

Klagenævnet for Udbud

(Carsten Haubek, Viggo Olesen, Wayne Jensen)

J.nr.: 98–93.265

3. december 1998

K E N D E L S E

1. Højgaard og Schultz A/S
2. E. Pihl og Søn A/S
3. Hochtief AG
4. Metcon Joint Venture
5. Hollandsche Beton– en Waterbouw bv.
6. Edmund Nuttall Ltd.
7. Trafalgar House Construction International Ltd.
8. Hoffmann og Sønner A/S
9. Phillipp Holzmann AG
10. Amec Civil Engineering Ltd.
11. Volker Stevin Construction Europe bv.
12. Per Aarsleff A/S
13. Soletanche Enterprise S.A.
(advokat J. Korsø Jensen, København)

mod

Ørestadsselskabet I/S
(advokat Michael Gjedde–Nielsen, København)

Den 16. marts 1995 udbød indklagede, Ørestadsselskabet I/S, som udbud efter forhandling efter direktiv 93/38 om fremgangsmåderne ved tilbuds-givning inden for vand– og energiforsyning samt transport og telekommu-nikation (Forsyningsvirksomhedsdirektivet) en totalentreprise vedrørende gennemførelsen af 1. etape af bybanen i København (Minimetroen). I ud-budsbekendtgørelserne var det anført, at totalentreprisen var delt op på føl-gende måde:

Kontrakt A:

Civil Works – tunneler, stationer, viadukter og dæmninger vedrørende fase 1 af Minimetroprojektet med mulighed for at inkludere tunnelarbejde for fase 2 af Minimetroprojektet.

Kontrakt B:

Transportsystemet – jernbanesystemet, rullende materiel og kontrol- og vedligeholdelsescenter vedrørende fase 1 af Minimetropjektet tillige med operation og vedligeholdelse af faciliteterne gennem de fem første år med mulighed for at udbygge kontrakten med operation og vedligeholdelse for fase 2 og 3 af Minimetropjektet.

Kontrakt C:

De samlede arbejder (kombination af Kontrakt A og Kontrakt B).

Det var i udbudsbekendtgørelserne anført, at der påtænkte prækvalificeret 3–6 virksomheder, der ville blive opfordret til at afgive tilbud, og at der ville blive gennemført en samtidig prækvalifikation for alle 3 kontrakter (Kontrakt A, B og C).

Indklagede prækvalificerede følgende konsortier:

Kontrakt A:

1. Copenhagen Metro Construction Group
der bestod af følgende virksomheder:
 - a. Tarmac Construction Ltd.
 - b. Christiani og Nielsen A/S
 - c. SAE International A/S
 - d. Ilbau
2. Copenhagen Mini Metro Group – Civil Works
der bestod af følgende virksomheder:
 - a. Hollandsche Beton – en Waterbouw bv.
 - b. Edmund Nuttall Ltd.
 - c. Rasmussen og Schiødtz Anlæg A/S
 - d. Trafalgar House Construction International Ltd.
3. European Metro Group
der bestod af følgende virksomheder:
 - a. Campenon Bernard SGE
 - b. Dyckerhoff und Widmann AG
 - c. Siab AB
4. The HHP Joint Venture
der bestod af følgende virksomheder:
 - a. Højgaard og Schultz A/S
 - b. Hochtief AG
 - c. E. Pihl og Søn A/S

5. Metcon Joint Venture
der bestod af følgende virksomheder:
 - a. Monberg og Thorsen A/S
 - b. Bilfinger + Berger AG
6. Ørenova Construction Consortium
der bestod af følgende virksomheder:
 - a. Philip Holtzmann AG
 - b. Volker Stevin Construction Europe bv.
 - c. Soletanche Entreprise S.A.
 - d. Amec Civil Engineering Ltd.
 - e. Per Aarsleff A/S
 - f. Hoffmann og Sønner A/S

Kontrakt B:

1. Ansaldo Trasporti s.p.a.
2. Copenhagen Mini Metro Group
der bestod af følgende virksomheder:
 - a. Bombardier Inc.
 - b. Bombardier Eurorail
3. Københavns Letbane Konsortium
der bestod af følgende virksomheder:
 - a. AEG Schienenfahrzeuge GmbH
 - b. Semco A/S
 - c. Spie Enertrans
4. Siemens
der bestod af følgende virksomheder:
 - a. Siemens AG
 - b. Siemens A/S
5. Ørenova City Rider Consortium
der bestod af følgende virksomheder:
 - a. ABB Scandia
 - b. Matra Transport

Kontrakt C:

1. Copenhagen Mini Metro Group
bestående af de 4 virksomheder i Copenhagen Mini Metro Group – Civil Works (Kontrakt A, nr. 2) og de 2 virksomheder i Copenhagen Mini Metro Group (Kontrakt B, nr. 2)

2. Københavns Letbane Konsortium
bestående af de 3 virksomheder i The HHP – Joint Venture (Kontrakt A, nr. 4) og de 2 virksomheder i København Letbane Konsortium (Kontrakt B, nr. 3)
3. Siemens
bestående af de 2 virksomheder i Metcon Joint Venture (Kontrakt A, nr. 5) og de 2 virksomheder i Siemens (Kontrakt B, nr. 4)
4. Ørenova Group
bestående af de 6 virksomheder i Ørenova Construction Consortium (Kontakt A, nr. 6) og de 2 virksomheder i Ørenova City Rider Consortium (Kontakt B, nr. 5)

Kontrakt A:

Ved skrivelse af 7. juli 1995 opfordrede indklagede de 6 prækvalificerede konsortier til at afgive tilbud. Ved fristens udløb den 2. februar 1996 havde alle 6 konsortier afgivet tilbud (first bid). Efter forhandlinger med tilbudsgiverne i marts – april 1996 besluttede indklagede den 1. maj 1996, at tilbudsgiverne nr. 5 og 6 skulle udgå af forhandlingerne. Efter yderligere forhandlinger i maj 1996 fik de resterende 4 tilbudsgivere lejlighed til at afgive et justeret tilbud (adjusted bid), og indklagede besluttede herefter den 11. juni 1996, at tilbudsgiverne nr. 3 og 4 skulle udgå af forhandlingerne. Efter yderligere forhandlinger i juni 1996 fik de resterende 2 tilbudsgivere lejlighed til at afgive et endeligt tilbud (final bid), og på grundlag heraf besluttede indklagede den 13. august 1996 at indgå kontrakt med tilbudsgiver nr. 1. (Copenhagen Metro Construction Group, i det følgende kaldet »Comet«). Efter yderligere forhandlinger med denne tilbudsgiver blev der indgået kontrakt med Comet den 3. oktober 1996. Indklagedes skrivelse til Comet af 20. august 1996 er sålydende:

»We wish to thank you for your Final Bid received on 26 July 1996.

We take pleasure in advising you that Ørestadsselskabet I/S has found your Tender to be the economically most advantageous of the Tenders received for the Civil Works.

Furthermore, Ørestadsselskabet I/S has decided to implement the Civil Works and the Transportation System through two separate contracts. In this connection we can inform you that it is the intention to award the Transportation Systems Contract to Ansaldo.

.....

We are looking forward to constructive discussions with the aim of concluding as soon as possible a Contract satisfactory to both parties.«

Kontrakt B:

Ved skrivelse af 7. juli 1995 opfordrede indklagede de 5 prækvalificerede konsortier til at afgive tilbud. Ved fristens udløb den 2. februar 1996 havde alle 5 konsortier afgivet tilbud (first bid). Efter forhandlinger med tilbudsgiverne i marts – april 1996 besluttede indklagede den 1. maj 1996, at tilbudsgiver nr. 3 skulle udgå af forhandlingerne. Efter yderligere forhandlinger i maj 1996 fik de resterende 4 tilbudsgivere lejlighed til at afgive et justeret tilbud (adjusted bid), og indklagede besluttede herefter den 11. juni 1996, at tilbudsgiverne nr. 2 og nr. 5 skulle udgå af forhandlingerne. Efter yderligere forhandlinger i juni 1996 fik de resterende 2 tilbudsgivere lejlighed til at afgive et endeligt tilbud (final bid), og på grundlag heraf besluttede indklagede den 13. august 1996 at indgå kontrakt med tilbudsgiver nr. 1 (Ansaldo Trasporti s.p.a., i det følgende kaldet »Ansaldo«). Efter yderligere forhandlinger med denne tilbudsgiver blev der indgået kontrakt med Ansaldo den 3. oktober 1996. Indklagedes skrivelse til Ansaldo af 20. august 1996 er sålydende:

»We wish to thank you for your Final Bid received on 26 July 1996.

We take pleasure in advising you that Ørestadsselskabet I/S has found your Tender to be the economically most advantageous of the Tenders received for the Transportation System.

Furthermore, Ørestadsselskabet I/S has decided to implement the Civil Works and the Transportation System through two separate contracts. In this connection we can inform you that it is the intention to award the Civil Works Contract to Comet.

.....

We are looking forward to constructive discussions with the aim of concluding as soon as possible a Contract satisfactory to both parties«

Kontrakt C:

Ved skrivelse af 7. juli 1995 opfordrede indklagede de 4 prækvalificerede konsortier til at afgive tilbud. Ved fristens udløb den 2. februar 1996 havde alle 4 konsortier afgivet tilbud (first bid). De 4 tilbud indeholdt følgende priser:

Nr. 1	5.160 mio. kr.
Nr. 2	6.013 mio. kr.
Nr. 3	6.322 mio. kr.
Nr. 4	6.146 mio. kr.

På grundlag af disse tilbud besluttede indklagede, at alene tilbudsgiver nr. 1 (Copenhagen Mini Metro Group) skulle have lejlighed til at afgive et justeret tilbud (adjusted bid) og endeligt tilbud (final bid) samtidig med, at der blev afgivet justeret tilbud og endeligt tilbud vedrørende Kontrakt A og

Kontrakt B. Den 13. august 1996 besluttede indklagede at indgå en kontakt A og en Kontakt B. Dette meddelte indklagede Copenhagen Mini Metro Group ved en skrivelse af 20. august 1996, hvori det hedder:

»We wish to thank you for your Final Bid received on 26 July 1996. As explained to you after evaluation of your Adjusted Tender your proposal – although technically absolutely acceptable – it did not appear to be economiccaly advantageous compared with separate Tenders received for Contracts A and B. In your Final Bid significant improvements were noticed but in overall terms your Tender is still far from being competitive. Accordingly, Ørestadsselskabet I/S has decided to divide the Civil Works and the Transportation System into two separate contracts. In this connection we can inform you that it is the intention to award the Civil Works Contract to Comet and the Transportation Systems Contract to Ansaldo.«

Den 14. maj 1998 indgav de anførte 13 virksomheder, som alle indgik som deltagere i konsortier, der var prækvalificeret til både Kontrakt A, Kontrakt B og Kontrakt C, klage til Klagenævnet over Ørestadsselskabets I/S. Klagen har været behandlet på møder den 22. og 23. september 1998 og den 26. oktober 1998.

Klagerne har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1.

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved, uagtet Copenhagen Metro Construction Group (Comet) og Ansaldo Trasporti s.p.a. (Ansaldo) ikke var prækvalificeret til som konsortium at afgive tilbud på Kontrakt C, at have indgået to kontrakter, en Kontakt A med Comet og en Kontrakt B med Ansaldo, som havde til konsekvens, at de anførte kontraktsparter samlet overfor indklagede påtog sig at levere en ydelse, der i alt væsentligt svarer til den ydelse, som en enkelt kontraktspart overfor indklagede ville påtage sig over for indklagede ved indgåelse af en Kontrakt C, idet grænsefladeerklæringen i Bilag 14 til Kontrakt A med Comet og grænsefladeerklæringen i Bilag 20 til Kontrakt B med Ansaldo havde til konsekvens:

- a. at Kontrakt A og Kontrakt B i enhver henseende er kompatible med hensyn til program, scope of work samt tekniske aspekter svarende til indholdet af en Kontrakt C.

- b. at Kontrakt A og Kontrakt B tilsammen omfatter samtlige de ydelser, der var udbudt af indklagede, og som derfor svarer til indholdet af en Kontrakt C.
- c. at alle forhold med relation til grænsefladerne mellem Kontrakt A og Kontrakt B, medmindre andet udtrykkeligt er anført i grænsefladeerklæringerne, skal løses indbyrdes af Comet og Ansaldo, således at indklagede i så henseende opnår en retsstilling i overensstemmelse med den, der ville være gældende under en Kontrakt C.
- d. at såvel Comet som Ansaldo, der alene med generelt uvæsentlige undtagelser overfor indklagede fraskrev sig den i Kontrakt A og Kontrakt B eksisterende ret til forordre tidsfristforlængelser i tilfælde af (gensidige) forsinkelser, dermed påtog sig risikoen for konsekvenserne af sådanne forsinkelser, således at indklagede i så henseende opnåede en retsstilling i overensstemmelse med den, der ville være gældende under en Kontrakt C.
- e. at såvel Comet som Ansaldo, alene med generelt uvæsentlige undtagelser, overfor indklagede har fraskrevet sig retten til at kræve erstatning eller godtgørelse, hvor der måtte foreligge en ansvarspådragende forsinkelse fra enten Comet eller Ansaldo, alt i overensstemmelse med retsstillingen under en Kontrakt C.
- f. at Comet og Ansaldo i overensstemmelse med retsstillingen under en Kontrakt C har påtaget sig solidarisk ansvar overfor indklagede i relation til opfyldelsen af Kontrakt A og Kontrakt B for så vidt angår grænsefladeforhold i det omfang, hvor det ikke er klart, om krav af indklagede vil skulle rettes enten mod Comet eller mod Ansaldo.
- g. at Comet og Ansaldo ved etablering af sikkerhedsstillelse på 450.000.000 kr. (Kontrakt A) og 184.500.000 kr. (Kontrakt B) overfor indklagede for opfyldelse af kontrakterne reelt etablerede en sikkerhed, der svarer til en under Kontrakt C solidarisk hæftelse for eventuel. misligholdelse overfor indklagede af henholdsvis Comet og Ansaldo. Krav fra indklagede er i alle væsentlige situationer (forsinkelse) sanktioneret i form af dagbøder i henhold til Kontrakt A og Kontrakt B, hvilket ligeledes ville være tilfældet ved en Kontrakt C. Hertil kommer, at Kontrakt A og Kontrakt B på linie med, hvad der ville have været gældende under en Kontrakt C, indeholder bestemmelser, der dels begrænser erstatningsretlige konsekvenser af misligholdelse til dagbøder, dels fastsætter maksimale grænser for størrelsen af sådanne dagbøder til beløb,

der er mindre end de sikkerhedsstillelser, der er etableret ved Kontrakt A og Kontrakt B, hvorfor et solidarisk ansvar ud over det under f. anførte ikke vil have nogen reel økonomisk betydning for indklagede.

- h. at Comet og Ansaldo overfor indklagede har påtaget sig en koordinerings- og grænsefladerisiko for opfyldelsen af henholdsvis Kontrakt A og Kontrakt B i overensstemmelse med, hvad der ville have været gældende under en Kontrakt C.

Påstand 2.

Klagenævnet skal fastslå, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Forsyningsvirksomhedsdirektivet ved ikke at give samtlige prækvalificerede tilbudsgivere mulighed for at afgive tilbud på Minimetroprojektet, henholdsvis Kontrakt A, Kontrakt B og Kontrakt C, efter at der var foretaget følgende ændringer af projektet:

- a. På undergrundsstationerne Forum, Kongens Nytorv, Christianshavn, Amagerbro og Lergravsparken var perronlængden ændret fra 49,5 m til 44,0 m og perroniveauet ændret fra 20,0 m til 18,0 m under gadeniveau, og på den overfladenære station Islands Brygge var perronlængden ændret fra 49,5 m til 38,5 m.
- b. Lergravsparkens Station var ændret fra at være en overfladenær station 6,0 m under gadeniveau til en undergrundsstation 18,0 m under gadeniveau.
- c. Stationen ved Forum var flyttet 220 m mod øst.
- d. I entreprisen var fra projektets fase 2, Nørreport–Frederiksberg medtaget etablering af 234 m dobbelt tunnel fra den oprindelige entreprisegrænse før arbejdsskakt ved Hostrupvej til en ny entreprisegrænse vest for Falkoner Allé.
- e. Ørestad Nord Station var udeladt og Ørestad Syd Station projektet var udskudt, idet alene forberedende arbejder skulle udføres.
- f. Ørestad Station var flyttet ca. 100 m mod nord og omprojekteret, idet nederste niveau omfattende perron for togforbindelsen fra Københavns Hovedbanegård til Kastrup Station var udgået.
- g. Stationerne Universitetet, Sundby, Bella Center, Ørestad og Vest Amager var omprojekteret ved overbygning af glasskærm og tilpasning af perronareal.
- h. Horisontal og vertikal tunnellinieføring for begge tunnelrør på strækning fra Falkoner Allé til Strandlodsvej i alt 6,8 km var ændret.

- i. Transversal-områderne på tunnelstrækningen Falkoner Allé – Strandlodsvej var udeladt eller flyttet således:
 - Transversal-området under Peblinge Sø (NATM arbejder) var udgået, og nyt område var placeret ved Frederiksberg uden for entreprisegrænsen.
 - Transversal-området ved Havnegade var flyttet til Sjøleboderne.
 - Transversal-området ved Lergravsparken Øst var ændret fra overdækket tunnel til NATM tunnel og senere flyttet til Strandlodsvej med overdækket tunnel.
- j. Entreprisegrænsen var udvidet til at omfatte en del af Minimetroprojektets fase 3 fra Lergravsparken til Kastrup Lufthavn omfattende 350 m dobbelt tunnel.
- k. Entreprisegrænsen var flyttet fra Lergravsparken til Kastrup Lufthavn omfattende 110 m overdækket tunnel inkl. transversal-området øst for modtagerskakt ved Strandlodsvej.
- l. 7 ud af 13 skakte (nød-, ventilations- og arbejdsskakte) var udgået, ændret eller tilføjet således:
 - Falkoner Allé ny arbejdsskakt,
 - Hostrupvej, arbejdsskakt var ændret til nød- og ventilationsskakt,
 - Thorvaldsensgade, skakt var udgået,
 - Landbohøjskolen, ny skakt,
 - Søpavillionen arbejdsskakt var udgået, nød- og ventilationsskakt var bibeholdt,
 - Sjøleboderne, revideret projekt, ny arbejdsskakt var tilpasset til nød- og ventilationsskakt,
 - Strandlodsvej, ny arbejdsskakt.
- m. De overdækkede tunneller ved stationerne Lergravsparken Vest og Lergravsparken Øst på i alt 290 m var udgået og erstattet af borede tunneller (TMB arbejder).

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

Ad påstand 1.

»Civil Works – Scope of Work«, der er en del af udbudsbetingelserne vedrørende Kontrakt A, indeholder i kapitel 3 om »Interfaces to the Transportation System (TS)« følgende:

»3.1 General

Interfaces to the Transportation System works form a very important part of the Civil Works interfaces due to their complexity. However, all

major interfaces are assumed clarified and solved in principle during the contract negotiations.

It is the responsibility of both Contractors to identify and find optimal solutions to all interfaces and achieve mutual agreements hereon in due time, subject to the Employer's acceptance.

The interfaces dealt with in the following are not conclusive, as the full details of interface requirements will not become available until later in the design.

The Contractor has the full responsibility for the clarification and for achieving agreements with TS, including interfaces not yet identified. However, no interface agreements between the Contractors shall be at the expense of the Employer.

In the design phase the Contractors shall establish routines for communication and transfer of interface information in order that the design milestones can be met for the individual design packages.

In the construction phase interface aspects will be dealt with in planning and coordination site meetings, which will be established as required.

.....

3.3 Summary of Design Interfaces to Transportation System

3.3.1. General

This section, which covers design interfaces between Civil Works and the Transportation System Contract, is included in identical versions in both contracts. The enclosed summary of the design interfaces is divided into the following tables:

General Design Interfaces

Structural Design Interfaces

Electrical Design Interfaces

Mechanical Design Interfaces

The summary is not conclusive. However, both Contractors have the full responsibility for agreeing all interface requirements also for as-yet unidentified interfaces.

All interface agreements shall be fixed at the date of the milestone: interface Agreements Fixed (Milepæl: Grænsefladeaftaler fastlagt) ref. CW-AB/SB, Appendix 1.

The tables provide for each interface subject details of the physical interface, descriptions of the obligations of the responsible Contractor and information of the time frame. It is emphasized that the responsibility of a particular interface lies with one Contractor only.«

»Civil Works – Instruction to Tenderers«, der er en del af udbudsbetingelserne vedrørende Kontrakt A, indeholder i kapitel 29 »Evaluation of Tenderers« følgende:

»The objective of the evaluation is to determine which Tender is the most economically advantageous to the Employer. The Tender will be assessed on the basis of the criteria set out below (which are not listed

in order of importance). Where appropriate, the Employer will use the Project Outline as a reference baseline for comparison purposes.

Evaluation Criteria:

.....

The Employer will, when deciding whether to award contracts based on tender A and tender B versus award of one contract based on tender C attach importance to the legal and technical problems concerning interfaces.«

»Transportation System – Scope of Work«, der er en del af udbudsbetingelserne vedrørende Kontrakt B, indeholder i kapitel 3 om »Interfaces to the Civil Works Contract« følgende:

»3.1 General

Interface handling between the Civil Works (CW) and the Transportation System (TS) Contract is a very important issue, due to the complexity of the limits of deliveries and responsibilities of the two contractors.

Successful interface handling implies that both contractors are responsible for cooperating with each other and agreeing on optimal solutions to all interface aspects to attain the best possible implementation of the Minimetro System as defined by the Employer.

Only the major interfaces are dealt with in the following, as the full details of interface requirements will not become available until later in the design. However, both contractors have the full responsibility for identification, clarification and achieving mutual agreements of all interfaces, including presently unidentified issues. The contractors shall note that any change to interface agreements which may be made between the CW and TS Contractors shall not be at the expense of the Employer.

For each interface one of the Contractors is appointed »responsible«. Thus it is the responsibility of this contractor and this contractor only to manage the interface in question and to design, establish, test, etc. the works in question.«

»Transportation System – Instruction to Tenderers«, der er en del af udbudsbetingelserne vedrørende Kontrakt B, indeholder i kapital 29 »Evaluation of Tenders« følgende:

»The objective of the evaluation is to determine which Tender is the most economically advantageous to the Employer. The Tender will be assessed on the basis of the criteria set out below (which are not listed in order of importance). Where appropriate, the Employer will use the Project Outline as a reference baseline for comparison purposes.

Evaluation Criteria:

.....

The Employer will, when deciding whether to award contracts based on tender A and tender B versus award of one contract based on tender C attach importance to the legal and technical problems concerning interfaces.«

»Combined Civil Works and Transportation System – Scope of Work«, der er en del af udbudsbetingelserne vedrørende Kontrakt C, indeholder følgende:

- »1. The scope of Work of the Combined Civil Works and Transportation System Contract consists of the complete scopes of work as detailed in the CW–SW, TS/SUP–SW and TS/OM–SW tender documents subject to the amendments as detailed in this document.
2. The Contractor is responsible for planning, coordinating, managing and solving all internal interface issues within the scope of works of this Contract.
3. The Contractor shall carefully review all internal interfaces (particularly those which relate to the scopes of work of the Civil Work/Transportation System parts of the Contract), external interfaces with outside parties, design interfaces and construction interfaces to ensure that the optimum solutions for all technical and programme issues are found, and hence that the best possible implementation of the Minimetro System is achieved.
4. The above review is important for ensuring that the maximum benefits arising from the Combined Civil Works and Transportation System Contract are achieved, but it should be noted that the Employer's approval is required for all changes to the interfaces. Hence all proposed solutions for resolution of interfaces shall be submitted to the Employer for approval.
5. Overall project issues (e.g. Quality Assurance, Project Management, Project Organisation, Environmental Management System) shall be tackled in a unified manner for the Civil Works and Transportation System parts of the Contract. If necessary, any well established systems such as Quality Assurance Procedures can be treated using existing procedures for the relevant part of the work, but in such cases the overall reporting must still be unified.«

»Combined Civil Works and Transportation System – Instructions to Tenderers«, der er en del af udbudsbetingelserne vedrørende Kontrakt C, indeholder følgende:

»The present Instructions to Tenderers are valid for the Combined Civil Works and Transportation System.

These Instructions to Tenderers consists of:

- Civil Works, Instructions to Tenderers (CW–IT),.....with Appendices together with all valid addenda
- Transportation System, Instructions to Tenderers (TS–IT),with Appendices together with all valide addenda

- Amendments to clauses in above 2 documents.

The above 2 sets of Instructions to Tenderers with addenda in aggregate and the following amendments hereto form the Complet Instructions to Tenderers for the Combined Civil Works and Transportation System.«

Følgende »Grænsefladeerklæring« er en del af kontrakten af 3. oktober 1996 mellem indklagede og Comet om totalentreprisen Kontrakt A:

»Denne erklæring har til forudsætning, at der indgås selvstændige kontrakter vedrørende henholdsvis bygge- og anlægsarbejderne og transportsystemet. Entreprenøren er fuldt ansvarlig for opfyldelse af kontrakten vedrørende bygge- og anlægsarbejderne, mens transportsystementreprenøren er fuldt ansvarlig for opfyldelsen af kontrakten vedrørende transportsystemet.

Kontrakten vedrørende bygge- og anlægsarbejderne og kontrakten vedrørende transportsystemet skal administreres som to selvstændige kontrakter alene med de modifikationer, der fremgår af nærværende grænsefladeerklæring.

Alene med de modifikationer, der følger af nærværende grænsefladeerklæring, skal al korrespondance under henholdsvis kontrakten vedrørende bygge- og anlægsarbejderne og kontrakten vedrørende transportsystemet ske direkte mellem bygherren og henholdsvis entreprenøren og transportsystementreprenøren.

Denne grænsefladeerklæring forudsætter et tæt samarbejde mellem entreprenøren og transportsystementreprenøren om alle forhold vedrørende grænseflader.

Med ovenstående som udgangspunkt har entreprenøren og bygherren tiltrådt følgende:

1. Kontrakt nr. 5E012 med transportsystementreprenøren er kendt og i enhver henseende med relation til grænseflader taget i betragtning ved indgåelsen af nærværende kontrakt.
2. Kontrakt nr. 5E012 med transportsystementreprenøren og nærværende kontrakt er i enhver henseende kompatibel med hensyn til
 - program
 - scope of work,
 - tekniske aspekter,
3. Al korrespondance fra bygherren til transportsystementreprenøren vedrørende grænseflader eller vedrørende ændringer i kontrakten om transportsystemet sendes af bygherren i kopi til entreprenøren.
4. Hvis der efterfølgende sker ændringer i nærværende kontrakt, herunder ændringer foranlediget af bygherreønsker, består forpligtelserne i henhold til nærværende grænsefladeerklæring uændrede, idet den neden for beskrevne procedure skal følges.
Hvis der foretages ændringer i nærværende kontrakt, er entreprenøren forpligtet til at overveje og vurdere, om ændringerne har betydning for kompatibiliteten mellem de to kontrakter.

Hvis ændringer i nærværende kontrakt nødvendiggør ændringer i kontrakten med transportsystementreprenøren for at sikre kompatibilitet, jfr. pkt. 2, er entreprenøren forpligtet til, før der indgås en- delig aftale om sådanne ændringer, at diskutere disse med trans- portsystementreprnøren og give transportsystementreprenøren de oplysninger, der gør det muligt for transportsystementreprenøren at identificere ændringerne i kontrakten mellem bygherren og trans- portsystementreprenøren.

Transportsystementreprenøren vil herefter direkte til bygherren meddele, hvilke tidsmæssige og økonomiske konsekvenser, æ- ndringerne i nærværende kontrakt vil få for kontrakten med trans- portsystementreprenøren.

Såfremt bygherren herefter ønsker, at de foreslåede ændringer i de 2 kontrakter effektueres, må han udstede de fornødne aftalesedler.

5. Entreprenørens kontraktprojekt og transportsystementreprenørens kontraktprojekt dækker tilsammen samtlige de ydelser, der er nævnt i bilag 1 og bilag 13 i nærværende kontrakt og/eller i bilag 11, 12, 14 og 15 i kontrakten med transportsystementreprenøren.

Solidarisk ansvar mellem entreprenøren og transportsystementre- prenøren kan kun opstå vedrørende grænsefladeforhold og da kun, hvor det ikke er klart, om et krav skal rettes mod enten entreprenø- ren eller transportsystementreprenøren.

6. Medmindre andet udtrykkeligt er anført i nærværende grænseflade- erklæring, skal alle forhold med relation til grænsefladerne mellem de 2 kontrakter løses indbyrdes af transportsystementreprenøren og entreprenøren, uden at disse forhold kan give entreprenøren ret til [at] kræve tidsfristforlængelse eller økonomisk kompensation. Dette gælder også, selv om det måtte være transportsystementre- prenøren, der er årsag til at de grænsefladerelaterede forhold ikke er identificerede/løst rettidigt eller ikke er løst korrekt.

Foregående afsnit ændrer ikke entreprenørens ret til at kræve tids- fristforlængelse i henhold til CW-AB/SB § 24, stk. 1, nr. 1 og/eller økonomisk kompensation i henhold til CW-AB/SB § 27 stk. 2, nr. 1. Med forhold med relation til grænsefladerne menes de forhold, der er nævnt i pkt. 2.

7. Entreprenøren er ikke berettiget til tidsfristforlængelse i henhold til CW-AB/SB § 24, stk. 1, nr. 2, hvis entreprenøren bliver forsinket på grund af transportsystementreprenørens forhold, medmindre dis- se forhold berettiger transportsystementreprenøren til tidsfristfor- længelse.

Uanset det i foregående afsnit anførte er entreprenøren berettiget til tidsfristforlængelse i henhold til CW-AB/SB § 24, stk. 1, nr. 2, hvis han bliver ramt af en forsinkelse, der influerer på den kritiske vej i projektet, på grund af, at transportsystementreprenøren ikke frem- sender vitale designinformationer rettidigt i henhold til neden- nævnte liste. Entreprenøren skal senest 1 måned efter kontraktsind-

gåelse fremsende en liste, som entreprenøren er blevet enig med transportsystementreprenøren om indeholdende ikke mere end 6 terminer for fremsendelse af vitale designinformationer. Denne liste skal godkendes af bygherren. Bygherrens godkendelse må ikke tilbageholdes uden rimelig grund.

Derudover er entreprenøren berettiget til tidsfristforlængelse i henhold til CW-AB/SB § 24, stk. 1, nr. 2, hvis transportsystementreprenøren ikke leverer kraftforsyning tilsluttet i henhold til bilag 3, forudsat at transportsystementreprenørens forsinkelse ikke kan føres tilbage til entreprenørens forhold.

Entreprenøren kan hverken kræve erstatning eller godtgørelse i henhold til CW/AB/SB § 27, stk. 1 og stk. 2, hvor der foreligger en ansvarspådragende forsinkelse jf. AB/SB § 25, stk. 1, fra transportsystementreprenørens side. Dette gælder dog kun frem til det tidspunkt, da det er konstateret, at bygge- og anlægsentreprisen er klar til aflevering, jf. CW/AB/SB § 28, stk. 1. Nærværende afsnit er dog i alle tilfælde gældende frem til det i kontraktstidsplanen fastsatte afleveringstidspunkt.

8. Der er i kontrakt nr. 5E012 med transportsystementreprenøren optaget en grænsefladeerklæring, der i det væsentlige svarer til nærværende. Denne grænsefladeerklæring er entreprenøren bekendt.«

Følgende »Grænsefladeerklæring« er en del af kontrakten af 3. oktober 1996 mellem indklagede og Ansaldo vedrørende totalentreprisen Kontrakt B:

»Denne erklæring har til forudsætning, at der indgås selvstændige kontrakter vedrørende henholdsvis bygge- og anlægsarbejderne og transportsystemet. Entreprenøren er fuldt ansvarlig for opfyldelse af kontrakten vedrørende transportsystemet, mens bygge- og anlægsentreprenøren er fuldt ansvarlig for opfyldelsen af kontrakten vedrørende bygge- og anlægsarbejderne.

Kontrakten vedrørende bygge- og anlægsarbejderne og kontrakten vedrørende transportsystemet skal administreres som to selvstændige kontrakter alene med de modifikationer, der fremgår af nærværende grænsefladeerklæring.

Alene med de modifikationer, der følger af nærværende grænsefladeerklæring, skal al korrespondance under henholdsvis kontrakten vedrørende bygge- og anlægsarbejderne og kontrakten vedrørende transportsystemet ske direkte mellem bygherren og henholdsvis bygge- og anlægsentreprenøren og entreprenøren.

Denne grænsefladeerklæring forudsætter et tæt samarbejde mellem entreprenøren og bygge- og anlægsentreprenøren om alle forhold vedrørende grænseflader.

Med ovenstående som udgangspunkt har entreprenøren og bygherren tiltrådt følgende:

1. Kontrakt nr. 5E011 med bygge- og anlægsentreprenøren er kendt og i enhver henseende med relation til grænseflader taget i betragtning ved indgåelsen af nærværende kontrakt.
2. Kontrakt nr. 5E011 med bygge- og anlægsentreprenøren og nærværende kontrakt er i enhver henseende kompatible med hensyn til
 - program
 - scope of work,
 - tekniske aspekter,
3. Al korrespondance fra bygherren til bygge- og anlægsentreprenøren vedrørende grænseflader eller vedrørende ændringer i kontrakten om bygge- og anlægsarbejderne sendes af bygherren i kopi til entreprenøren.
4. Hvis der efterfølgende sker ændringer i nærværende kontrakt, herunder ændringer foranlediget af bygherreønsker, består forpligtelserne i henhold til nærværende grænsefladeerklæring uændrede, idet den neden for beskrevne procedure skal følges.
 Hvis der foretages ændringer i nærværende kontrakt, er entreprenøren forpligtet til at overveje og vurdere, om ændringerne har betydning for kompatibiliteten mellem de to kontrakter.
 Hvis ændringer i nærværende kontrakt nødvendiggør ændringer i kontrakten med bygge- og anlægsentreprenøren for at sikre kompatibilitet, jfr. pkt. 2, er entreprenøren forpligtet til, før der indgås endelig aftale om sådanne ændringer, at diskutere disse med bygge- og anlægsentreprenøren og give bygge- og anlægsentreprenøren de oplysninger, der gør det muligt for bygge- og anlægsentreprenøren at identificere ændringerne i kontrakten mellem bygherren og bygge- og anlægsentreprenøren.
 Bygge- og anlægsentreprenøren vil herefter direkte til bygherren meddele, hvilke tidsmæssige og økonomiske konsekvenser, ændringerne i nærværende kontrakt vil få for kontrakten med bygge- og anlægsentreprenøren.
 Såfremt bygherren herefter ønsker, at de foreslåede ændringer i de 2 kontrakter effektueres, må han udstede de fornødne aftalesedler.
5. Entreprenørens kontraktprojekt og bygge- og anlægsentreprenørens kontraktprojekt dækker tilsammen samtlige de ydelser, der er nævnt i bilag 11, 12, 14 og 15 i nærværende kontrakt og/eller i bilag 1 og 13 i kontrakten med bygge- og anlægsentreprenøren.
 Solidarisk ansvar mellem entreprenøren og bygge- og anlægsentreprenøren kan kun opstå vedrørende grænsefladeforhold og da kun, hvor det ikke er klart, om et krav skal rettes mod enten entreprenøren eller bygge- og anlægsentreprenøren.
6. Medmindre andet udtrykkeligt er anført i nærværende grænsefladeerklæring, skal alle forhold med relation til grænsefladerne mellem de 2 kontrakter løses indbyrdes af bygge- og anlægsentreprenøren og entreprenøren, uden at løsningen af grænsefladeproblematikken kan give entreprenøren ret til at kræve tidsfristforlængelse eller øko-

nomisk kompensation. Dette gælder også, selv om det måtte være bygge- og anlægsentreprenøren, der er årsag til at de grænsefladerelaterede forhold ikke er identificerede/løst rettidigt eller ikke er løst korrekt.

Foregående afsnit ændrer ikke entreprenørens ret til at kræve tidsfristforlængelse i henhold til TS/SUP-AB/SB § 24, stk. 1, nr. 1 og/eller økonomisk kompensation i henhold til TS/SUP-AB/SB § 27 stk. 2, nr. 1.

Med forhold med relation til grænsefladerne menes bl.a. de forhold, der er nævnt i pkt. 2.

7. Entreprenøren er ikke berettiget til tidsfristforlængelse i henhold til TS/SUP-AB/SB § 24, stk. 1, nr. 2, hvis entreprenøren bliver forsinket på grund af bygge- og anlægsentreprenørens forhold, medmindre
 - a) disse forhold berettiger bygge- og anlægsentreprenøren til tidsfristforlængelse,
 - b) de i bilag 10 til entrepriseaftalen som SC angivne terminer forsinkes på grund af bygge- og anlægsentreprenørens forhold,
 - c) de i bilag 10 til entrepriseaftalen som AT eller AS angivne terminer forsinkes på grund af bygge- og anlægsentreprenørens forhold forudsat, at disse terminer enten i henhold til bilag 10 til entrepriseaftalen ligger tættere på terminen SC end 8 måneder, eller på grund af bygge- og anlægsentreprenørens forhold bliver skubbet tættere på SC end 8 måneder. I sidstnævnte tilfælde gives der kun tidsfristforlængelse for den del af forskydningen, der ligger inden for ovennævnte 8 måneders periode.

Hvis entreprenøren vedrørende Nørreport Station, Kgs. Nytorv Station og strækningerne mellem Nørreport Station og Kgs. Nytorv Station og mellem Kgs. Nytorv Station og Christianshavn Station har fået adgang til de pågældende lokaliteter, er han fra dette tidspunkt ikke berettiget til tidsfristforlængelse, uagtet at bygge- og anlægsentreprenøren fortsat arbejder på de pågældende lokaliteter.

Entreprenøren kan uanset det ovenfor anførte aldrig kræve tidsfristforlængelse på grund af bygge- og anlægsentreprenørens forhold, hvis bygge- og anlægsentreprenørens forsinkelse kan tilbageføres til den tidligere forsinkelse begået af entreprenøren.

Entreprenøren kan hverken kræve erstatning eller godtgørelse i henhold til TS/SUP-AB/SB § 27, stk. 1 og stk. 2, hvor der foreligger en ansvarspådragende forsinkelse jf. AB/SB § 25, stk. 1, fra bygge- og anlægsentreprenørens side. Dette gælder dog kun frem til det tidspunkt, da det er konstateret, at bygge- og anlægsentreprisen er klar til aflevering. Nærværende afsnit er dog i alle tilfælde gældende frem til det i kontraktstidsplanen fastsatte afleveringstidspunkt.

8. Der er i kontrakt nr. 5E011 med bygge- og anlægsentreprenøren optaget en grænsefladeerklæring, der i det væsentlige svarer til nærværende. Denne grænsefladeerklæring er entreprenøren bekendt.«

Klagerne har gjort gældende, at Comet alene er prækvalificeret vedrørende Kontrakt A og Ansaldo alene vedrørende Kontrakt B, og at ingen af disse konsortier er prækvalificeret vedrørende Kontrakt C. Dette indebærer, at indklagede var uberettiget til at indgå en Kontrakt C med disse konsortier. De 2 kontrakter, som indklagede har indgået henholdsvis med Comet og med Ansaldo, fremtræder nok formelt som dels en Kontrakt A, dels en Kontrakt B, men disse 2 kontrakter udgør imidlertid, når de bedømmes samlet, på grund af de 2 grænsefladeerklæringer reelt en Kontrakt C. Klagerne har under a–h opregnet de væsentlige bestemmelser i de 2 kontrakter, som efter klagernes opfattelse indebærer, at de 2 kontrakter samlet reelt er en Kontrakt C. Klagerne har endvidere under møderne i Klagenævnet detaljeret gennemgået en række retsvirkninger af de 2 kontrakter, som medfører, at retsforholdet mellem indklagede på den ene side og Comet og Ansaldo på den anden side, reelt svarer til den retsstilling, der ville have været gældende, hvis der var indgået en Kontrakt C mellem indklagede og Comet/Ansaldo.

Indklagede, der ikke har bestridt, at Comet og Ansaldo ikke var prækvalificerede vedrørende Kontrakt C, har gjort gældende, at der er indgået en Kontrakt A med Comet og en Kontrakt B med Ansaldo. På grund af de 2 grænsefladeerklæringer er der opstået en retsstilling mellem indklagede på den enes side og Comet og Ansaldo på den anden side, som kan ligne den retsstilling, som havde været gældende, hvis der var indgået en Kontrakt C mellem indklagede og Comet/Ansaldo, men der er ikke tale om, at der »reelt« er indgået en Kontrakt C. Indklagede har på møderne i Klagenævnet detaljeret gennemgået de 2 kontrakter med henblik på at illustrere de forskelle, der er mellem retsstillingen af de 2 aktuelle kontrakter og retsstillingen efter en Kontrakt C. Indklagede har i øvrigt gjort gældende, at selskabet, efter at der var truffet beslutning om at indgå en Kontrakt A med Comet og en Kontrakt B med Ansaldo, og efter at disse beslutninger var meddelt disse konsortier skriftligt, var berettiget til at træffe supplerende aftaler med de 2 vindende tilbudsgivere af et indhold som det aktuelle.

Ad påstand 2.

Ad a. Perronlængden og

ad h. Tunnellinieføringen.

Indklagedes rådgiver har i et notat af 23. september 1996 oplyst følgende:

»Efter udbud i juli 1995, er færdiggjort ny trafikprognose (prognose IV), hvoraf fremgår en lille reduktion i det samlede passagertal, samt en ændret spidstimebelastning på de enkelte stationer. Ændringen bestod

væsentligst i, at den mere detaljerede prognose gav en mere lige fordeling af retningstrafikken (45/55) end den foreløbige (30/70), der tidligere var lagt ind i prognosemodellen som forudsætning.

.....

Som følge af den nye prognose pågik i efteråret og vinteren i bygherregi overvejelser om hvorvidt den ny prognose skulle have indflydelse på konceptet for bybanen.

Ultimo marts 1996 besluttes det af ØSS, at der kun skal anvendes 3-vogns tog med 39 m samlet længde.

Med baggrund i denne beslutning samt supplerende trafikanalysenotat fra 1996-03-26, anmodede ØSS sine rådgivere om at undersøge muligheden for en afkortning af stationerne svarende til 3-vogns toget, altså en afkortning af perronlængden med ca. 10 m.

Som overordnet forudsætning skulle stationskonceptet bibeholdes, således at funktionalitet, arkitektur og konstruktionsprincip forblev uændret i forhold til udbudsmaterialet.

.....

For alle dybe stationer med undtagelse af Nørreport er det fundet muligt at foretage en afkortning af perronlængden med et modul svarende til 5,5 m. Afkortningen berører således alene stationsrummet og ikke de mere komplicerede endepartier af stationerne, der bl.a. indeholder de omfattende nødventilationsanlæg og concourse området. For at bevare stationskonceptet så tæt som muligt på Project Outline konceptet og dermed det oprindelige udbud er der tillige foretaget en hævnning af perronniveauet fra 20 til 18 m under terræn. Det sikres herved tillige at de rullende trapper kan arrangeres som i Project Outline.

For at tilgodese den reduktion, der vil fremkomme for de tekniske rum er det fundet acceptabelt om nødvendigt at reducere cykelparkeringskældrene.

Passagerflowet i såvel normal som nødsituation er revurderet og fundet tilfredsstillende for alle stationerne med undtagelse af Nørreport, som har et så stort passagertal at perronlængden her bevares på ca. 50 m.

Som dokumentation for tilstedeværelsen af et tilfredsstillende passagerflow er der for den mest passagerbelastede af de afkortede stationer, Kongens Nytorv foretaget en specialist analyse af firmaet Halcrow Fox, beskrevet i rapport af juni 1996, hvori funktionaliteten af denne station bekræftes. Halcrow Fox medvirkede på lignende måde ved udarbejdelsen af Project Outline.

.....

Arbejdet med at undersøge de mulige ændringer blev afsluttet primo juni 1996, altså umiddelbart efter shortlistningen af de to entreprenører til at give Final Bid.

På baggrund af rapporten om muligheden for at afkorte stationerne besluttede Bygherren, at de afkortede stationer skulle gennemføres hvis det var økonomisk fordelagtigt.

De for Final Bid shortlistede entreprenører præsenteredes således umiddelbart efter shortlistningen for den mulige projektændring af stationerne, samt de tidligere behandlede projektændringer vedr. Forum station og området ved Lergravsparken, og blev spurgt om de var villige til at give Final Bid på dette grundlag, hvilket begge skriftligt bekræftede.

De introducerede ændringer er ikke væsentlige i forhold til det udbudte projekt. Det er vor opfattelse, at der er tale om en justering af Project Outline stationerne. Der er således ikke foretaget ændringer i arkitektur og de konstruktive principper, herunder ikke foretaget ændringer i de komplicerede endepartier af stationerne.

Ændringen vedrører således i det væsentlige alene udeladelse af hhv. to moduler i stationernes midtersektion.

Ændringen vurderes således primært at bestå i mængdejusteringer.

De introducerede ændringer forventes ikke at give anledning til ændringer i byggeperioden.

Den økonomiske konsekvens for CW-entreprisen er af os, på grundlag af de reducerede mængder, vurderet til en besparelse på ca. 80 M DKK.«

Ad b. Lergravsparkens Station,

ad h. Tunnellinieføringen,

ad j. Tunnel ved Lergravsparken,

ad k. Tunnel ved Strandlodsvej og

ad m. Tunneler ved Lergravsparken Vest og Lergravsparken Øst.

Indklagedes rådgiver har i et notat af 12. august 1996 oplyst følgende:

»Ønsket om ændring af Lergravsparken station er fremkommet under de supplerende overvejelser, der foregik i myndighedsbehandlingsfasen. Denne fase forløb parallelt med tilbudsforhandlingen. Der henvises til bekendtgørelsen af det nye Kommuneplan tillæg. Heraf fremgår, at Ørestadsselskabet anmodes om at undersøge, om det er teknisk og økonomisk muligt at etablere stationen som en dyb tunnel station med det formål at reducere de væsentlige gener, der måtte forventes for beboerne i netop dette område.

.....

Ændringerne består i at Lergravsparken station ændres fra en overfladenær undergrundsstation af type som ved Islands Brygge til en egentlig dyb undergrundsstation af samme type som Christianshavn og Amagerbro. Som konsekvens heraf ændres Cut & Cover strækningen fra ca 150 m vest for Lergravsparken til boret tunnel. Den på denne strækning placerede Crossover tunnel flyttes til umiddelbart efter Ler-

gravsparken hvor den etableres i en NATM tunnelstrækning. Herudover har den dybe station nødvendiggjort at tunneleringen forlænges frem til umiddelbart vest for Strandlodsvej, hvorved tunneleringen med tunnelboremaskine på bybaneprojektet kan afsluttes. En senere udførelse af denne strækning ved anvendelse af NATM tunneleringsprincippet under boligbebyggelsen Sundparken er ikke skønnet sikkerhedsmæssig for-svarlig.

.....

Sammenfattende skønnes de introducerede ændringer ikke at være væsentlige i forhold til det udbudte projekt. Der indgår ikke nye typer af arbejdsopgaver. Der er tale om en stationstype, der er identisk med de øvrige dybe stationer. Ændringerne af tunnelstrækningerne er alle gennemført under anvendelse af de i forvejen anvendte principper. Der udføres mere tunnel ved boring, men til gengæld mindre tunnelering ved Cut & Cover metoden. Sidstnævnte giver såvel beboerne som entreprenøren væsentlig færre gener i gadeniveau. De introducerede ændringer giver ikke anledning til ændringer af byggeperioden. Der skal tunneleres lidt længere men til gengæld forsvinder en lang række af de tidsmæssige gener, der er ved Cut & Cover arbejde i gadeniveau. De samlede økonomiske konsekvenser ved den gennemførte projektændring udgør efter vort skøn for CW-entreprisen en merpris på ca. 140 M DKK svarende til knap 5 % af den samlede CW-entreprise. Denne merpris modsvares af tilsvarende besparelser på ekspropriationer, lednings- og vejomlægninger udenfor CW-entreprisen.«

Ad c. Stationen ved Forum,

ad h. Tunnellinieføringen og

ad l. Skakter.

Indklagedes rådgiver har i et notat af 12. august 1996 oplyst følgende:

»Flytningen af Forum station fra placeringen ved Fuglevangsvej til umiddelbart nord for Forum er alene begrundet i Frederiksberg Kommunes byplanmæssige ønske om en anden placering. Ved at rykke stationen undgås at foretage ekspropriation og efterfølgende nedrivning af et antal ejendomme ved Fuglevangsvej (måske den væsentligste årsag til at Frederiksberg Kommune ønskede stationen flyttet).

.....

Hvad angår udformningen af den dybe station er der ikke tale om ændringer, blot en ændret placering. Flytningen betyder, at der må etableres en ny nødudgangsskakt. (Overholdelse af kravet om max. 600 m imellem nødopgange). Endelig har det været nødvendigt at foretage mindre justeringer af tunnellinieføringen, for at sikre overholdelse af tilfredsstillende kurver m.m.

.....

Sammenfattende skønnes de introducerede ændringer ikke at være væsentlige i forhold til det udbudte projekt. Der er tale om en identisk station og en nødudgangsskakt mage til de øvrige, blot med en lidt ændret

placering på strækningen. De nødvendige justeringer af tunnel-linieføringen giver hverken længere eller dybere tunnelering. At nedrivningen af ejendomme ved Fuglevangsvej undgås er en økonomisk letelse, der dog opvejes af ekstra ledningsomlægninger, samt gener i forbindelse med lukning af Steenstrups Allé. Disse arbejder er ikke en del af CW-entreprisen. De introducerede ændringer giver ikke anledning til ændringer af byggeperioden. Den økonomiske konsekvens for CW-entreprisen er vurderet til en meromkostning på ca. 10 M DKK som følge af den ekstra nødsakt.«

Ad d. Tunnel ved Falkoner Allé.

Indklagedes rådgiver har i et notat af 12. november 1996 oplyst følgende:

»I forbindelse med udbudet af Etape 1 inklusiv option på etape 2A var forudsætningen at etape 2A skulle afsluttes ca. 200 m øst for Falkoner Allé i en optageskakt til tunnelboremaskinen (Etape 2A omfattede tunnelboring fra Nørreport station frem til optageskakt ca. 200 m øst for Falkoner Allé inkl. Forum station og nød- og ventilationsskakte på strækningen). Ønsket med optionen var at gennemføre al tunnelboring ved samme entreprenør. Forudsætningen for at standse optionen på dette sted var, at det vurderedes økonomisk fordelagtigt at gennemføre den resterende tunnelstrækning frem til og med Frederiksberg station som Cut & Cover tunnel, altså ikke som boret tunnel. Parallelt med udbudsperioden har der været arbejdet videre med forudsætninger og grundlag for tunneleringen frem til Frederiksberg station med henblik på udarbejdelse af et selvstændigt projekt for strækningen frem til Frederiksberg station. Ved disse undersøgelser blev der konstateret store gener ved at skulle passere Falkoner Allé med en Cut & Cover tunnel – betydelige og omkostningskrævende ledningsomlægninger, samt trafikgener. Det blev af Bygherrens teknikere vurderet som en bedre løsning at fortsætte tunneleringen med boremaskine og dette blev medtaget i grundlaget for Final Bid.

.....

Ændringen består i at der udføres yderligere 234 m tunnel med tunnelboremaskinen frem til og med en optageskakt umiddelbart vest for Falkoner Allé. De resterende ca. 200 m frem til og med Frederiksberg station udestår således forsat som et selvstændigt projekt og er således ikke en del af det foretagne udbud. Ændringen er første gang introduceret i forbindelse med orientering til de Final Bid bydende primo juni 1996.

.....

Ændringen i entreprisens omfang består som allerede nævnt i de 234 m tunnelboring, der gennemføres under anvendelse af præcis den samme teknik som den resterende tunnelboring udføres efter. Der er ved Final Bid ikke givet en separat pris for den øgede tunnelboring, men det er vurderet at entreprisens værdi er forøget med ca. 60 Mio. kr.«

Ad e. Ørestad Nord Station og Ørestad Syd Station.

Indklagedes rådgiver har i et notat af 8. november 1996 oplyst følgende:

»Der er introduceret ændringer vedrørende:

- Ørestad Nord station, som udgår af projektet og
- Ørestad Syd station, som planlægges udført i etaper

Udeladelsen af Ørestad Nord er begrundet i en tilpasning til ændringer i det p.t. igangværende arbejde med byplanlægningen for Ørestaden. For så vidt angår Ørestad Syd pågår der overvejelser om først at åbne denne station på et senere tidspunkt, når et tilstrækkeligt passagergrundlag vil være til stede.

.....

Som nævnt udgår Ørestad Nord station helt af projektet. Dette betyder at alle bygningskonstruktioner for den ca. 40 m lange station udgår. Viaduktkonstruktionen i tilknytning til stationen ændres principielt ikke. Ørestad Syd overvejes i første etape udført, således at en færdiggørelse af stationen til idriftsættelse kun vil give minimale gener for driften på bybanen. Dette betyder at alle bygningskonstruktioner til og med peronniveau vil blive udføres nu som planlagt, herunder klargjorte teknikrum for banetekniske installationer.

.....

Ingen af de nævnte ændringer indgik i Final Bid. Under kontraktforhandlingerne med Comet blev Ørestad Nord trukket ud af projektet. Reduktionen i entreprisen udgør ca. DKK 10 Mio. Udførelse af Ørestad Syd i etaper blev drøftet under kontraktforhandlingerne, men ændringerne er ikke indeholdt i kontrakten med Comet. Såfremt ændringen gennemføres som beskrevet udgør reduktionen ca. DKK 2 Mio.«

Ad f. Ørestad Station.

Indklagedes rådgiver har i et notat af 30. september 1998 oplyst følgende:

»Parallelt med udbudsforhandlingerne om metroprojektet arbejdede Ørestadsselskabet og dets byplan- og infrastrukturrådgivere med planlægning og projektering af Ørestadens infrastruktur. Til at koordinere de to projekter var udpeget en arbejdsgruppe, der havde regelmæssigt samarbejde og møder i perioden fra november 95 til juli 96.

Det blev gennem dette arbejde klart, at der var tungtvejende byplanmæssige grunde til at flytte stationen til en position nord for Øresundsbanen. Bl.a. kunne herved opnås en bedre kontakt til de planlagte bycenter og bedre forbindelse til busserne. Stationskonceptet ændredes til samme koncept som Bella Center Station i forbindelse med flytningen. Prisen for Ørestad Station blev derved reduceret fra ca. 23 mio. kr. til ca. 11 mio. kr.«

Ad g. Overfladestationerne.

Indklagedes rådgiver har i et notat af 30. september 1998 oplyst følgende:

»2. Udviklingen af stationskonceptet efter Final Bid

Efter entreprenørernes afgivelse af Final Bid og udpegning af Comet som vinder af konkurrencen drøftede de to parter teknikere en modificering af det tilbudte stationskoncept til at opfylde bygherrens ønsker til

det arkitektoniske udtryk, men også til visse funktionelle forhold, bl.a. vindafskærmning og muligheden for senere montering af perrondøre. Resultatet af disse drøftelser blev indføjet i kontrakten sammen med en bestemmelse om, at det stationskoncept, der her var skitseret, skulle danne grundlag for et Conceptual Design for stationerne i Ørestaden, udarbejdet i et samarbejde mellem COMET's og Ørestadsselskabets teknikere.

3. Udviklingen af stationskonceptet efter kontrakt

Efter kontrakten arbejdede teknikerne med stationskonceptet i en task-force, men nåede ikke frem til et forslag, som begge parter kunne acceptere. Herefter udarbejdede COMET et revideret koncept i højere grad baseret på deres oprindelige tilbudsdesign, som Ørestadsselskabet efterfølgende har godkendt som grundlag for det videre arbejde.

4. Ændringernes omfang i entreprisen

Alle de forslag, der har været udarbejdet i dette forløb, har opfyldt kravene i udbudsprojektets og kontraktens Project Basis og Technical Specifications. Ændringen af stationskonceptet efter kontraktindgåelse har betydet en udvidelse af entreprisen med ca. 3,5 mio. kr.«

Ad i. Transversal – områderne,

ad b. Lergravsparkens Station,

ad k. Tunnel ved Strandlodsvej og

ad l. Skakter.

Indklagedes rådgiver har i et notat af 2. oktober 1998 oplyst følgende:

»1. Baggrund for ændringen.

På baggrund af følgende ændringer:

- Ændret udformning af Lergravsparken station
- Ændret placering af Forum station
- Afkortning af stationer
- Forlængelse af tunnelstrækning på Frederiksberg

var en justering af linieføringen, herunder transversalkamrene (cross-over kammer) nødvendig.

2. Beskrivelse af ændringen

2.1. Antal transversaler i udbudsmaterialet

Der var i udbudsmaterialet 3 transversaler i tunnel og 3 placeret over tunnel. Transversaler i tunnel var placeret ved:

Lergravsparken

Havnegade

Peblingesøen

2.2. Reduktion i antal af transversalkamre

Transversalkamret under Peblingesøen og kammeret ved Havnegade udelades i grundlaget for final bid og erstattes af et kammer under Sjøleboderne, for herved evt. at opnå en besparelse. Reduktionen er driftsmæssigt vurderet og kan gennemføres uden det får væsentlig indflydelse for driften.

2.3. Ændret placering af transversalkammer ved Lergravsparken i basis for final bid

Som følge af ændringen af Lergravsparken fra en shallow station til en dyb undergrundsstation, herunder den justerede placering, var det nødvendigt at transversalkamret blev flyttet fra umiddelbart vest for stationen, hvor kamret var placeret i en cut & cover konstruktion, til en placering i et NATM kammer umiddelbart øst for stationen.

2.4. Ændring af transversalkammer ved Lergravsparken ved kontrakt. Ved afgivelse af final bid bliver der af COMET taget forbehold mod at udføre transversalkamret øst for stationen med NATM metoden med baggrund i geotekniske vurderinger. Kamret tilbydes udført som cut & cover kammer. Af hensyn til bl.a. fredningsmæssige overvejelser (kamret ville være placeret i fredet parkområde) ønsker bygherren og dennes teknikere ikke den løsning. En placering umiddelbart efter banens passage af Strandlodsvej i den kommende etape 3 vurderes mere hensigtsmæssig. De driftsmæssige konsekvenser ved i en midlertidig periode at drive banen uden sproskiftemulighed efter Lergravsparken station vurderes. Det eftervises at dette vil kunne lade sig gøre i en kortere årrække, hvorfor det besluttes at lade kamret udgå af kontrakten.

Det vurderes at kamret kan udelades indtil den planlagte ibrugtagning af etape 3.

3. Ændringer efter kontraktindgåelse

Kort efter kontraktunderskrift finder bygherren imidlertid usikkerheden vedr. igangsætningstidspunkt af etape 3 så stor, at det besluttes at projektere en midlertidig transversal i en ca. 100 m cut & cover strækning. Udførelsen er forhandlet som et tillægsarbejde med COMET til en værdi af ca. 65 mio. kr..

4. Ændringens omfang i entreprisen

Sammenfattende skønnes de introducerede ændringer i entreprisen før kontrakt ikke at være væsentlige i forhold til det udbudte projekt.

Der er tale om justeringer i mængderne af udført tunnel ved tunnelboring (TBM), NATM og Cut & Cover-metoder.

De introducerede ændringer giver ikke anledning til ændringer af byggeperioden.

Sammenfattende viste det sig, at besparelserne ved at ændre Crossover kamrene ved Peblingsøen og Havnegade til et kammer ved Sjøleboerne var minimale.

Til orientering kan det oplyses, at prisen for en transversal i COMET's oprindelige tilbud typisk lå på ca. 14 mio. kr. (Havnegade og Peblingsøen).«

Ad 1. Skakter.

Indklagedes rådgiver har i et notat af 22. oktober 1998 oplyst følgende:

»Det er korrekt at alle de syv nævnte skaktlokaliteter blev berørt i forbindelse med de projektændringer som blev indført ved »Final Bid« i Juni 1996.

Alle ændringer er konsekvens af nogle få ændringer i projektet, som beskrevet nedenfor:

- Ad. Falconér Allé: TBM-tunneleringen blev forlænget fra Hostrupsvej frem til umiddelbart Vest for Falkoner Allé. Arbejdsskakten til optagning af TBM'en fulgte naturligtvis med.
- Ad. Hostrupsvej, Thorvaldsensvej og Landbohøjskolen: Forum station blev flyttet fra Fuglevangsvej til Forum-bygningen. Herved blev afstanden til Frederiksberg så lang, at det var nødvendigt med 2 nødskakter på strækningen i stedet for én. Der blev derfor introduceret to nye skakter (Hostrupsvej og Landbohøjskolen) samtidig med at Thorvaldsensvej udgik.
- Ad. Søjapavillonen: Cross over'en under Pejblinge sø udgik, men det var fortsat op til entreprenørens egen planlægning, om han ønskede at anvende nødskakten ved Søjapavillonen som arbejdsskakt for tunnelarbejdet.
- Ad. Sjøleborerne: Cross-over'en under Havnen blev flyttet til Sjøleborerne. Derved er det sandsynligt, at entreprenøren vil anvende nødskakten her til arbejdsskakt, men det ændrer ikke nødvendigvis skaktens udformning.
- Ad. Strandlodsvej: Lergravsparken blev ændret fra højtliggende til dyb station, og TBM-tunneleringen blev forlænget mod øst gennem stationen og frem til Strandlodsvej, hvor en temporær modtageskakt således var påkrævet (før ændringen stoppede TBM-tunneleringen vest for Lergravsparken st. uden behov for en optageskakt, idet der var en Cut & Cover tunnel på dette sted).

Til klagerens omtale af de enkelte skacters funktioner skal anføres, at kun nødskaktfunktionen er et projektkrav. Skakternes øvrige anvendelser (ventilationsskakt, arbejdsskakt) er op til entreprenørens design og arbejdsplanlægning.

Det kan oplyses at prisen for udførelse af en skakt, incl. tværtunnelforbindelsen til de to tunnelrør ved skaktens bund, er af størrelsesordenen DKK 15–20 millioner for en normal nødskakt og DKK 20–25 millioner for en kombineret nød- og ventilationsskakt.

Alle ovenstående ændringer var efter vor bedste vurdering ukomplicerede og let overskuelige for tilbudsgiverne, både teknisk og kommercielt, idet der var tale om røskeringer med projektelemler, som allerede var velkendte.«

Direktør Ole Underdal har forklaret følgende om ændringerne af projektet:

Ad a. Perronlængden.

Ændringen er et resultat af, at indklagede har besluttet alene at anvende tog med 3 vogne i stedet for tog med 4 vogne som forudsat i projektet, og indklagede har i konsekvens heraf yderligere besluttet, at stationerne skal afkortes med ca. 10 m. Dette har imidlertid medført, at undergrundsstationerne, når de bliver kortere, for at kunne tilpasses i terrænet har måtte hæ-

ves ca. 2 m fra 20 m til 18 m under terræn. Der er derved sket en væsentlig ændring af hele tunnelbaneprojektet, idet en ændring af dybden fra 20 m til 18 m kan betyde meget for tunnelernes stabilitet i kalken i undergrunden. Endvidere medfører ændringen af toglængden fra 4 vogne til 3 vogne betydelige ændringer i hele sporforløbet, herunder alle sporskifterne. Der er således tale om meget væsentlige ændringer af projektet, og ændringerne medfører bl.a., at 60–80 % af projektmaterialet skal ændres eller laves om.

ad b. Lergravsparkens Station.

Stationen skal ændres fra en overfladenær station ca. 6 m under terræn til en undergrundsstation ca. 18 m under terræn, og dette medfører, at der skal laves helt nye geologiske og hydrologiske undersøgelser. Projektet skal ændres på strækningen helt til Amagerbro station, og sporskiftearealerne ved Lergravsparkens station skal føres ned i undergrunden. Yderligere skal boremaskinen føres op et helt nyt sted. Også denne ændring er en meget væsentlig ændring af projektet.

ad c. Stationen ved Forum.

Flytningen af stationen ca. 100 m kræver nye geologiske undersøgelser ligesom lay-outet og situationsplanen skal tilpasses. Flytningen af stationen vil endvidere betyde et ændret tunnelforløb fra Sortedamssøen til Hastrups allé, og sporskifterne under Sortedamssøen skal flyttes mod øst. Det vil formentlig være nødvendigt at lave en ny nødsakt, ligesom en nødsakt skal omprojekteres. Alt i alt er der tale om væsentlig ændringer af projektet.

Ad påstand 2.

Klagerne har ikke gjort gældende, at Klagenævnets afgørelse vedrørende påstand I, 4 i kendelsen af 18. november 1996 er forkert. Klagerne har gjort gældende, at det på grundlag af de oplysninger, der nu er fremkommet om ændringerne af Minimetroprojektet i relation til Kontrakt A foretaget dels i tiden fra afgivelsen af første tilbud og til afgivelsen af de endelige tilbud, dels i tiden fra afgivelsen af de endelige tilbud og til indgåelsen af kontrakten med Comet er sket så væsentlige ændringer af projektet, at indklagede var uberettiget til at indgå kontrakt med Comet. Indklagede var derimod på grund af disse ændringer forpligtet til at gennemføre et nyt udbud efter forhandling med de 6 prækvalificerede konsortier vedrørende det ændrede projekt, således at alle de 6 prækvalificerede konsortier på den måde kunne få mulighed for at afgive tilbud (first bid) vedrørende det ændrede projekt. Indklagede har dermed handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i EU-udbudsreglerne.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke i perioden fra afgivelsen af første tilbud og til indgåelsen af kontrakten med Comet er foretaget så væsentlige ændringer i projektet, at indklagede handlede i strid med EU-udbudsreglerne ved at indgå kontrakten med Comet. Indklagede har nærmere anført, at Klagenævnet ved kendelsen af 18. november 1996 alene direkte tog stilling til de 4 ændringer, der var påberåbt af klageren under den tidligere sag, nemlig de ændringer der er anført under a, b, c og d, men at der allerede under den tidligere sag fremkom oplysning også om andre ændringer af projektet, herunder ændringer som var en følge af ændringerne a – d, og Klagenævnet må antages at have taget også disse forhold i betragtning. Efter projektets komplicerede beskaffenhed og størrelse er der ikke i den anførte periode gennemført ændringer af en sådan beskaffenhed og med sådanne økonomiske konsekvenser, at en overholdelse af EU-udbudsreglernes ligebehandlingsprincip indebar, at indklagede var forpligtet til enten at annullere udbudet og iværksætte et nyt udbud, eller – som gjort gældende af klagerne – endnu engang at gennemføre et udbud efter forhandling med de 6 prækvalificerede konsortier i overensstemmelse med den fremgangsmåde, der var fastlagt i Instruction to Tenderers.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 2.

Klagenævnet har konstateret, at ændringerne a–m er foretaget i følgende perioder:

I perioden fra de 4 tilbudsgiveres afgivelse af justeret tilbud til de 2 tilbudsgiveres afgivelse af endeligt tilbud, således at indklagede medtog de anførte ændringer i betingelserne for afgivelse af endeligt tilbud:

- a. Perronlængden
- b. Lergravsparkens Station
- c. Stationen ved Forum
- d. Tunnel ved Falkoner Allé
- f. Ørestad Station
- h. Tunnellinieføringen
- i. Transversal-områderne (bortset fra Transversal-området ved Lergravsparken Øst)
- j. Tunnel ved Lergravsparken
- l. Skakter
- m. Tunnel ved Lergravsparken Vest og Lergravsparken Øst.

I perioden fra de 2 tilbudsgiveres afgivelse af endeligt tilbud til indgåelsen af Kontrakt A med Comet den 3. oktober 1996, således at de anførte ændringer blev forhandlet mellem indklagede og Comet i perioden fra den 20. august 1996, da indklagede meddelte Comet, at indklagede havde besluttet at indgå kontakt med Comet, og indtil indgåelsen af kontrakten den 3. oktober 1996:

- e. Ørstad Nord Station og Ørstad Syd Station
- g. Overfladestationerne
- i. Transversal-området ved Lergravsparken Øst (jf. litra k)
- k. Tunnel ved Strandlodsvej (jf. litra i)

I perioden efter indgåelsen af kontrakten den 3. oktober 1996, således at der er forhandlet en ændring af kontrakten af 3. oktober 1996:

- i. Transversal-området ved Lergravsparken Øst (jf. litra k).

Klagenævnet finder anledning til at påpege, at selvom klageren under den tidligere klagesag i sin påstand (den tidligere sags påstand I, 4, a–e) alene henviste til de 4 ændringer, som klagerne under denne sag har anført under påstand 2, a–e, fremkom der allerede under Klagenævnets behandling af den tidligere sag oplysninger om samtlige ændringer, der indgik i betingelserne for afgivelse af endeligt tilbud, og oplysninger om de ændringer af stationerne Ørstad Nord og Ørstad Syd, som blev foretaget under kontraktsforhandlingerne.

Klagenævnet har gennemgået de oplysninger om den tekniske beskaffenhed af ændringerne anført under a–m vedrørende entreprisen Kontrakt A, som henholdsvis klagerne og indklagede har forelagt for Klagenævnet. Klagenævnet har endvidere vurderet de redegørelser for de økonomiske konsekvenser af de anførte ændringer af entreprisen Kontrakt A, som henholdsvis klagerne og indklagede har fremført over for Klagenævnet. Klagenævnet har endelig sammenholdt disse oplysninger med de tilvejebragte oplysninger om baggrunden for indklagedes beslutning for at foretage hver af de anførte ændringer. På denne baggrund er det – også på det grundlag, der foreligger under denne klagesag – Klagenævnets vurdering, at ændringerne efter deres tekniske beskaffenhed, deres økonomiske konsekvenser og deres omfang i forhold til det samlede projekt, hverken hver for sig eller samlet er af en sådan beskaffenhed, at indklagede af hensyn til en overholdelse af EU-udbudsreglernes ligebehandlingsprincip har været forpligtet at annullere udbudet og gennemføre et nyt udbud, hvor alle potentielle tilbudsgivere kunne få mulighed for at anmode om prækvalifikation. Det er endvidere

Klagenævnets vurdering, at de anførte ændringer hverken hver for sig eller samlet er af en sådan beskaffenhed, at indklagede med henblik på at tilgode disse ligebehandlingsprincippet i relation til de 6 prækvalificerede tilbudsgivere har været forpligtet til at gennemføre den fastlagte tilbudsprocedure endnu engang for at give disse tilbudsgivere mulighed for at afgive tilbud på projektet med de anførte ændringer. Klagenævnet har særligt lagt vægt på, at der ikke som følge af de anførte ændringer indgår nye elementer i projektet, som kræver nye tekniske løsninger eller væsentligt ændrede udførelsesmåder end dem, der var aktuelle ved det oprindelige projekt, og at ændringer ikke har nogen afgørende indflydelse på udførelsesperioden.

Denne påstand tages således ikke til følge.

Ad påstand 1, a–e og g–h:

På grundlag af de tre gennemførte udbud efter forhandling efter Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 20, stk. 1, jf. artikel 1, nr. 7, litra c, var det indklagedes vurdering, at Comet havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud vedrørende Kontrakt A, at Ansaldo havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud vedrørende Kontrakt B, og at Copenhagen Mini Metro Group havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud vedrørende Kontrakt C. I sin kendelse af 18. november 1996 fastslog Klagenævnet, at der ikke under den daværende sag var grundlag for at give klageren medhold i nogle klagepunkter vedrørende Ørestadsselskabet I/S' udvælgelse af tilbudet fra Comet som det økonomisk mest fordelagtige vedrørende Kontrakt A, og der er heller ikke under den aktuelle klagesag fremkommet oplysninger, som har givet Klagenævnet grundlag for at antage, at indklagedes udvælgelse af Comet som det konsortium, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud vedrørende Kontrakt A, ikke er sket i overensstemmelse med EU-udbudsreglerne og herunder under overholdelse af princippet om ligebehandling.

Der er endvidere heller ikke under denne sag fremkommet oplysninger, som har givet Klagenævnet grundlag for at antage, at indklagedes udvælgelse af Ansaldo og Copenhagen Mini Metro Group som de konsortier, der havde afgivet de økonomiske mest fordelagtige tilbud vedrørende henholdsvis Kontrakt B og Kontrakt C, ikke er sket i overensstemmelse med EU-udbudsreglerne og herunder under overholdelse af princippet om ligebehandling.

Efter at have afsluttet de 3 udbudsforretninger besluttede indklagede på grundlag af de nævnte 3 tilbud, der var bedømt som de økonomisk mest

fordelagtige, at indgå en Kontrakt A vedrørende Civil Works og en Kontrakt B vedrørende Transportsystemet, og således ikke at indgå en Kontrakt C vedrørende det samlede projekt. Disse beslutninger blev meddelt Comet, Ansaldo og Copenhagen Mini Metro Group ved skrivelser af 20. august 1996.

Det følger af EU-udbudsreglerne, at det herefter påhvilede indklagede at indgå kontrakt med Comet vedrørende den udbudte totalentreprise Kontrakt A og med Ansaldo vedrørende den udbudte totalentreprise Kontrakt B, og det vil indebære en overtrædelse Forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvis indklagede inddrager andre end Comet som kontraktspart i Kontrakt A og andre end Ansaldo som kontraktspart i Kontrakt B, jf. nedenfor under påstand 1, f.

Det følger endvidere af EU-udbudsreglerne, at de 2 kontrakter skulle indgås vedrørende de 2 udbudte totalentrepriser, og det vil indebære en overtrædelse af Forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvis selskabet indgår kontrakt om et projekt, der er ændret så væsentligt, at der reelt er tale om et helt nyt projekt, jf. ovenfor under påstand 2 vedrørende den indgåede Kontrakt A.

Klagenævnet skal under denne sag tage stilling til, om en udbyder også efter det tidspunkt, hvor det ligger fast, hvilken tilbudsgiver udbyderen har besluttet at indgå kontrakt med, og hvor denne tilbudsgiver på en klar og utvetydig måde er blevet gjort bekendt med beslutningen, er fuldstændig afskåret fra at forhandle med den pågældende tilbudsgiver om fastsættelsen af kontraktsvilkårene i kontrakten, og i benægtende fald, hvilke begrænsninger der er vedrørende en sådan adgang til at forhandle med den vindende tilbudsgiver.

Det følger af »Instruction to Tenderers«, at de 2 kontrakter skal indgås på grundlag af de endelige tilbud (final bids), som var grundlag for indklagedes vurdering af tilbudene fra Comet og Ansaldo som de økonomisk mest fordelagtige. Det ville således indebære en overtrædelse af EU-udbudsreglerne, såfremt en udbyder under de afsluttende forhandlinger med den vindende tilbudsgiver vedrørende udformningen af kontrakten inddrager væsentlige nye kontraktsbestemmelser, som efter deres indhold er uden naturlig sammenhæng med de 2 ydelser, der skal præsteres ved accept af de endelige tilbud (final bids) eller uden sammenhæng med udbyderens administration af de 2 kontrakter.

Ved afgørelsen af, om indklagede ved indgåelsen af de 2 kontrakter med Comet og Ansaldo som anført af klagerne har handlet i strid med EU-ud-

budsreglerne ved at inddrage nye bestemmelser i kontrakterne, skal der for det første lægges vægt på, om de pågældende kontraktsbestemmelser kunne have været medtaget i udbudsbetingelserne, eller dette ikke havde været muligt. De nye kontraktsbestemmelser, som klagernes påstand 1 vedrører, har alle sammenhæng med indklagedes beslutning om ikke at indgå en Kontrakt C, men derimod i stedet en Kontrakt A og en Kontrakt B. Som det aktuelle udbud efter forhandling har været tilrettelagt – som et sideordnet udbud af dels en Kontrakt A og en Kontrakt B, dels en Kontrakt C – har det været umuligt for indklagede at medtage de omhandlede kontraktsbestemmelser i udbudsbetingelserne vedrørende Kontrakt A og Kontrakt B, idet en indarbejdelse af de omhandlede kontraktsbestemmelser i udbudsbetingelserne ville indebære, at der ikke længere blev udbudt 2 selvstændige kontrakter – en Kontrakt A og en Kontrakt B. Allerede dette forhold taler således imod, at indklagede har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at medtage disse nye kontraktsbestemmelser i kontrakterne.

Ved afgørelsen af, om indklagede ved indgåelsen af de 2 kontrakter med Comet og Ansaldo har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at inddrage nye kontraktbestemmelser, skal der for det andet lægges vægt på, om de pågældende bestemmelser har et sådant indhold, at indklagede har haft en saglig interesse i, at der ved indgåelsen af kontrakterne så vidt muligt også skete en afklaring af disse spørgsmål. Det bemærkes i den forbindelse, at forhandlingerne om en medtagelse af disse bestemmelser i kontrakterne nok vil foregå som sædvanlige forhandlinger mellem kontraktsparter, men forhandlingerne foregår på den særlige baggrund, at de vindende tilbudsgivere er klar over, at indklagede skal indgå kontrakt på grundlag af de 2 afsluttende udbudsforretninger og ikke frit kan annullere de 2 udbudsforretninger. Det er Klagensrådets vurdering, at indklagede har haft en naturlig og velbegrundet interesse i under de afsluttede forhandlinger med de 2 vindende tilbudsgivere at søge at få medinddraget også disse nye kontraktsbestemmelser.

Det er således Klagensrådets vurdering, at indklagede ikke har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at forhandle sig frem til at få disse yderligere kontraktsbestemmelser med i de 2 kontrakter, og den omstændighed, at indholdet i de 2 kontrakter herved i et vist omfang er kommet til at svare til indholdet i en Kontrakt C, kan ikke tillægges nogen selvstændig betydning, da dette blot er en følge af den måde, hvorpå udbudsforretningen har været tilrettelagt. Klagernes påstande tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 1, f.

De grænsefladeerklæringer, der er bilag til de 2 kontrakter, indeholder i punkt 5, 2. punktum, en bestemmelse om »solidarisk ansvar« for de 2 kontraktsparter, som de 2 kontrakter er indgået med – Comet og Ansaldo. Disse kontraktsbestemmelser indebærer således, at Ansaldo i relation til Kontrakt A har påtaget sig forpligtelser over for indklagede og dermed er indgået som kontraktspart også vedrørende Kontrakt A, samt at Comet i relation til Kontrakt B har påtaget sig forpligtelser over for indklagede og dermed er indgået som kontraktspart også vedrørende Kontrakt B. Da indklagede ikke har måttet indgå Kontrakt A med andre end Comet som medkontrahent og ikke har måtte indgå Kontrakt B med andre end Ansaldo som medkontrahent, har indklagede handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at indgå de 2 kontrakter.

Klagenævnet finder dog anledning til at anføre, at grænsefladeerklæringernes punkt 5, 2. punktum, efter deres indhold må antages kun at få begrænset betydning for kontraktsforholdene mellem parterne, og at den konstaterede overtrædelse af EU-udbudsreglerne på denne baggrund ikke ville kunne have begrundet en annullation af beslutningerne om at indgå de 2 kontrakter, såfremt der i nær tidsmæssig sammenhæng med indgåelsen af de 2 kontrakter var indgivet klage til Klagenævnet vedrørende denne overtrædelse af EU-udbudsreglerne.

Herefter bestemmes:

Indklagede, Ørestadsselskabet I/S, har handlet i strid med EU-udbudsreglerne ved at indgå 2 kontrakter med henholdsvis Copenhagen Metro Construction Group og Ansaldo Trasporti s.p.a. indeholdende 2 grænsefladeerklæringer, hvorved de to medkontrahenter påtog sig solidarisk ansvar over for indklagede i relation til opfyldelsen af Kontakt A og Kontakt B for så vidt angår grænsefladeforhold i det omfang, hvor det ikke er klart, om krav af indklagede skal rettes mod Copenhagen Metro Construction Group eller mod Ansaldo Trasporti s.p.a.

Klagen tages iøvrigt ikke til følge.

Indklagede, Ørestadsselskabet I/S, skal ikke betale sagsomkostninger til klagerne.

Klagegebyret tilbagebetales.

Carsten Haubek

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig