JV havde afgivet det næstbedste tilbud. Prisforskellen mellem disse to tilbud udgjorde ca. 0,8 % af den samlede tilbudssum på ca. 920 mio. danske kroner.

MT Højgaard A/S og Züblin A/S klagede herefter til Klagenævnet for Udbud og nedlagde bl.a. påstand om, at klagenævnet skulle konstatere, at Banedanmark havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved at tillade, at Per Aarsleff A/S, der ikke var prækvalificeret deltog i udbuddet i stedet for *JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S*. MT Højgaard A/S og Züblin A/S (klagerne) nedlagde desuden påstand om, at Banedanmarks beslutning om at tildele kontrakten til Per Aarsleff A/S skulle annulleres.

Klagen var indbragt inden for stand still-perioden, jf. artikel 2a i direktiv 92/13/EØF som ændret ved direktiv 2007/66/EF. Klagenævnet besluttede ved en kendelse af 28. januar 2014, at klagen ikke skulle tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet anførte i kendelsen af 28. januar 2014 blandt andet:

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

En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*»fumus boni juris«*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.

Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.

En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

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

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

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

Der er endvidere ikke blot tale om, at en interessent er udtrådt af interessentskabet, men også om, at tilbuddet blev indgivet af en virksomhed alene, nemlig Per Aarsleff A/S. EU-domstolen fastslog i sin dom i sag C-57/01, Makedoniko Metro, som indklagede har henvist til, at »Direktiv 93/37 ... ikke [er] til hinder for nationale bestemmelser, som forbyder en ændring, indtrådt efter indgivelsen af buddene, af sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, som deltager i et udbud med henblik på indgåelse af en offentlige bygge- og anlægskontrakt eller en koncessionskontrakt om offentlige bygge- eller anlægsarbejder«. Dommen kan ikke tages til indtægt for, at den omhandlede ændring af en ansøgers/tilbudsgivers identitet skulle være tilladt.

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

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

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

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

Betingelse nr. 2 er derfor ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.«

Banedanmark indgik efterfølgende kontrakt med Per Aarsleff A/S, og sagen verserer herefter fortsat ved klagenævnet.

2. Parternes anbringender

MT Højgaard A/S og Züblin A/S (klagerne) har navnlig gjort gældende, at Banedanmark ikke kunne tillade, at *JV Pihl - Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S* blev erstattet af Per Aarsleff A/S, da det alene var interessentskabet, som havde ansøgt om og senere blev prækvalificeret. En deltagelse i et udbud med forhandling forudsætter en ansøgning, der er indleveret inden for den fastsatte frist. Det er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, hvis der accepteres deltagelse i et udbud med forhandling for en virksomhed, der ikke rettidigt har ansøgt om og/eller opnået prækvalifikation. Det ligger uden for direktivets rammer at forhandle om tilbudsgivernes egnethed og sammensætning.

Interessentskabet er en selvstændig juridisk person med egen retsevne. Interessentskabet kan hverken juridisk eller praktisk identificeres med Per Aarsleff A/S, selvom dette selskab hæfter for interessentskabets økonomiske forpligtelser. Det er derfor uden betydning, om der ved interessentskabets ansøgning om prækvalifikation blev indleveret sådanne oplysninger om Per Aarsleff A/S, at Per Aarsleff A/S selv kunne have opnået prækvalifikation. Såfremt Per Aarsleff A/S alene uden videre ville kunne udføre kontrakten, ville etableringen af *JV Pihl - Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S* i øvrigt stride mod konkurrencelovgivningen, hvorefter konsortier og joint ventures kun må etableres og deltage i udbud, hvis deltagerne ikke selv kan udføre opgaven eller i hvert fald kun kan udføre opgaven på væsentlig ringere eller mere risikofyldt vis end deltagerne i fællesskab.

Det er et grundlæggende princip, at en ordregiver ikke må beslutte at indgå kontrakt med en aktør, der ikke er prækvalificeret, eller med en aktør, der ikke har afgivet tilbud, jf. princippet i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 51 (og tilsvarende udbudsdirektivets artikel 44).

Udbudsreglerne er et formelt regelsæt, der sikrer klare procedurer for, hvordan offentlige kontrakter indgås. Det strider derfor mod udbudsreglernes karakter og formål, hvis der lægges vægt på hypotetiske betragtninger om, hvad der ville være blevet udfaldet, hvis Per Aarsleff A/S havde ansøgt om prækvalifikation. Reale hensyn til konkurrencen kan ikke føre til, at det tillades en ikke prækvalificeret virksomhed at afgive tilbud. Der var i øvrigt en tilstrækkelig konkurrencesituation også uden deltagelse af Per Aarsleff A/S. Da der blev afgivet tre øvrige tilbud, kunne hensynet til konkurrence under udbuddet ikke begrunde, at Per Aarsleff A/S fik mulighed for at deltage i udbuddet, jf. til illustration udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3, og Banedanmark forudsatte selv, at der kunne etableres fornøden konkurrence med et felt af tre tilbudsgivere. Med henvisning til EU-Domstolens dom af 19. maj 2009 i sag C 538/07, Assitur Srl, præmis 26, hvorefter det er »i fællesskabsrettens interesse at sikre, at det størst mulige antal bydende kan deltage i en udbudsprocedure«, har MT Højgaard A/S og Züblin A/S (klagerne) gjort gældende, at varetagelsen af hensynet til at fremme konkurrencen og den fri bevægelighed skal ske ved nedbrydning af barrierer for (især) grænseoverskridende tilbud og sikring af en meget høj grad af tillid til udbudsprocessens integritet. Tillid til udbudsprocessens integritet sikres bl.a. af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Hensynet til at fremme

konkurrencen skal derimod ikke varetages ved i enkelte sager at »bøje« eller tilsidesætte reglerne.

Værdispildsbetragtninger gør sig ikke gældende i en situation som den foreliggende, hvor udbuddet ikke er afsluttet. EU-Domstolens dom af 23. januar 2003 i sag C-57/01, Makedoniko Metro, er ikke relevant.

Banedanmark har gjort navnlig gældende, at EU-Domstolen i sag C-57/01, Makedoniko Metro, konkluderede, at fastsættelsen af bestemmelser om ændringer i sammensætningen af sammenslutningen af økonomiske aktører henhører under medlemsstaternes kompetence, og at direktivet ikke er til hinder for national lovgivning herom. Udgangspunktet er derfor, at en ordregiver i mangel af national regulering – som det er tilfældet i Danmark – er berettiget til at acceptere sådanne ændringer, der efter en konkret vurdering kan tillades, så længe de ikke er i strid med ligebehandlingsprincippet.

Banedanmark er principielt enig i, at ordregivende myndigheder i udbud med prækvalifikation som udgangspunkt må kræve, at en tilbudsgivers juridiske identitet skal være den samme som den ansøgers, der er blevet prækvalificeret, men der må gælde nogle undtagelser fra dette udgangspunkt. Ligebehandlingsprincippet er ikke et mål i sig selv, men et middel til at fremme den fri bevægelighed og en effektiv konkurrence. Princippet skal derfor ikke fortolkes på en unødigt formalistisk måde, da en sådan fortolkning i konkrete situationer vil være hæmmende for den effektive konkurrence mellem det størst mulige antal tilbudsgivere og dermed være i strid med proportionalitetsprincippet.

Der var tale om en ekstraordinær begivenhed, og konkursen er en objektiv konstaterbar omstændighed, som hverken Banedanmark eller Per Aarsleff A/S havde indflydelse på. Dette viser, at Banedanmark ikke forsøgte at omgå udbudsreglerne. Banedanmark havde ikke fastlagt kvalitative mindstekrav til den tekniske formåen i udbudsbekendtgørelsen, og Per Aarsleff A/S var derfor egnet som tilbudsgiver. Der var kun fem ansøgninger om prækvalifikation, og Banedanmark ville i medfør af udbudsbekendtgørelsens punkt VI.3 først iværksætte en kvalitativ udvælgelse blandt ansøgningerne, hvis der var mere end seks egnede ansøgere. Per Aarsleff A/S ville således også kunne være blevet prækvalificeret uden E. Pihl & Søn A/S. Det forhold, at Per Aarsleff A/S afløste joint venturet, har ikke haft nogen betydning for tilbudsgiverne indbyrdes, da ingen ansøgere var blevet udelukket

ved prækvalifikationen eller kunne have opnået deltagelse, hvis Per Aarsleff A/S havde ansøgt alene. Per Aarsleff A/S fik ikke mere tid, bedre vilkår eller flere oplysninger end de øvrige tilbudsgivere. Såfremt Per Aarsleff A/S ikke ønskede at deltage i udbuddet alene, eller hvis Banedanmark var nødsaget til at udelukke Per Aarsleff A/S, ville konkurrencefeltet have været begrænset til tre tilbudsgivere ved det andet tilbud. Dette antal lå under Banedanmarks erklærede målsætning på mindst fire tilbudsgivere og ville overflødig gøre det konkurrencemæssigt skærpende element, der lå i, at kun de 3 bedste tilbudsgivere fik lov til at afgive tilbud i tredje runde. Banedanmark risikerede derfor enten at skulle lade udbudsproceduren gå om for at sikre tilfredsstillende konkurrence med heraf følgende forsinkelse af projektet, eller at projektet blev fordyret som følge af en forringet konkurrencesituation. Banedanmark valgte at varetage hensynet til den fortsatte konkurrence, der er et af de bærende elementer bag udbudsdirektiverne. Hertil kommer, at Banedanmark på en åben og gennemsigtig måde orienterede tilbudsgiverne om dette.

Der må tages hensyn til den type af udbud og karakteren af sektorer, som ligebehandlingsprincippet anvendes på. For udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet har EU-lovgiver ikke på samme måde som i udbudsdirektivet fastsat detaljerede regler for ligebehandlingsprincippets udmøntning, jf. betragtning 9 i præamblen til forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Ligebehandlingsprincippet fører derfor ikke til, at Banedanmark ikke kunne tillade Per Aarsleff A/S at afgive tilbud.

3. Det retlige grundlag

De unionsretlige regler

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (»forsyningsvirksomhedsdirektivet«) indeholder blandt andet følgende præambelbetragtning om direktivets formål:

»(9) For at sikre øget konkurrence ved offentlige kontrakter indgået af enheder inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester bør der udarbejdes bestemmelser om fællesskabssamordning ved

kontrakter over en vis værdi. Denne samordning sker på grundlag af kravene i EF-traktatens artikel 14, 28 og 49 ..., nemlig princippet om ligebehandling, som princippet om ikke-forskelsbehandling blot er en særlig udformning af, princippet om gensidig anerkendelse, princippet om proportionalitet samt princippet om gennemsigtighed. I betragtning af karakteren af de sektorer, der berøres af en sådan samordning, bør denne samordning, samtidig med at den sikrer anvendelsen af nævnte principper, danne grundlag for loyal handelspraksis og være så fleksibel som muligt.«

I direktivets artikel 10, der er placeret i direktivets kapitel 3 om »Generelle principper« er der endvidere fastsat følgende:

»Artikel 10

Principper for tildeling af kontrakter

Ordregiverne overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af virksomheder og handler på en gennemsigtig måde.«

Af direktivets artikel 51 fremgår endvidere:

»Artikel 51

Generelle bestemmelser

1. Med henblik på udvælgelsen af deltagere i udbudsproceduren:
 - a) udelukker de ordregivere, der har udarbejdet regler og kriterier for udelukkelse af tilbudsgivere eller ansøgere i overensstemmelse med artikel 54, stk. 1, 2 eller 4, de økonomiske aktører, som omfattes af disse regler og kriterier
 - b) udvælger ordregiverne tilbudsgivere og ansøgere i overensstemmelse med de objektive regler og kriterier, der er fastsat i medfør af artikel 54
 - c) begrænser ordregiverne i forbindelse med begrænsede udbud og udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse eventuelt antallet af udvalgte ansøgere i overensstemmelse med litra a) og b) og bestemmelserne i artikel 54.
2. Hvis et udbud sker ved en bekendtgørelse om anvendelse af en kvalifikationsordning, skal ordregiverne med henblik på udvælgelsen af

deltagere i udbudsproceduren vedrørende de specifikke kontrakter, som er omfattet af udbudsbekendtgørelsen:

- a) kvalificere de økonomiske aktører i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 53
- b) anvende de bestemmelser i stk. 1, der er relevante for begrænsede udbud og udbud med forhandling, på sådanne kvalificerede virksomheder.

3. Ordregiverne kontrollerer, at tilbuddene fra de således udvalgte tilbudsgivere er i overensstemmelse med de regler og krav, der gælder for tilbuddene, og tildeler kontrakten på grundlag af kriterierne i artikel 55 og 57.«

EU-Domstolen udtalte i dom af 23. januar 2003 i sag C-57/01, Makedoniko Metro (præmis 61 og 63), at det tidligere udbudsdirektiv ikke er til hinder for nationale bestemmelser, som forbyder en ændring, indtrådt efter indgivelsen af buddene, af sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, som deltager i et udbud med henblik på indgåelse af en offentlig bygge- og anlægskontrakt. Sådanne bestemmelser har Danmark ikke indført, og der var heller ikke fastsat sådanne bestemmelser i udbudsbetingelserne for det påklagede udbud.

Domstolen har i dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Presstext (præmis 40), udtalt, at udskiftning med en ny medkontrahent af den, som den ordregivende myndighed oprindeligt havde tildelt kontrakten, i almindelighed skal betragtes som en væsentlig ændring i den pågældende offentlige kontrakt (og dermed kræve nyt udbud).

Artikel 89 i det nye forsyningsvirksomhedsdirektiv (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU) opstiller en række betingelser for, at kontrakter og rammeaftaler kan ændres uden ny udbudsprocedure. Artikel 89 regulerer ikke spørgsmålet om, hvorvidt en ordregiver i en situation som den foreliggende har pligt til at afvise tilbud fra en økonomisk aktør, der ikke er prækvalificeret, og det nye direktiv indeholder heller ikke andre bestemmelser, der regulerer den foreliggende situation.

Endelig bemærkes, at EU-Domstolen ved dom af 10. oktober 2013, i sag C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, blandt andet udtalte:

»28. Blandt hovedformålene med de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter er målet om at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater. Til at forfølge dette dobbelte formål anvender EU-retten bl.a. princippet om ligebehandling af tilbudsgivere eller ansøgere og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf.

29. Anvendelse af ligebehandlingsprincippet i udbudsprocedurer udgør således ikke et mål i sig selv, men skal bedømmes i lyset af de formål, det følger.«

Nationale danske regler

I lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, jf. lovbekendtgørelse nr. 1295 af 15. november 2011, § 2, stk. 1, er interessentskaber i overensstemmelse med den juridiske teori og praksis herom defineret således:

»§ 2. Ved et interessentskab forstås i denne lov en virksomhed, hvor alle deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk for virksomhedens forpligtelser.«

4. De præjudicielle spørgsmål

MT Højgaard A/S og Züblin A/S (klagerne) har bestridt, at Per Aarsleff A/S selv opfyldte kravene til teknisk kapacitet efter udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.3. Klagenævnet finder imidlertid, at det ved Domstolens besvarelse af det præjudicielle spørgsmål må lægges til grund, at Per Aarsleff A/S på grundlag af de oplysninger, der var om Per Aarsleff A/S i den oprindelige ansøgning fra interessentskabet – og såfremt ansøgerfeltet i øvrigt havde været uændret – ville være blevet prækvalificeret, såfremt Per Aarsleff A/S havde ansøgt om prækvalifikation alene i stedet for som sket i det ophævede interessentskab med E. Phil & Søn A/S, JV Pihl-Aarsleff – TP 4 Urban Tunnel I/S.

Klagenævnets opfattelse af det rejste spørgsmål fremgår af nævnets kendelse af 28. januar 2014, der er citeret ovenfor. Dertil kommer, at det i en situation som den foreliggende forekommer betænkeligt at afgøre retsstillingen ud fra hypotetiske overvejelser over, hvad situationen ville have været, hvis de to store danske aktører E. Phil & Søn A/S og Per Aarsleff A/S ikke sammen havde ansøgt om deltagelse i udbuddet i ét interessentskab, selvom det rent faktisk var det, de gjorde.

På baggrund af ovenstående og under hensyn til det, som parterne har anført, finder klagenævnet imidlertid, at spørgsmålet kan give anledning til en sådan tvivl, at nævnet har besluttet at udsætte sagen og forelægge nedenstående spørgsmål for EU-Domstolen.

Derfor bestemmes:

EU-Domstolen anmodes om at besvare følgende spørgsmål:

- »1. Skal ligebehandlingsprincippet i artikel 10, jf. artikel 51, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF fortolkes således, at det i en situation som den foreliggende er til hinder for, at en ordregiver tildele ordren til en tilbudsgiver, der ikke havde ansøgt om prækvalifikation og derfor ikke var prækvalificeret?«

Kirsten Thorup

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig