

K E N D E L S E

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

mod

Banedanmark  
(Kammeradvokaten ved advokat Kristian Hartlev)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 018-026652 af 23. januar 2013 udbød Banedanmark som udbud med forhandling efter direktiv 2004/17/EF (det dagældende forsyningsvirksomhedsdirektiv) en kontrakt om ”TP 4 Urban Tunnels” vedrørende bygge- og anlægsarbejder i forbindelse med anlæg af en ny jernbanelinje mellem København og Ringsted.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 5. marts 2013 havde følgende virksomheder anmodet om prækvalifikation:

1. Hochtief Solutions AG
2. FCC Construcción, S.A.
3. MTH-Züblin JV ved MT Højgaard A/S og Züblin AG Stuttgart (herafter MTH-Züblin JV)
4. JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnel I/S c/o E. Pihl & Søn A/S
5. TBI Infra B.V.

Den 8. marts 2013 besluttede Banedanmark at prækvalificere alle 5 ansøgere.

Den 22. april 2013 fik de prækvalificerede ansøgere adgang til udbudsmaterialet.

FCC Construcción, 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 ventureaftale, hvoraf fremgik, at joint ventureret ”juridisk set [udgør] et interessentskab der oprettes imellem Pihl og PAA og registreres på behørig vis såfremt Kontrakten tildeles Joint Ventureret”. Endvidere fremgik det, at joint venturerets navn var: ”JV Pihl – Aarsleff – TP 4” (herefter Pihl – Aarsleff).

Ligeledes den 26. august 2013 afsagde Sø- og Handelsretten konkursdekret over E. Pihl & Søn A/S (herefter Pihl). Banedanmark blev bekendt med konkursdekretet i løbet af eftermiddagen og spurgte allerede senere samme dag Per Aarsleff A/S (herefter Aarsleff) 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 Aarsleff og Pihl, men ikke af konkursboets kurator.

MT Højgaard A/S og Züblin A/S (herefter Højgaard og Züblin) rettede herefter henvendelse til Banedanmark og protesterede mod, at det måtte blive tilladt Aarsleff at afgive tilbud.

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

Den 15. oktober 2013 underrettede Banedanmark samtlige tilbudsgivere om, at Banedanmark havde besluttet at tillade Aarsleff at deltage i den videre udbudsproces alene.

Aarsleff afgav herefter 2. tilbud i eget navn og oplyste, at tilbuddet blev afgivet af Aarsleff som fortsættende entreprenør fra joint ventureret mellem

Pihl (nu under konkurs) og Aarsleff, at konkursboet ikke havde meddelt at ville indtræde i joint ventureaftalen, og at Aarsleff 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 – de 3 økonomisk mest fordelagtige tilbud (short-listing) og opfordrede Aarsleff, MTH-Züblin JV samt Hochtief Solutions A/S til at afgive 3. tilbud.

Banedanmark modtog herefter den 12. december 2013 3. tilbud fra Aarsleff, 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 Aarsleff, 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.

Den 30. december 2013 indgav Højgaard og Züblin klage til Klagenævnet for Udbud over Banedanmark. Højgaard og Züblin nedlagde blandt andet påstand om, at klagenævnet skulle konstatere, at Banedanmark havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved at tillade, at Aarsleff, der ikke var prækvalificeret, deltog i udbuddet i stedet for Pihl – Aarsleff. Højgaard og Züblin nedlagde desuden påstand om, at Banedanmarks beslutning om at tildele kontrakten til Aarsleff skulle annulleres.

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

Banedanmark indgik efterfølgende kontrakt med Aarsleff.

Ved kendelse af 18. august 2014 besluttede klagenævnet at udsætte sagen på præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen med henblik på domstolens

besvarelse af spørgsmålet om, hvorvidt ligebehandlingsprincippet i artikel 10, jf. artikel 51, i Europaparlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF skal fortolkes således, at det i en situation som den foreliggende er til hinder for, at en ordregiver tildeler ordren til en tilbudsgiver, der ikke havde ansøgt om prækvalifikation og derfor ikke var prækvalificeret.

Ved dom af 24. maj 2016 (sag C-396/14) besvarede EU-Domstolen det forelagte spørgsmål således:

”Det princip om ligebehandling af virksomheder, der fremgår af artikel 10 i 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”), sammenholdt med dette direktivs artikel 51, skal fortolkes således, at en ordregiver ikke tilsidesætter dette princip, når denne tillader den ene af de to økonomiske aktører, som indgik i en sammenslutning af virksomheder, der som sådan var blevet anmodet om at afgive tilbud af denne ordregiver, at træde i stedet for denne sammenslutning efter dennes opløsning og at deltage i sit eget navn i et udbud med forhandling om tildeling af en offentlig kontrakt, forudsat at det er fastslået, dels at denne økonomiske aktør selvstændigt opfylder de af vedkommende ordregiver fastsatte krav, dels at denne økonomiske aktørs fortsatte deltagelse i den pågældende udbudsprocedure ikke medfører en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.”

Klagen har været behandlet på et møde den 30. januar 2017.

Højgaard og Züblin har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

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

#### Påstand 1a, (subsidiær i forhold til påstand 1)

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

somhedsdirektivets artikel 10, ved at prækvalificere JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S, som var en ikkeeksisterende juridisk person.

#### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Banedanmark i medfør af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10, havde pligt til at afvise tilbuddet fra JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S af 27. august 2013, idet tilbuddet i strid med udbudsbetingelserne ikke var bindende for interessentskabet.

#### Påstand 3

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

#### Påstand 4

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

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

og uanset Aarsleff i modsætning til klagerne ikke levede op til udbuddets krav om inspektioner af svejsninger.

#### Påstand 5

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

Banedanmark har vedrørende påstand 1 - 5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

#### Sagens nærmere omstændigheder

Med hensyn til nærmere fremstilling om forløbet i sagen frem til klagens indbringelse for klagenævnet henvises til sagsfremstillingerne i klagenævnets kendelser af 28. januar og 18. august 2014.

Som anført ovenfor besluttede klagenævnet ved kendelse af 28. januar 2014, at klagen ikke skulle tillægges opsættende virkning. Af præmisserne herom fremgår blandt andet:

”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 3 og dermed også i påstand 5 om annullation af Banedanmarks tildelingsbeslutning...”

Af klagenævnets forelæggelseskendelse af 18. august 2014 fremgår blandt andet:

”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 biddene, 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, *Pressetext* (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 forfølger.”

### 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. Pihl & 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. Pihl & 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...:

”... 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 tildeler ordren til en tilbudsgiver, der ikke havde ansøgt om prækvalifikation og derfor ikke var prækvalificeret?”

Den 25. november 2015 fremsatte generaladvokaten P. Mengozzi forslag til EU-Domstolens afgørelse af klagenævnets præjudicielle spørgsmål. Det fremgår heraf blandt andet:

”62. Det fremgår, at intervenienterne er enige om, at det i udbudsprocedurer med prækvalifikation i princippet alene er de tilbudsgivere, der er blevet prækvalificeret, som kan afgive tilbud og således kan blive tildelt kontrakten.

63. Jeg deler en sådan holdning, der – således som MTHZ med føje har fremhævet – har en eksplicit normativ hjemmel i artikel 51, stk. 3, i direktiv 2004/17. Ved at bestemme, at ordregiverne ”kontrollerer, at tilbuddene fra de således udvalgte tilbudsgivere er i overensstemmelse med”, forudsætter denne bestemmelse således en identitet mellem de prækvalificerede aktører og de aktører, der afgiver tilbuddene. Princippet er følgelig, at der skal bestå en juridisk og materiel identitet mellem den prækvalificerede økonomiske aktør og den aktør, der afgiver tilbuddet, og hvem kontrakten eventuelt vil kunne tildeles.

64. Det skal i den forbindelse præciseres, at der efter min opfattelse ikke hersker nogen tvivl om, at der – i modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende i retsmødet – i den foreliggende sag hverken består nogen juridisk eller materiel identitet mellem den i form af et I/S oprettede sammenslutning og Aarsleff. Selv om Aarsleff var en af deltagerne i I/S’et, er der således ingen tvivl om, at dette selskab udgør en i forhold til den sammenslutning, som det indgik i, materielt og juridisk selvstændig juridisk person.

65. Efter at dette er klarlagt, opstår spørgsmålet, om der i lyset af ligebehandlingsprincippet som fortolket i punkt 55-59 i dette forslag til afgørelse kan tillades undtagelser til princippet om den nødvendige identitet mellem den prækvalificerede tilbudsgiver og den tilbudsgiver, der afgiver tilbuddet, navnlig under omstændigheder som dem, der foreligger i tvisten i hovedsagen.

66. Efter min opfattelse kan det nævnte princip imidlertid ikke have en absolut rækkevidde og være uden undtagelser. Det er min vurdering, at det er muligt at forestille sig tilfælde, om end et begrænset antal, hvor der bør tillades en ændring i en tilbudsgivers identitet i løbet af proceduren, bl.a. under henvisning til kravet om at sikre den bredest mulige åbning for konkurrence i forbindelse med en udbudsprocedure.

67. Idet et sådant krav begrænses af overholdelsen af ligebehandlingsprincippet, kan en ordregivende myndighed ... dog ikke forskelsbehandle tilbudsgivere ved som begrundelse at fremføre kravet om en maksimal åbning af udbudsproceduren for konkurrence. Eventuelle undtagelser til princippet om overensstemmelse mellem den prækvalificerede tilbudsgiver og den tilbudsgiver, der afgiver tilbuddet – hvilke som undtagelser til et princip med generel rækkevidde i øvrigt skal fortolkes strengt – har derfor en absolut begrænsning i overholdelsen af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne.

68. Efter at disse principper er fastslået, opstår spørgsmålet, hvilken konkret fremgangsmåde der giver grundlag for bedst at kombinere de krav, der i et tilfælde som det i tvisten i hovedsagen foreliggende synes at kunne være indbyrdes modstridende, og som følger af en streng overholdelse af de lige muligheder for tilbudsgiverne og af en maksimal åbning for konkurrence?

69. Intervenienterne har hver foreslået en forskellig fremgangsmåde.

70. Af de grunde, som jeg lige har redegjort for i punkt 66 i dette forslag til afgørelse, vil jeg først udelukke en fremgangsmåde som den, MTHZ synes at forfægte, hvorefter der aldrig bør være undtagelser til princippet om overensstemmelse mellem den prækvalificerede aktør og den aktør, der afgiver tilbuddet.

71. Med hensyn til Kommissionen er den i hovedtræk af den opfattelse, at såfremt den aktør, der ikke er blevet prækvalificeret – bl.a., under omstændigheder som de foreliggende, det tilbageværende medlem af en sammenslutning – opfylder udbudsbetingelserne, er ligebehandlingsprincippet ikke til hinder for, at den ordregivende myndighed tillader denne aktør at fortsætte proceduren. En sådan løsning gør det dog ikke muligt at garantere en streng sikring af kravet om lige muligheder for tilbudsgiverne.

72. Det forhold, at den nye aktør opfylder udbudsbetingelserne, udgør ganske vist uden tvivl en nødvendig betingelse for at undgå forskelsbehandling af tilbudsgiverne. Dette enkelte forhold kan dog ikke som sådan garantere, at den nye aktør – ved at det tillades denne at del-

tage i udbuddet på et senere tidspunkt i forhold til de øvrige tilbudsgivere – på det tidspunkt, hvor vedkommende indtræder i proceduren, ikke opnår konkurrencefordele. Sådanne fordele kan f.eks. bestå i kendskabet til oplysninger, som de øvrige tilbudsgivere ikke fik, da de besluttede at deltage i udbudsproceduren.

73. Den danske regering er af den opfattelse, at ligebehandlingsprincippet ikke i et tilfælde som det foreliggende er til hinder for, at en ordregivende myndighed kan acceptere ændringen i en tilbudsgivers identitet mellem prækvalifikationen og tildelingen af kontrakten, såfremt to betingelser er opfyldt. For det første skal den tilbageværende del af tilbudsgiveren, hvis identitet er blevet ændret, selvstændigt opfylde de for prækvalifikationen fastsatte krav til egnethed, og for det andet må ændringen i tilbudsgiverens identitet ikke have haft betydning for kredsen af prækvalificerede ansøgere, således at de prækvalificerede ansøgere stadig ville have været de samme, selv om den tilbageværende del af tilbudsgiveren allerede fra starten havde deltaget i prækvalifikationen i den nye form.

74. Det er imidlertid min vurdering, at denne løsning heller ikke er tilfredsstillende. Den første betingelse forekommer mig således i det væsentlige at svare til den, der kræves i den af Kommissionen foreslåede løsning. Med hensyn til den anden betingelse tror jeg ikke, at det med henblik på at garantere en streng overholdelse af de lige muligheder for tilbudsgiverne er tilstrækkeligt, at den subjektive ændring ikke har nogen betydning for kredsen af prækvalificerede ansøgere. Af de samme grunde som angivet i punkt 72 i dette forslag til afgørelse finder jeg således, at den omstændighed, at ingen aktør uretmæssigt er blevet udelukket fra udbudsproceduren eller uretmæssigt har fået adgang til at deltage i denne – samtidig med, at det også er en nødvendig betingelse for at undgå forskelsbehandling – ikke er tilstrækkelig til at garantere overholdelsen af kravet om lige muligheder for tilbudsgiverne.

75. I mangel af eksplicite regler, der forudgående er vedtaget af lovgiver eller af den ordregivende myndighed, er det min opfattelse, at det er hensigtsmæssigt, at ordregiveren på grundlag af alle de faktiske oplysninger, som den råder over, foretager en konkret analyse af de enkelte sager for at efterprøve, hvorvidt den omhandlede subjektive ændring afstedkommer en situation, hvori tilbudsgiverne ikke behandles lige i løbet af udbudsproceduren, bl.a. men ikke kun ved udformningen af deres tilbud. Denne analyse vil navnlig tage sigte på at efterprøve, hvorvidt denne ændring giver anledning til en konkurrencefordel for den nye tilbudsgiver ved således at afstedkomme en ændring af konkurrenceprocessen.

76. Flere scenarier omkring subjektiv ændring er imidlertid tænkelige på et abstrakt plan, og det er ikke fornødent at analysere dem i denne sammenhæng. Jeg vil begrænse mig til at bemærke, at det vil være usandsynligt, at en sådan ændring vil være egnet til at skabe en situation, der medfører ulige muligheder, i et tilfælde, hvor ændringen af den subjektive identitet udelukkende har en formel og ikke materiel betydning, fordi den f.eks. udelukkende indebærer en ændring af formen eller en intern omorganisering, der ikke har nogen væsentlige følger.

77. En situation som den i hovedsagen omhandlede, hvori en sammenslutning, der er oprettet i den retlige form af en juridisk person, som er selvstændig i forhold til de økonomiske aktører, der indgår i denne, opløses og i proceduren erstattes af det tilbageværende medlem af sammenslutningen, udgør imidlertid efter min opfattelse ikke et tilfælde af ændring af den subjektive identitet, der udelukkende har en formel og ikke materiel betydning.

78. Det er under disse forudsætninger min vurdering, at det tilkommer Klagenævnet for Udbud, på grundlag af de faktiske oplysninger, som det råder over, konkret at fastslå, hvorvidt Banedanmarks afgørelse i den foreliggende sag har afstedkommet en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af de forskellige tilbudsgivere, der har deltaget i udbudsproceduren, og navnlig hvorvidt Aarsleff på det tidspunkt, hvor dette selskab fik tilladelse til at træde i stedet for I/S'et i udbudsproceduren, opnåede konkurrencefordele i forhold til de øvrige tilbudsgivere.

79. På grundlag af de oplysninger, som Domstolen råder over i sagsakterne, vil jeg i den forbindelse begrænse mig til at fremkomme med følgende betragtninger.

80. For det første har Klagenævnet for Udbud fremhævet, at det må anses for godt gjort, at Aarsleff alligevel ville være blevet prækvalificeret, dersom dette selskab havde ansøgt direkte om prækvalifikation frem for at gøre det gennem den opløste sammenslutning. Det er min opfattelse, at denne omstændighed imidlertid ikke udelukker, at der i den foreliggende sag kan være sket en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. Det afgørende spørgsmål i nærværende sag er ikke i så høj grad (eller kun), hvorvidt Aarsleff hypotetisk set kunne eller ikke kunne være blevet prækvalificeret alene, men hvorvidt dette selskab har nydt godt af en anderledes behandling, der skabte en konkurrencefordel for dette på det tidspunkt, hvor det fik tilladelse til at deltage alene i udbudsproceduren uden forudgående at være blevet prækvalificeret.

81. Dernæst fremgår det, at Aarsleff kunne beslutte at deltage alene i udbuddet på grundlag af oplysninger, som de øvrige tilbudsgivere ikke rådede over, da de besluttede at deltage i dette udbud. Navnlig har

MTHZ gjort gældende, at da Aarsleff – efter Pihls konkurs og derfor efter opløsningen af sammenslutningen – fik tilladelse til at træffe en sådan beslutning, havde dette selskab for det første kunnet få kendskab til det eksakte antal virksomheder, der deltog i denne udbudsprocedure, og som havde afgivet et tilbud, og for det andet vidste det, at det tilbud, der var afgivet af den sammenslutning, som Aarsleff indgik i, var blevet vurderet som det næstbedste tilbud. Desuden skal det til alle disse omstændigheder tillige føjes, at Aarsleff efter Pihls konkurs havde fået mulighed for at overtage mere end 50 medarbejdere fra Pihl, herunder nøglepersoner i forhold til udførelsen af det projekt, som udbuddet vedrørte.

82. En situation, hvori to økonomiske aktører inden indledningen af en udbudsprocedure beslutter at oprette en sammenslutning, der alene har til formål at deltage i denne procedure, forudsætter imidlertid, at disse to aktører efter at have evalueret de muligheder og de risici, der er forbundet til dette projekt, har truffet den forretningsmæssige beslutning at deltage sammen i udbuddet og at dele de hermed forbundne fortjenester og risici. Under disse betingelser skal der foretages en konkret analyse af, hvorvidt en mulighed, som én af disse to aktører – i en efterfølgende fase af udbudsproceduren, hvor usikkerhedsfaktorerne med hensyn til forløbet af denne procedure er mindre – har fået for at ændre denne forretningsmæssige beslutning derved, at det er blevet tilladt denne at deltage alene i udbudsproceduren, giver anledning til en anderledes behandling i forhold til de øvrige tilbudsgivere og afstedkommer en konkurrencefordel. Det skal efterprøves, hvorvidt en sådan senere forretningsmæssig beslutning faktisk er blevet truffet på grundlag af oplysninger, der var anderledes end dem, som de øvrige tilbudsgivere rådede over, da de traf den beslutning at deltage i udbudsproceduren i en bestemt form eller sammensætning uden efterfølgende at have mulighed for at ændre denne.

... Forslag til afgørelse

83. På grundlag af de foregående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det af Klagenævnet for Udbud forelagte præjudicielle spørgsmål således:

”1) Artikel 51, stk. 3, i 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«) skal fortolkes således, at der i princippet skal bestå en juridisk og materiel identitet mellem den økonomiske aktør, der er blevet prækvalificeret i en udbudsprocedure med prækvalifikation, og den økonomiske aktør, der afgiver tilbuddet i forbindelse med den samme udbudsprocedure.

2) I en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvori to økonomiske aktører har oprettet en sammenslutning i form af et erhvervsselskab med henblik på at deltage i en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, og den ene af disse, efter prækvalifikationen af sammenslutningen, men inden tildelingen af kontrakten, er blevet genstand for en insolvensbehandling, således at sammenslutningen er blevet opløst, skal artikel 10 i direktiv 2004/17 fortolkes således, at det tilkommer den ordregivende myndighed, på grundlag af en konkret analyse støttet på alle de faktiske oplysninger, som den råder over, at efterprøve, hvorvidt en eventuel tilladelse til at fortsætte deltagelsen i udbudsproceduren i stedet for sammenslutningen, der indrømmes det tilbageværende medlem af denne, hvilket medlem ikke indledningsvis blev prækvalificeret, afstedkommer en situation, hvori tilbudsgiverne ikke gives lige muligheder i løbet af udbudsproceduren, bl.a. ved udførelsen af deres tilbud. Dette vil specifikt være tilfældet, når det tilbageværende medlem af sammenslutningen har kunnet træffe beslutninger i forbindelse med udbudsproceduren på grundlag af oplysninger, som de øvrige tilbudsgivere ikke rådede over på det tidspunkt, hvor de skulle træffe den samme beslutning, og når det tilbageværende medlem, efter indledningen af udbudsproceduren, har rådet over en mulighed for at overtage centrale elementer i forhold til udførelsen af projektet, som den pågældende ikke rådede over på det tidspunkt, hvor vedkommende ellers skulle være blevet prækvalificeret.”

Som anført ovenfor besvarede EU-Domstolen det forelagte spørgsmål ved dom af 24. maj 2016 (sag C-396/14). Af dommens præmisser fremgår blandt andet følgende:

”34. Med sit spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvorvidt det princip om ligebehandling af virksomheder, der fremgår af artikel 10 i direktiv 2004/17, sammenholdt med dette direktivs artikel 51, skal fortolkes således, at det er til hinder for, at en ordregiver tillader en økonomisk aktør, som indgik i en sammenslutning af to virksomheder, der var blevet prækvalificeret og havde afgivet det første tilbud i et udbud med forhandling om tildeling af en offentlig kontrakt, at fortsætte deltagelsen i denne udbudsprocedure i sit eget navn efter opløsningen af den nævnte sammenslutning.

35. Med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål skal det bemærkes, at der ikke i direktiv 2004/17 er fastsat regler, der specifikt vedrører indtrådte ændringer i sammensætningen af en sammenslutning af øko-



nomiske aktører, der er blevet prækvalificeret som tilbudsgiver i et offentligt udbud, således at reguleringen af en sådan situation henhører under medlemsstaternes kompetence (jf. i denne retning dom af 23.1.2003, *Makedoniko Metro og Michaniki*, C-57/01, EU:C:2003:47, præmis 61).

36. Hverken dansk lovgivning eller den i hovedsagen omhandlede udbudsbekendtgørelse indeholder specifikke regler i denne henseende. Under disse omstændigheder skal ordregiverens mulighed for at tillade en sådan ændring undersøges på baggrund af de almindelige principper i EU-retten – navnlig ligebehandlingsprincippet og den forpligtelse til gennemsigtighed, som følger deraf – såvel som ud fra denne rets formål på området for offentligt udbud.

37. Det skal i den henseende bemærkes, at ligebehandlingsprincippet og forpligtelsen til gennemsigtighed bl.a. indebærer, at de bydende skal behandles lige, både når de udarbejder deres bud, og når den ordregivende myndighed vurderer buddene, og at disse principper udgør grundlaget for EU-reglerne om udbudsprocedurer (jf. i denne retning dom af 16.12.2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).

38. Princippet om ligebehandling af de bydende, der har til formål at begunstige udviklingen af en sund og effektiv konkurrence mellem de virksomheder, der deltager i en procedure vedrørende indgåelse af en offentlig kontrakt, kræver, at samtlige tilbudsgivere gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres bud, og det indebærer således, at de samme betingelser må gælde for alle konkurrenterne (jf. dom af 29.4.2004, *Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, præmis 110, og af 12.3.2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, præmis 33).

39. En streng anvendelse af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, således som udtrykkeligt angivet i artikel 10 i direktiv 2004/17, sammenholdt med dette direktivs artikel 51, leder til den konklusion, at alene de økonomiske aktører, der er blevet prækvalificeret som sådanne, kan afgive tilbud og blive tilslagsmodtagere.

40. Denne holdning støttes på artikel 51, stk. 3, i direktiv 2004/17, ifølge hvilken ordregiverne ”kontrollerer, at tilbuddene fra de således udvalgte tilbudsgivere er i overensstemmelse med de regler og krav, der gælder for tilbuddene”, hvilket som påpeget af generaladvokaten i punkt 63 i forslaget til afgørelse forudsætter en juridisk og materiel identitet mellem de prækvalificerede økonomiske aktører og de økonomiske aktører, der afgiver tilbuddene.

41. Det i nærværende doms foregående præmis anførte krav om juridisk og materiel identitet kan dog sænkes med henblik på i et udbud med forhandling at sikre en tilstrækkelig konkurrence, således som krævet i 54, stk. 3, i direktiv 2004/17.

42. I forhold til hovedsagen fandt ordregiveren, som det fremgår af nærværende doms præmis 10, at antallet af ansøgere burde være mindst fire for at sikre en sådan konkurrence.

43. Det kræves imidlertid ydermere, at en økonomisk aktørs fortsatte deltagelse i sit eget navn i et udbud med forhandling – efter opløsningen af den sammenslutning, som vedkommende indgik i, og som var blevet prækvalificeret af ordregiveren – sker på vilkår, som ikke krænker princippet om ligebehandling af samtlige tilbudsgivere.

44. I denne forbindelse tilsidesætter en ordregiver ikke dette princip, når denne tillader den ene af de to økonomiske aktører, som indgik i en sammenslutning af virksomheder, der som sådan var blevet anmodet om at afgive tilbud af denne ordregiver, at træde i stedet for denne sammenslutning efter dennes opløsning og at deltage i sit eget navn i et udbud med forhandling om tildeling af en offentlig kontrakt, forudsat at det er fastslået, dels at denne økonomiske aktør selvstændigt opfylder de af vedkommende ordregiver fastsatte krav, dels at denne økonomiske aktørs fortsatte deltagelse i den pågældende udbudsprocedure ikke medfører en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.

45. I forhold til hovedsagen skal det først bemærkes, at det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at Per Aarsleff ville være blevet prækvalificeret, dersom dette selskab havde ansøgt om selvstændig prækvalifikation (jf. nærværende doms præmis 18).

46. Henset til de i sagsakterne indeholdte oplysninger, hvorefter aftalen om oprettelse af sammenslutningen Aarsleff og Pihl for det første blev indgået den samme dag, som der blev afsagt konkursdekret over Pihl og Søn, og denne sammenslutnings første tilbud for det andet blev afgivet den næste dag uden at være underskrevet af kuratoren i konkursboet efter Pihl og Søn, tilkommer det under disse omstændigheder derefter den forelæggende ret at efterprøve, om afgivelsen af dette første tilbud var behæftet med en uregelmæssighed, som var af en sådan karakter, at den var til hinder for, at Per Aarsleff i sit eget navn fortsatte deltagelsen i det omhandlede udbud med forhandling.

47. Hvad endelig angår den omstændighed, at Per Aarsleff efter opløsningen af sammenslutningen Aarsleff og Pihl overtog 50 medarbejdere fra Pihl og Søn, herunder nøglepersoner i forhold til udførelsen af

det omhandlede anlægsprojekt, tilkommer det den forelæggende ret at efterprøve, hvorvidt Per Aarsleff som følge heraf opnåede en konkurrencefordel til skade for de øvrige tilbudsgivere.

48. På baggrund af de ovenstående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares med, at det princip om ligebehandling af virksomheder, der fremgår af artikel 10 i direktiv 2004/17, sammenholdt med dette direktivs artikel 51, skal fortolkes således, at en ordregiver ikke tilsidesætter dette princip, når denne tillader den ene af de to økonomiske aktører, som indgik i en sammenslutning af virksomheder, der som sådan var blevet anmodet om at afgive tilbud af denne ordregiver, at træde i stedet for denne sammenslutning efter dennes opløsning og at deltage i sit eget navn i et udbud med forhandling om tildeling af en offentlig kontrakt, forudsat at det er fastslået, dels at denne økonomiske aktør selvstændigt opfylder de af vedkommende ordregiver fastsatte krav, dels at denne økonomiske aktørs fortsatte deltagelse i den pågældende udbudsprocedure ikke medfører en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.”

#### Supplerende sagsfremstilling

Af punkt 2.2. i udbudsbetingelserne (dokumentet ”Invitation to TENDER”) fremgår, at Banedanmark ville godtgøre udgifter til udarbejdelse af tilbud med 1.8 mio. kr. for 1. tilbud, 1 mio. kr. for 2. tilbud og 300.000 kr. for 3. tilbud.

Af punkt 4.4 ”Acknowledgement of tenders” fremgår:

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

Upon the 2<sup>nd</sup> and 3<sup>rd</sup> tender the price may be regulated up or down. Any price changes compared to the previous bid must be specified and detailed with the indication of cause and must also be priced.”

Af punkt 5 ”Evaluation” fremgår:

“The requirement[s] in the tender material are not mandatory at the first bid. In the negotiation phase Banedanmark will be more focused on the urgent requirements. The urgent requirement[s] must be fulfilled at the end, unless exemption is a relevant possibility.

...”

Af punkt 6 “Negotiations” fremgår:

“Via negotiations Banedanmark wishes to optimize the tenders within the framework of the individual tenders, and it must therefore be expected that the evaluation of the criteria indicated in 5 B will be similar to each other which signifies that the price differences will have significantly more importance upon the final evaluation of the final bid than upon the evaluation of the 1<sup>st</sup> bid.

...

On the basis on the the evaluation after the 2<sup>nd</sup> bid, [Banedanmark] shall select the 3 economically most favourable bids and a new round of negotiations is possible after which a 3<sup>rd</sup> and final bid must be presented.

...”

Af punkt 7 “Award” fremgår:

“Upon receipt of the 3<sup>rd</sup> bid and the evaluation thereof [Banedanmark] shall make their final decision as to the award of the contract ...”

#### Supplerende sagsfremstilling, nærmere ad påstand 4

Banedanmark havde i udbudsbetingelserne (dokumentet ”3.0 Special Work Description (SAB) TP4 Urban Tunnels”) pkt. 3.7.5 om ”Tunnels” blandt andet fastsat følgende:

”All tunnel structures shall be designed as water retaining structures and where exposed to water pressure shall satisfy the following water proofing requirement:

- Water tightness class 1, refer DS/EN 1992-1-3, Betonkonstruktioner, Del 3: Betonkonstruktioner til opbevaring af væsker og pulver ...”

Kravet i den nævnte tæthedsklasse 1 lød i den danske version som følger:

”Gennemsvivning skal begrænses til en lille mængde. Enkelte pletter på overfladen eller gennemtrængende damp kan accepteres.”

Af SAB’ens pkt. 3.7.6 om ”Troughs” (trug) var det herudover blandt andet fastsat:

”The two main categories of troughs are expected to include the following:

...

Sealed Base Troughs – Watertight structures with a base slab (below the water table).”

I SAB's pkt. 3.7.7 om ”Permanent Retaining Walls” var blandt andet fastsat:

”Permanent retaining walls shall be designed as Consequence Class 3 (CC3).

...

All intrusions through retaining walls such as utility pipes and ground anchors shall be designed in such a way to ensure water tightness through the design life of the wall.”

Aarsleff tilbød i relation til en af de udbudte tunneller (Hvidovrevej-tunnelen) en konstruktion af tunneltrug med sekantpælevægge uden inderlining. I tilbuddet fra Aarsleff var der under overskriften ”Vandtæthed” blandt andet anført:

”Tunnel- og trugkonstruktioner udføres vandtætte i henhold til ”3\_0 Special work description (SAB) TP 4 Urban Tunnels” og DS EN 1992-1-3 Class 1.

...

Det forventes at 50 % af låsene svejses inden spunsjernene placeres. De sidste 50 % af låsene svejses efterhånden, som der udgraves. Der udføres 100 % visuel kontrol af alle låse svejsninger.

...

Sekantpæle i trug øst og vest for Hvidovrevej-tunnelen, vil stå som de permanente afskærmningsvægge. For at sikre at der også opnås vandtæthed for disse konstruktioner er c/c afstanden for ø1180 sekantpælene i trugene ændret fra 1,05m til 1,00m.

...”

I Banedanmarks ”Evaluation memorandum” af 18. december 2013 vedrørende 3. og endelige tilbud fra Aarsleff var i afsnittet ”Main comments” blandt andet anført følgende:

“In the following all technical areas have been evaluated and a number of comments have been given. The main comments with influence in the score for the technical solution are:

...

For the troughs along Vigerslev Alle and Allingvej PAa describes a solution with secant pile walls without inner lining. To secure the water tightness PAa will place the  $\varnothing 1.18$  m piles with a distance of 1.00 m. BDK is in doubt if this will be a watertight structure during 120 years. BDK expect PAa to guarantee a class 1 watertight structure when the railway service opens. This has given a decrease in the technical score.”

Af afsnittet “Water tightness” fremgik blandt andet:

”The Hvidovre tunnel and troughs before and after the tunnel are made of secant pile walls ... All other walls are described as sheet pile walls. To secure the water tightness all joints [are] welded from top to bottom.

...

In the Hvidovre tunnel the walls are made with secant piles. These are not water tight, hence a minimum 350 mm reinforced concrete lining is provided.

The secant pile walls in the trough sections are not provided with a lining. Instead the centre to centre distance has been reduced in order to achieve water tightness. This solution is traditionally not considered water tight since no continuous horizontal reinforcement is provided. PAa has not provided any references to existing structures where this solution has been proven water tight. PAa has not described how possible leakages will be handled.”

I Banedanmarks ”Evaluation Memorandum” af 18. december 2013 vedrørende 3. og endelige tilbud fra MTH-Züblin JV var i afsnittet ”Main comments” blandt andet anført følgende:

“In the 3rd bid MZ has presented both references and technical documentation for the solution with sheet pile panels as permanent walls in the tunnels and troughs. Compared to the second bid the documentation increases the technical score, but compared to a more traditional solution it gives an decrease in the technical score because the more traditional solution is expected to give lower costs for operation and maintenance during the 120 years lifetime.”

Af Banedanmarks ”licitationsresultat” af 20. december 2013 fremgår blandt andet følgende:

”

TP4	TBI	MZ	PAa	HOCHTIEF
...	...	...	...	...
Technical solution 1st bid	7,0	6,0	6,0	6,0
Technical	6,0	6,8	7,0	9,0

solution 2nd bid				
Technical solution 3rd bid	-	7,5	8,0	9,5
...	...	...	...	...
3rd bid + reservation	-	927.800.000	920.300.000	920.300.000

”

I forbindelse med tildelingsbeslutningen oplyste kontraktchef Niels Sørensen i mail af 20. december 2013 blandt andet følgende:

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

Per Aarsleff A/S afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Per Aarsleff's pris var efter kapitalisering af forbehold 7,5 mio lavere end næsthøjeste bud fra MTH/Zublin. Da Per Aarsleff A/S samtidig havde en anelse højere score 0,2-0,3 på det tekniske er resultatet entydigt. Den væsentligste grund til den bedre tekniske værdi er en betydelig mere robust og sikker vandtætning af overdækningen af de to tunneller.

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

Rambøll Danmark A/S bistod Banedanmark blandt andet i forbindelse med evalueringen. I en erklæring af 21. januar 2014 fra Svend Tantholdt og tunnelchef Kent Søndergård hedder det blandt andet:

”Vi erklærer at anvendelsen af ordet garanti i evalueringsnotatet ikke af os er opfattet på samme måde som jurister anvender ordet i sagen. Vi har ikke opfattet anvendelsen af ordet som mere end det, at der ikke var taget forbehold for efterlevelse af normkravet om vandtæthed i ”Tæthedsklasse 1”, der ikke er 100% vandtæthed, men ”Gennemsvivning skal begrænses til en lille mængde. Enkelte pletter på overfladen eller gennemtrængende damp kan accepteres.”

I en erklæring af samme dato anførte Svend Tantholdt endvidere blandt andet følgende:

”Ændring af MZs løsning med sekantpæle uden inderlining til spuns-vægge

I pkt. 40 til 45 i klagen beskrives baggrunden for, at MZ i både tunneler og trug ændrede deres tilbud fra sekantpælevægge uden inderlining i første bud til spunsvægge i andet bud. Rambøll og Banedanmark er meget tilfreds med denne ændring af MZs tilbud, om end en ændring med etablering af en inderlining på sekantpælevæggene, som beskrevet ovenfor, havde været vurderet bedre. Det skal dog påpeges, at Rambøll og Banedanmark på intet tidspunkt har beskrevet løsningen med sekantpælevægge uden inderlining som uacceptabel (altså som en fravigelsen af kravene i udbudsmaterialet), men har ønsket yderligere detaljering og dokumentation. Rambølls og Banedanmarks betænkelighed var i væsentlig grad knyttet til brug af løsningen i tunnelerne, ikke mindst på grund af problemerne med samspillet med brandisoleringen.”

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1 og påstand 1a

Højgaard og Züblin har gjort gældende, at Banedanmark havde pligt til at afvise Pihl – Aarsleffs anmodning om prækvalifikation, idet Pihl – Aarsleff i strid med det ufravigelige dokumentationskrav i udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.1 ikke vedlagde et registreringscertifikat eller andet officielt myndighedsdokument, hvorved Pihl – Aarsleff præcist kunne identificeres.

Rettidig rekvirering af registreringscertifikat og/eller andet officielt myndighedsdokument, som præcist kunne identificere interessentskabet, var alene Pihl – Aarsleffs eget ansvar og risiko.

Et interessentskab mellem to aktieselskaber er en selvstændig juridisk person med egen retsevne. Sådanne interessentskaber er omfattet af erhvervsvirksomhedsloven (herefter LEV). Interessenterne hæfter økonomisk for interessentskabets forpligtelser, men er ikke pligtige at naturalopfylde på vegne af interessentskabet.

Efter LEV § 2, stk. 3, 2. pkt., og § 10, stk. 2, var Pihl – Aarsleff forpligtet til at foretage registrering hos Erhvervsstyrelsen. Pihl – Aarsleff fremlagde på trods heraf ikke den nødvendige dokumentation. Banedanmark havde herefter pligt til at se bort fra ansøgningen fra interessentskabet.

CVR-registeret viser i øvrigt, at interessentskabet aldrig er blevet registreret, og der er derfor tale om en fejl, der ikke – uanset Banedanmark eventu-



elt måtte have ønsket det og udbudsretligt måtte have kunnet tillade det – kunne have været berigtiget.

Udbudsbekendtgørelsens formulering i pkt. III.2.1: ”If the applicant is a consortia or joint venture, documentation are required for each participant” skal forstås sådan, at der udover dokumentation for ansøgerens egne forhold skulle vedlægges dokumentation for eventuelle konsortie/JV-partnere. Det var således ikke tilstrækkeligt, at prækvalifikationsansøgningen var vedlagt udskrift fra CVR-registeret for interessenterne Aarsleff og Pihl.

Banedanmark har anført, at Banedanmark på tidspunktet for anmodning om prækvalifikation ikke havde anledning til at tro, at Pihl og Aarsleff havde stiftet et interessentskab, at det forekom naturligt, at interessentskabets eksistens var betinget af opnået prækvalifikation og senere kontrakttildelelse, og at det var og er Banedanmarks opfattelse, at Pihl og Aarsleff havde aftalt at samarbejde, og at samarbejdet senere ville blive registreret. Det fremgår imidlertid fuldstændig klart, at prækvalifikationsansøgningen var indgivet af interessentskabet Pihl – Aarsleff, hvilket også er den juridiske person, Banedanmark prækvalificerede, og som senere afgav tilbud.

Hvis det hypotetisk lægges til grund, at Pihl – Aarsleff slet ikke var dannet/stiftet på tidspunktet for beslutningen om prækvalifikation, ville det imidlertid betyde, at Banedanmark prækvalificerede en ikke eksisterende juridisk person. Det var i sig selv i strid med ligebehandlings- og gennemsigthedsprincippet at prækvalificere en ikke eksisterende juridisk person, jf. påstand 1a.

Fælles ansøgning om prækvalifikation ved et udbud er ikke i sig selv nødvendigvis tilstrækkeligt til, at der etableres en selvstændig registreringspligtig juridisk person. Heller ikke fælles tilbudsgivning fører nødvendigvis til etablering af en registreringspligtig juridisk person/interessentskab, bl.a. fordi fælles tilbudsgivning ikke nødvendigvis vil føre til fælles aktiver og passiver. Den solidariske hæftelse for et i fællesskab afgivet tilbud er således ikke et fælles passiv. Derimod etableres der med sikkerhed et registreringspligtigt interessentskab, hvis deltagerne selv vælger at stifte interessentskabet forud for prækvalifikationsansøgningen.

Det fremgår af joint ventureaftalen mellem Pihl og Aarsleff, punkt 3, at ”Joint Ventureret har til formål at afgive tilbud på udførelsen af Entrepri-

sen”, ligesom det fremgår af definitionerne i pkt. 1, at ”Joint Ventureret juridisk set [udgør] et interessentskab...”. Da interessentskabets formål var at afgive tilbud, giver det ikke mening at antage, at interessentskabets stiftelse var betinget af, at Pihl – Aarsleff fik tildelt kontrakten.

Højgaard og Züblin har ikke udvist passivitet ved ikke at indgive klage allerede ved meddelelsen den 8. marts 2013 om resultatet af prækvalifikationen. Højgaard og Züblin havde på det tidspunkt intet kendskab til det nærmere indhold af ansøgningen om prækvalifikation fra Pihl – Aarsleff og havde derfor ingen anledning til at klage.

Banedanmark har gjort gældende, at Banedanmark ikke var forpligtet til at afvise prækvalifikationsansøgningen fra Pihl – Aarsleff, uanset at der ikke var indleveret et registreringscertifikat fra Pihl – Aarsleff, og uanset at der var henvist til en ikke eksisterende juridisk enhed.

Den prækvalificerede deltager udgjorde et samarbejde mellem Pihl og Aarsleff, der var to juridiske enheder, hvis eksistens var behørigt dokumenteret. De to selskaber havde henvist til et endnu ikke eksisterende interessentskab, der ville blive oprettet og registreret, hvis kontrakten blev vundet, jf. også forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 11, stk. 2.

Derudover var der ikke belæg for at antage, at samarbejdet endnu var registreringspligtigt, da det følger af forarbejderne til LEV § 10, at der ved beregning af fristen for registrering af et interessentskab skal tages udgangspunkt i stiftelsen. Erhvervsstyrelsen vil lægge datoen for den endelige aftale - typisk underskrivelse af vedtægterne eller lignende dokumenter - til grund. Er stiftelsen af interessentskabet gjort betinget, vil det først være stiftet, når samtlige betingelser var opfyldt. Aftalen blev først indgået kort forinden tilbudsfristen for første forhandlingstilbud og var netop betinget af, at udbudet blev vundet.

Det var således tilstrækkeligt til at opfylde udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.1, at Pihl og Aarsleff vedlagde registreringsattest fra Erhvervsstyrelsen for disse to selskaber, og Banedanmark havde følgelig hverken ret eller pligt til at afvise anmodningen om prækvalifikation.

Dette var Banedanmarks opfattelse ved gennemgangen af prækvalifikationsansøgningen, og denne opfattelse er sidenhen bekræftet ved at indhente

den aftale, der faktisk blev indgået mellem Pihl og Aarsleff, jf. definitionen af ”Joint Ventureret” i aftalens punkt 3. Det var uden betydning for Banedanmark, om samarbejdet betegnede sig som et I/S (herunder at der stod I/S i navnet) eller ej. Det relevante for Banedanmark var, at Banedanmark havde identificeret de to deltagere i samarbejdet.

Hvis Pihl og Aarsleffs samarbejde skulle afvises med udgangspunkt i et manglende registreringscertifikat, skulle Højgaard og Züblins eget samarbejde også have været afvist, idet det selskabsretligt ikke er afgørende, om to virksomheder i fællesskab har betegnet sig som et I/S. Hvorvidt et samarbejde udgør et interessentskab afgøres således efter et princip om objektiv kvalifikation. Banedanmark er imidlertid af den opfattelse, at det ikke kan antages, at der ved indsendelsen af en ansøgning om prækvalifikation er opstået et sådant samarbejde, at dette juridisk må kvalificeres som et interessentskab, og derfor var det korrekt at prækvalificere begge samarbejder.

### Ad påstand 2

Højgaard og Züblin har gjort gældende, at EU-Domstolen har overladt det til klagenævnet at efterprøve, hvorvidt afgivelse af interessentskabets første tilbud af 27. august 2013, henset til Pihls konkurs den 26. august 2013 og den omstændighed, at tilbuddet ikke var underskrevet af konkursboets kurator, var behæftet med en uregelmæssighed af en sådan karakter, at den var til hinder for, at Aarsleff i eget navn fortsatte deltagelsen i udbuddet, jf. dommens præmis 46.

Domstolen har herved fastslået, at såfremt interessentskabet selv ville have været afskåret fra fortsat deltagelse – som følge af at tilbuddet af 27. august 2013 var i strid med ufravigelige udbudsbetingelser – gælder det samme for Aarsleff.

Dette er i overensstemmelse med det almindelige princip om, at det påhviler offentlige ordregivere strengt at påse overholdelsen af de kriterier, de selv har fastsat, jf. f.eks. C-336/12, Manova, præmis 40. Aarsleff kan ikke opnå en bedre retsstilling end det interessentskab, Aarsleff trådte i stedet for.

Tilbuddet af 27. august 2013 blev afgivet på vegne af interessentskabet (og ikke Aarsleff), hvilket også er lagt til grund af klagenævnet i kendelsen af 28. januar 2014 og i EU-Domstolens dom, præmis 46.

Interessentskabet og Aarsleff var to juridisk og materielt forskellige enheder. Som Generaladvokaten anførte, ” hersker [der ikke] nogen tvivl om, at der ... i den foreliggende sag hverken består nogen juridisk eller materiel identitet mellem den i form af et I/S oprettede sammenslutning og Aarsleff.”.

Et ugyldigt eller ikke bindende tilbud afgivet af interessentskabet kan ikke efterfølgende ratihaberes af én af interessentskabets deltagere, der vælger selvstændigt at fortsætte i udbudsproceduren. Hvis dette havde været muligt inden for udbudsreglernes rammer, havde dommens præmis 46 været irrelevant. En sådan efterfølgende ratihabering må i stedet sidestilles med et tilbud afgivet efter tilbudsfristen, som under ingen omstændigheder kan antages, jf. U 2005.1648 V.

Det bliver således kun relevant at efterprøve, hvorvidt Aarsleff konkret opfylder de betingelser, som EU-Domstolen har opstillet for lovligheden af en eventuel udskiftning af en prækvalificeret sammenslutning med en af dets deltagere, jf. dommens præmis 44, hvis klagenævnet konstaterer, at interessentskabet har afgivet et gyldigt, bindende tilbud inden tilbudsfristen. Dette er ikke tilfældet og er i øvrigt heller ikke antaget af Banedanmark.

Ifølge interessentskabets tegningsregel, jf. jointventure aftalens, pkt. 4, var det en betingelse for at kunne foretage retlige dispositioner, herunder afgive tilbud, at repræsentanter fra både Pihl og Aarsleff havde afgivet underskrifter. Der blev på denne baggrund givet fuldmagter fra tegningsberettigede i de to selskaber. Banedanmark ville have opnået kendskab til denne tegningsregel, hvis Banedanmark havde undersøgt interessentskabets forhold efter modtagelsen af tilbuddet af 27. august 2013.

Pihl mistede sin retlige handleevne, herunder retten til at stifte forpligtelser, fra konkursen den 26. august 2013, ligesom fuldmagten fra Pihl også bortfaldt fra dette tidspunkt, jf. konkurslovens § 29. Det var derfor fra denne dato kun kurator i Pihls konkursbo, der kunne tiltræde interessentskabets afgivelse af tilbud.

Konkursboet indtrådte imidlertid hverken før eller efter interessentskabets afgivelse af tilbuddet af 27. august 2013 i Pihls sted.

Banedanmark kan efter konkurslovens § 30, stk. 1, ikke støtte ret på et tilbud, som er givet i henhold til en bortfaldet fuldmagt. Da Banedanmark allerede kendte til Pihls konkurs fra den 26. august 2013, var Banedanmark desuden i ond tro om tilbuddets gyldighed og kunne derfor under ingen omstændigheder støtte ret på det, jf. konkurslovens § 30, stk. 1, 2. pkt.

Det fremgår af udbudsbetingelserne, herunder forudsætningsvis af pkt. 4.4, at Banedanmark senest den 27. august 2013 skulle have modtaget gyldigt og bindende første tilbud fra de prækvalificerede tilbudsgivere. Det fremgår endvidere, at alle tilbud var bindende under hele udbudsproceduren: "...a submission of a revised bid does not release the tenderers from any previously submitted bid...", ligesom der var en vedståelsesfrist på 180 dage.

Interessentskabets tilbud af 27. august 2013 var ugyldigt og uantageligt, da det ikke var afgivet i overensstemmelse med interessentskabets tegningsregel, og da interessentskabet på grund af sin struktur, som kræver mindst to interessenter, sammenholdt med Pihls konkurs, under alle omstændigheder ikke kunne foretage retlige dispositioner ved tilbudsafgivelsen.

Da interessentskabet således ikke afgav et gyldigt og bindende tilbud i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, var Banedanmark forpligtet til at se bort fra tilbuddet og udelukke interessentskabet fra yderligere deltagelse i udbudsprocessen.

En væsentlig del af Banedanmarks anbringender om denne påstand baserer sig på grundsynspunktet om "ekstraordinære omstændigheder". Dette argument må efter præmis 46 i EU-Domstolens dom frakendes betydning.

Aarsleff var ikke succederet i interessentskabets rettigheder og forpligtelser. Selv hvis det var tilfældet, ville det ikke give Aarsleff en bedre retsstilling end interessentskabet, der med henvisning til det, der er anført ad påstand 1 og 1a, ikke burde være blevet prækvalificeret.

Det må kræves, at der inden tilbudsfristen er afgivet et tilbud, der er bindende for tilbudsgiveren. Tilbuddet af 27. august 2013 kan ikke opfattes som et tilbud afgivet af Aarsleff.

Det var i udbudsbetingelserne fastsat, at alle tilbud skulle vedstås i 180 dage, uanset afgivelse af eventuelle opdaterede tilbud. Det understreger, at også de første forhandlingstilbud nødvendigvis måtte være bindende for afgiveren.

Banedanmark har gjort gældende, at Banedanmark ikke var forpligtet til at afvise det første forhandlingstilbud fra Pihl – Aarsleff som uregelmæssigt.

Det relevante for opfyldelsen af udbudsbetingelsernes punkt 4.4 er, at tilbuddet skal vedstås i 180 dage. Efter Banedanmarks opfattelse afhænger afgørelsen af påstand 2 af afgørelsen af påstand 3. Et forhandlingstilbud vedstået af Aarsleff må således være tilstrækkeligt, såfremt det med rette kunne tillades, at Aarsleff fortsatte i konkurrencen alene.

Ukonditionsmæssige forhandlingstilbud ville ikke føre til udelukkelse, jf. udbudsbetingelsernes punkt 5. Der var ikke mulighed for at tildele kontrakten på grundlag af andet end det endelige tilbud.

Der var efter Banedanmarks opfattelse ikke engang mulighed for at udelukke en tilbudsgiver, der ikke afleverede det første forhandlingstilbud. Konsekvensen havde i den situation alene bestået i, at der i medfør af udbudsbetingelsernes punkt 2.2 ikke ville blive betalt tilbudsvederlag for det første tilbud.

Skærpelsen af konkurrencen i form af udskilning ned til 3 deltagere var først relevant i forbindelse med andet forhandlingstilbud. Selv hvis der var en uregelmæssighed vedrørende Aarsleffs første forhandlingstilbud, må det konstateres, at denne ikke har en sådan karakter, at den var til hinder for Aarsleffs fortsatte deltagelse. Det er Banedanmarks opfattelse, at Aarsleff var forpligtet af det første forhandlingstilbud, og at dette var tilstrækkeligt til at opfylde udbudsbetingelsernes punkt 4.4.

I modsat fald ville forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 11, stk. 2, være uden realitet, idet ethvert tilbud afleveret af et samarbejde, som udnytter de rettigheder, der gives i bestemmelsen, ville skulle kasseres som ukonditionsmæssigt.

Underskrifterne i tilbuds brevet er da også givet på vegne af henholdsvis Pihl og Aarsleff og ikke som tegningsberettigede i et interessentskab.

Selv hvis det måtte antages, at samarbejdet mellem Pihl og Aarsleff i perioden mellem ansøgningen om prækvalifikation og afleveringen af det første forhandlingstilbud skulle have antaget retlig form af et interessentskab, ville interessentskabet ved konkursdekretet være ophørt, og Aarsleff ville overtage samtlige aktiver og passiver og kunne disponere på vegne af det nu ophørte interessentskab. Aarsleff kunne derfor med rette aflevere det første forhandlingstilbud alene.

I det omfang tilbuddet skulle anses for afgivet på vegne af et interessentskab, ville konkursboets samtykke desuden ikke være nødvendigt, da kurator ikke kan indtræde i interessentskabet.

Aarsleff var således forpligtet af det første forhandlingstilbud, som Aarsleff havde underskrevet og afleveret til Banedanmark. At Aarsleff netop afleverede de efterfølgende tilbud understøtter, at Aarsleff også selv anså sig forpligtet under udbudsprocessen, herunder også af første forhandlingstilbud.

Eventuelle uregelmæssigheder må i lyset af de ekstraordinære omstændigheder betragtes mere lempeligt.

### Ad påstand 3

Højgaard og Züblin har gjort gældende, at det følger af forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 51, stk. 3, og EU-Domstolens præmis 39-40, at det som hovedregel kun er de økonomiske aktører, der er blevet prækvalificerede, som kan afgive tilbud, idet der forudsættes juridisk og materiel identitet mellem de prækvalificerede økonomiske aktører og de aktører, der afgiver tilbuddene.

Det følger af dommens præmis 41, at kravet om juridisk og materiel identitet undtagelsesvist kan sænkes/fraciges, såfremt det er nødvendigt for at sikre en tilstrækkelig konkurrence i et udbud med forhandling, som krævet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 54, stk. 3. Endvidere er det ifølge EU-Domstolen en betingelse for at kunne lade interessentskabet erstatte af Aarsleff, at det ”sker på vilkår, som ikke krænker princippet om ligebehandling af samtlige tilbudsgivere”, jf. præmis 43.

I modsætning til hvad der gjaldt for det danske Pihl – Aarsleff, foretog Banedanmark sig intet for at udvirke, at spanske FCC Construcción, S.A. blev i konkurrencen. Det illustrerer, at det ikke var fornødent at foretage sig noget ekstraordinært og aktivt for at bevare nogen tilbudsgivere, herunder Aarsleff, i konkurrencen. Hvis Banedanmark så behov for at fremme konkurrencen, burde Banedanmark have gjort sig tilsvarende anstrengelser for at bevare FCC Construcción, S.A. som deltager i udbuddet.

EU-Domstolen har i præmis 44 fastsat, under hvilke omstændigheder det ville være foreneligt med ligebehandlingsprincippet, at Banedanmark tillod Aarsleff at fortsætte i udbudsproceduren i eget navn i stedet for interessentskabet. Dette kræver, at Aarsleff selvstændigt opfylder de fastsatte krav, og at ”denne økonomiske aktørs fortsatte deltagelse i den pågældende udbudsprocedure ikke medfører en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling”.

Som sagen nu er oplyst, må det i overensstemmelse med klagenævnets forelæggelseskendelse og EU-Domstolens præmis 45 lægges til grund, at Aarsleff ville være blevet prækvalificeret, hvis Aarsleff havde søgt om prækvalifikation.

Klagenævnets prøvelse skal imidlertid i overensstemmelse med dommens præmis 46 omfatte spørgsmålet, om tilbuddet af 27. august 2013 var behæftet med uregelmæssigheder, der burde have ført til afvisning af tilbuddet. Det er herudover også overladt til klagenævnet at efterprøve, om Aarsleffs fortsatte deltagelse medførte en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.

Prøvelsen heraf må for det første omfatte spørgsmålet, om Aarsleff opnåede en konkurrencefordel ved efter prækvalifikationsfristen at kunne overtage 50 medarbejdere fra Pihl, inklusive nøglepersoner i forhold til udførelsen af det anlægsprojekt, som Banedanmarks udbud angik, jf. dommens præmis 47.

Præmis 47 må læses og forstås i sammenhæng med Generaladvokatens forslag til afgørelse. Her anføres som et specifikt eksempel på, at tilbudsgiverne ikke gives lige muligheder ved udformningen af deres tilbud, det tilfælde at tilbudsgiveren ”efter indledningen af udbudsproceduren, har rådet over



muligheden for at overtage centrale elementer i forhold til udførelsen af projektet, som den pågældende ikke rådede over på det tidspunkt, hvor vedkommende ellers skulle være blevet prækvalificeret.”

Det gøres derfor gældende, at hvis de 50 medarbejdere må anses for ”centrale elementer” i forhold til udførelsen af projektet, har Aarsleff opnået en konkurrencemæssig fordel i den forstand, begrebet benyttes i EU-Domstolens dom.

Der er ingen tvivl om, at de pågældende 50 medarbejdere udgjorde centrale elementer for udførelsen af entreprisen. Aarsleff anførte selv i SMS-korrespondancen med Banedanmark, at ”til din orientering har vi ansat en række nøglepersoner fra PIHL med baggrund i TP4 og mange med beton som kernekompetence”. Der var således tale om centrale personer for projektet, ligesom bemærkningen om ”beton som kernekompetence” skal ses i lyset af, at det var almindeligt kendt i markedet og også fremgik af prækvalifikationsansøgningen, at Pihl besad særlige kompetencer og specialistviden inden for betonarbejder, hvor Pihl i modsætning til Aarsleff var blandt de absolut førende i Danmark. Banedanmark lagde også til grund, at der var tale om centrale personer, jf. Banedanmarks meddelelse af 15. oktober 2013 til tilbudsgiverne, hvor de pågældende personer blev omtalt som ”key persons”.

Aarsleff har således haft en fordel ved efter prækvalifikationen at kunne søge deltagelse i udbuddet efter overtagelse af centrale ressourcer for den konkrete opgave. Derved har Aarsleff opnået den fordel, at Aarsleff på et senere tidspunkt end andre ansøgere og potentielle ansøgere fik mulighed for at deltage i et udbud, som Aarsleff sandsynligt – i fravær af netop de centrale ressourcer – ville have fravalgt at deltage i alene, hvis Aarsleff skulle have søgt inden fristen for prækvalifikation.

Prøvelsen må for det andet omfatte en vurdering af, om Aarsleff opnåede konkurrencefordele på det tidspunkt, hvor Aarsleff indtrådte i udbudsprocessen. Det fremgår af punkt 72 i Generaladvokatens forslag til afgørelse, at sådanne fordele f.eks. kan bestå i ”kendskab til oplysninger, som de øvrige tilbudsgivere ikke fik, da de besluttede at deltage i udbudsproceduren.”

Klagenævnet må derfor vurdere, om Aarsleff i september-oktober 2013, da Aarsleff besluttede sig for at søge fortsat deltagelse i udbuddet alene, besad

en viden, som gjorde, at det var mere fordelagtigt eller mindre risikofyldt for Aarsleff at deltage i udbuddet, end ansøgere og potentielle ansøgere måtte antage på ansøgningstidspunktet i marts 2013.

Aarsleff fik mulighed for at træffe beslutning om deltagelse i konkurrencen ud fra anden og bedre viden end de øvrige tilbudsgivere, ligesom Aarsleffs risiko var mindre end øvrige deltageres.

Aarsleff vidste, at Pihl ikke længere ville indgå i konkurrencen, idet Pihl var gået konkurs. Aarsleff vidste endvidere, at en af de prækvalificerede ansøgere, FCC Construcción, S.A., havde valgt ikke at afgive tilbud, således at der i alt kun var 3 konkurrerende tilbudsgivere tilbage i udbuddet. I modsætning hertil måtte andre potentielle ansøgere på tidspunktet for udløbet af fristen for prækvalifikation påregne, at konkurrencen kunne bestå af i alt 6 tilbudsgivere.

Endelig vidste Aarsleff, at tilbuddet fra interessentskabet lå gunstigt i konkurrencen, idet Aarsleff kendte licitationspriserne, og idet Aarsleff i begyndelsen af september 2013 havde modtaget en udmærket kvalitativ evaluering af første tilbud.

Aarsleff fik mulighed for at træffe beslutning om egen deltagelse i udbuddet med kendskab til det fuldstændige udbudsmateriale, som ikke forelå, da andre skulle beslutte, om de ville søge prækvalifikation. Også af denne grund havde Aarsleff en fordel i viden.

Aarsleff kunne således beslutte sig for at afholde transaktionsomkostninger med viden om, at Aarsleff lå gunstigt i konkurrencen, og med konkret viden om, hvor Aarsleff skulle forbedre det allerede afgivne tilbud, for at det ville stå endnu bedre.

Endelig opnåede Aarsleff den fordel, at Aarsleff undgik en væsentlig del af de nødvendige transaktionsomkostninger, som i udbud af denne karakter kan antage et tocifret millionbeløb, da Aarsleff efter sin indtræden i udbuddet kunne basere sig på det tilbud, som interessentskabet allerede havde indleveret og afholdt omkostninger til.

Banedanmark udbetalte beregningsvederlag på 1.800.000 kr. for første tilbud og i alt 2.850.000 kr. for afgivelse af alle tre tilbud under udbuddet. Det

samlede vederlag er udbetalt til Aarsleff, uanset første tilbud blev afgivet af interessentskabet. Besparelsen i forhold til de øvrige tilbudsgivere har således været væsentlig.

Ved at få lov til at indtræde i udbuddet med anden og bedre viden end de øvrige ansøgere og tilbudsgivere og med økonomiske fordele i relation til transaktionsomkostninger har Aarsleff således samlet opnået en konkurrencemæssig fordel og de øvrige udbudsdeltagere en tilsvarende konkurrencemæssig ulempe.

Banedanmark har anført, at Aarsleffs overtagelse af en del af Pihl udgør en konkurrencemæssig forværring i forhold til den situation, hvor Pihl – Aarsleff deltog i udbuddet som interessentskab, fordi Aarsleff efter overtagelsen af nøgleressourcer fra Pihl kun rådede over en delmængde af den samlede Pihl – Aarsleff-kapacitet, og at der af denne grund ikke kan foreligge en konkurrencefordel for Aarsleff. Hvis denne argumentation var afgørende, kunne EU-Domstolen uden videre selv have konstateret, at der ikke var nogen konkurrencefordel for Aarsleff. Domstolen overlod det tværtimod til klagenævnet at efterprøve, om Aarsleff opnåede en konkurrencefordel, jf. dommens præmis 47. Det kan kun betyde, at der må foretages en bredere vurdering, der også omfatter, om Aarsleff sandsynligt fik mulighed for at indtræde alene i et udbud, som Aarsleff oprindeligt havde fravalgt at deltage i alene.

Den anden betingelse i præmis 44 af EU-Domstolens dom er dermed ikke opfyldt, idet Banedanmarks beslutning om at tillade Aarsleff at indtræde i udbuddet alene i stedet for interessentskabet efter afgivelsen af det første tilbud under de konkrete omstændigheder udgjorde en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.

Banedanmark har gjort gældende, at Banedanmark med rette har tilladt, at Aarsleff deltog i udbuddet i stedet for Pihl – Aarsleff, og at Banedanmark som følge heraf var berettiget til at tildele den udbudte kontrakt til Aarsleff.

Det dagældende forsyningsvirksomhedsdirektiv indeholder ikke særlige procedureregler for udbud med forhandling, herunder om mulighederne for at foretage ændringer i sammenslutninger af tilbudsgivere under udbudsprocessen. Der var heller ikke på daværende tidspunkt lovgivning i Danmark, der regulerede spørgsmålet. EU-Domstolen har derfor med dommen

udstukket retningslinjerne for, under hvilke omstændigheder det kan tillades i et udbud efter det dagældende forsyningsvirksomhedsdirektiv.

Ifølge disse retningslinjer leder en streng anvendelse af princippet om ligebehandling i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 sammenholdt med artikel 51 til et krav om sammenfald i identitet mellem ansøger, tilbudsgiver og den, som får tildelt kontrakten, jf. dommens præmis 39-40. EU-Domstolen fastslår imidlertid samtidig, at dette identitetskrav kan sænkes, såfremt det sker for at sikre en tilstrækkelig konkurrence, og når den økonomiske aktørs fortsatte deltagelse sker på vilkår, som ikke krænker princippet om ligebehandling, jf. dommens præmis 41-44.

Banedanmark havde i udbudsbekendtgørelsen fastsat, at der burde være mindst fire tilbudsgivere for at sikre en tilstrækkelig konkurrence, jf. udbudsbekendtgørelsen punkt VI.3. Dette blev tillagt afgørende betydning af EU-Domstolen, jf. præmis 42.

Da alene fem virksomheder ansøgte om prækvalifikation, og da FCC Construcción, S.A. sprang fra i juni 2013, ville konkurrencefeltet være blevet begrænset til tre i forbindelse med det andet tilbud, hvis Banedanmark var nødsaget til at udelukke Aarsleff fra videre deltagelse i konkurrencen. Det ville ødelægge det konkurrencemæssigt skærpende element, der lå i, at kun de tre bedste tilbudsgivere fik lov til at afgive tilbud i den tredje og afgørende runde, og Banedanmark risikerede således enten at måtte lade udbudsproceduren gå om for at sikre tilstrækkelig konkurrence, eller at projektet blev fordyret som følge af en forringet konkurrencesituation.

Banedanmark varetog således hensynet til at sikre en tilstrækkelig konkurrence, hvorved første betingelse i EU-Domstolens dom er opfyldt.

De øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling er ikke forværret; herunder er den konkurrencemæssige stilling ikke forværret ved, at Aarsleff ansatte en række tidligere Pihl-medarbejdere, ligesom Aarsleff heller ikke havde et bedre kendskab end de øvrige tilbudsgivere, der kunne komme de øvrige deltagere til skade.

Det forhold, at Aarsleff ansatte en række fyrede medarbejdere fra Pihl, forværrer ikke de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling, idet disse

medarbejdere også før Pihls konkurs havde været til ”rådighed” for Pihl – Aarsleff under udbudsprocessen.

Det kan i øvrigt ikke anses for en forringelse af de andre tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling, når de også havde mulighed for at ansætte medarbejdere fra det konkursramte Pihl, en mulighed som både Højgaard og Züblin benyttede sig af. At hverken Højgaard eller Züblin tilknyttede Pihl-medarbejderne til TP4-projektet kan ikke ændre herved.

Endvidere er der ikke sket en forværring af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling, idet Aarsleff hverken fik mere tid, bedre vilkår, bedre oplysninger eller på anden måde blev favoriseret. Aarsleff var ved tidspunktet for vurderingen af, om virksomheden ville aflevere yderligere tilbud, bekendt med f.eks. deltagerfeltet og indsnævringen heraf. Det gjorde sig også gældende for de øvrige tilbudsgivere.

Det forhold, at Aarsleff ikke havde afholdt de samlede udgifter ved det første forhandlingstilbud, medførte ikke generelt set, at Aarsleff havde lavere tilbudsomkostninger, idet Aarsleff skulle afholde hele udgiften for de øvrige tilbud frem for kun en andel og måtte bære hele risikoen ved udførelsen af arbejdet.

Aarsleffs fortsatte deltagelse i udbudsprocessen krænker således ikke ligebehandlingsprincippet. Også den anden betingelse i dommen er derfor opfyldt. Banedanmark kunne således i overensstemmelse med udbudsretten tillade Aarsleff at deltage i udbuddet i stedet for Pihl – Aarsleff, og Banedanmark var som følge heraf berettiget til at tildele den udbudte kontrakt til Aarsleff.

Højgaard og Züblins synspunkter er baseret på Generaladvokatens forslag til afgørelse. Generaladvokatens forslag har imidlertid ingen bindende retsvirkning, hvilket indebærer, at såvel sagens parter som den forelæggende ret alene har pligt til at følge den endelige dom fra EU-Domstolen.

#### Ad påstand 4

Højgaard og Züblin har overordnet gjort gældende, at klagen over den kvalitative bedømmelse drejer sig om, at Banedanmark undlod at drage konsekvensen af fejl og mangler i Aarsleffs tilbud, som Banedanmark dokumen-

terbart havde konstateret, at Banedanmark for Aarsleffs vedkommende flere steder lagde til grund, at udbudsmaterialets krav var opfyldt, medmindre der var taget forbehold (jf. det anførte om vandtæthed i tunneltrug og inspektioner af svejsninger af spunsvægge), mens det for Højgaard og Züblins vedkommende blev antaget, at udbudsmaterialets krav ikke ville kunne opfyldes, medmindre der allerede i tilbuddet forelå en detailprojektering, der dokumenterede opfyldelsen (jf. det anførte om tunneldæk), og at Banedanmark bedømte det ens uens, jf. den uensartede bedømmelse af konstruktionen med sammensvejsede spunsvægge i tunneler og den uensartede bedømmelse af konstruktionen af præfabrikerede tunneldæk.

Klagenævnet kan og bør efterprøve sådanne spørgsmål, der ikke drejer sig om selve skønsudøvelsen.

Banedanmark har overordnet gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Banedanmarks skøn. Der var ikke tale om et skjult forbehold, hvis den tilbudte løsning efter Banedanmarks skøn levede op til kravene, evt. på baggrund af opfølgende arbejde, dels i projekteringsperioden, dels i afhjælpningsperioden. En løsning kan efter Banedanmarks opfattelse dimensioneres til et niveau, der kan godkendes. Når dette sammenholdes med, at tilbudsgiveren har givet udtryk for at ville overholde kravene, har Banedanmark ikke grundlag for at betragte løsningen som et forbehold.

De tilbudte løsninger frembyder varierende grader af kvalitet. Helt overordnet er en in situ støbt betonløsning en bedre løsning set i forhold til tildelingskriteriet end f.eks. præfabrikerede dæk. In situ løsningen vil således i konstruktionens levetid forventeligt medføre mindre vedligeholdelsesarbejde, og der kan forventes færre fejl ved udførelsen. Der kan også være forskel i kvalitet inden for de forskellige kategorier af løsningstypen. F.eks. er en sekantpælevæg uden inderlining bedre, jo større overlap der er mellem pælene. Herudover kan det få betydning i hvilket omfang tilbudsgiveren har detaljeret sin løsning i tilbuddet.

*Nærmere ad påstand 4i*

Højgaard og Züblin har gjort gældende, at Aarsleff ved at tilbyde en konstruktion med sekantvægge uden inderlining i tunneltrugene i Hvidovre-tunnellen har tilbudt en løsning, der i strid med de tekniske krav i udbuddet efter et fagligt skøn ikke kan antages at være vandtæt, som det også anføres

i evalueringsnotatet: ”The secant pile walls in the trough sections are not provided with a lining... This solution is traditionally not considered water tight...”.

Banedanmark havde pligt til at behandle den manglende vandtæthed som et forbehold, der skulle prissættes. Prissætningen skulle efter et sagligt skøn være på ca. 11,5 millioner. kr. Udbudsmaterialets krav om vandtæthed kan ikke gradbøjes.

At Højgaard og Züblin i første tilbud tilbød en tilsvarende løsning ændrer ikke herpå. Tilbuddet blev netop ændret på dette punkt i erkendelse af problemet. Banedanmark var endog særdeles kritisk over for konstruktionen på forhandlingsmødet den 11. september 2013, hvor Banedanmark stillede krav om oplysninger om referencer for brug af sekantvægge uden inderlining under tilsvarende forhold. Der var ud fra disse strenge krav om veldokumenterede referencer ingen tvivl om, at en konstruktion med sekantvægge uden inderlining ville være uacceptabel for Banedanmark.

Klagenævnet skal ikke efterprøve Banedanmarks faglige, kvalitative skøn. Det faglige skøn førte netop som dokumenteret til, at Banedanmark konstaterede, at sekantvægge uden inderlining ikke var en vandtæt konstruktion.

Forbeholdet skulle prissættes og kunne ikke blot indgå i den kvalitative evaluering. Inddragelse i den kvalitative vurdering er forbeholdt tilfælde, hvor en ordregiver eventuelt kan vælge at acceptere en lavere kvalitet end forventet, og ikke – som her – tilfælde, hvor det på forhånd står klart, at der vil være behov for at ændre den tilbudte konstruktion.

Banedanmark har gjort gældende, at Aarsleffs tilbudte konstruktion med sekantpælevægge uden inderlining i trugene ikke udgør et forbehold over for udbudsmaterialets krav om vandtæthed. Banedanmark skulle derfor ikke kapitalisere løsningen som et forbehold.

Banedanmark havde ikke krævet en fuldstændig vandtæt konstruktion og vurderede, at en konstruktion med sekantpælevægge uden inderlining i trugene levede op til udbudsmaterialets krav. Dette var da også Højgaard og Züblins opfattelse i hvert fald ved afleveringen af det første forhandlingstilbud.

Løsningen var dog mindre attraktiv end de øvrige løsninger, hvilket er illustreret ved den kvalitative evaluering. Aarsleffs løsning er baseret på en reduceret centerafstand mellem pælene, hvilket forbedrer konstruktionens vandtæthed. Denne type løsninger har traditionelt set ikke været betragtet som vandtætte, og det har trukket ned i evalueringen af løsningen, at Aarsleff ikke - ud over centerafstanden mellem pælene - har beskrevet i sit tilbud, hvordan vandtætheden sikres.

Der er således ingen tvivl om, at Banedanmark i udgangspunktet havde mindre tiltro til denne type løsning, men da Aarsleff havde givet udtryk for, at løsningen ville blive udført i overensstemmelse med kravene, da der ikke er dokumentation for, at løsningen ikke vil leve op til kravene, og da Banedanmark er af den opfattelse, at løsningen kan gennemføres i overensstemmelse med kravene, var der ikke grundlag for at anse det som et forbehold.

Endvidere gøres det gældende, at Aarsleffs sparsomme beskrivelse af, hvordan Aarsleff ønsker at sikre vandtætheden uden inderlining, fuldt ud kan sammenlignes med Højgaard og Züblins sparsomme beskrivelse af samlinger i de præfabrikerede dæk (jf. påstand 4 iii).

Såfremt der måtte være tale om et forbehold, er der ikke tale om et forbehold for et grundlæggende element i udbudsmaterialet. En prissætning af de økonomiske konsekvenser ved at påføre inderlining på Aarsleffs løsning viser en forventet omkostning på 7,6 mio. kr. Omvendt ville man i givet fald ikke kunne lade forholdet trække fra i den kvalitetsmæssige evaluering.

Selv hvis der var tale om et forbehold, har Banedanmarks håndtering således ikke påvirket udfaldet af udbuddet.

#### *Nærmere ad påstand 4ii*

Højgaard og Züblin har gjort gældende, at Banedanmark ved evalueringen har lagt til grund, at Aarsleff ville stille en garanti for, at konstruktionen med sekantpæle var vandtæt, og dette er kommet Aarsleff til gode ved den kvalitative evaluering. Formuleringen om garanti er klar og ikke udtryk for skrivefejl eller lignende. Det må lægges til grund, at en evalueringsrapport er udtryk for de forhold, der er tillagt betydning ved evalueringen, medmindre Banedanmark kan føre bevis for andet. Et sådan bevis er ikke ført.



At Banedanmark har lagt til grund, at Aarsleff havde pligt til at levere en vandtæt konstruktion, bekræfter, at Banedanmark ikke har ladet den manglende opfyldelse af kravet om vandtæthed komme Aarsleff til skade under evalueringen.

Banedanmark har gjort gældende, at Banedanmark ikke havde en forventning om, at Aarsleff ville stille en ”garanti”. Med formuleringen i evalueringsnotatet ”guarantee a class 1 watertight structure” menes blot, at Aarsleffs tilbudte løsning opfyldte udbudsmaterialets krav om vandtæthed, og Banedanmarks accept af tilbuddet indebar, at Aarsleff var forpligtet til at leve op til dette krav. Der er således ikke indlagt en forudsætning om garanti i juridisk forstand i formuleringen.

#### *Nærmere ad påstand 4iii*

Højgaard og Züblin har gjort gældende, at Banedanmark ikke havde grundlag for at antage, at Aarsleffs tekniske løsning for så vidt angår konstruktion af tunneldæk var kvalitativt bedre end Højgaard og Züblins. Der var tale om identiske tekniske konstruktioner med præfabrikerede dæk, og det var således ubeføjet, at Banedanmark i meddelelsen om tildelingsbeslutningen angav forskelle på dette punkt som afgørende for udfaldet af den kvalitative bedømmelse.

Højgaard og Züblin har i relation hertil fremhævet den forskelsbehandling, som Banedanmark udviste ved evalueringen af hhv. deres og Aarsleffs tilbud, idet Banedanmark ved evalueringen af konstruktionen med sekantpælevægge uden inderlining i tunneltrug lagde til grund, at Aarsleff ville og kunne leve op til udbudsmaterialets krav om vandtæthed, fordi Aarsleff ikke havde taget udtrykkeligt forbehold for kravene. I modsætning hertil lagde Banedanmark ved evalueringen af vandtæthed i tunneldæk stor vægt på, at Aarsleff havde tilbudt en mere robust og sikker vandtæthed af tunneldæk end Højgaard og Züblin, uagtet at den tekniske løsning var den samme (præfabrikerede tunneldæk), at Højgaard og Züblin ikke havde taget forbehold for udbudsmaterialets krav om vandtæthed, at Højgaard og Züblin inden tildelingen bekræftede, at der ved detailprojekteringen ville blive sikret strukturel tæthed, og at Højgaard og Züblin i 3. tilbud havde fremlagt helt konkrete referenceprojekter (hvor Banedanmark selv og Vejdirektoratet var

bygherre), hvor brugen af Højgaard og Züblins konstruktion med præfabrikerede tunneldæk var dokumenteret og anvendt med succes.

Højgaard og Züblin har således gjort gældende, at det udgør forskelsbehandling i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10, når Banedanmark for Aarsleffs vedkommende har lagt til grund, at udbudsmaterialets krav var opfyldt, medmindre der var taget forbehold (jf. det anførte om tunneltrug), mens det for Højgaard og Züblins vedkommende blev antaget, at udbudsmaterialets krav ikke ville kunne opfyldes, medmindre der allerede i tilbuddet forelå en detailprojektering, der dokumenterede opfyldelsen.

Banedanmark har gjort gældende, at Banedanmark har vurderet Aarsleffs og Højgaard og Züblins tilbudte tunneldæk forskelligt, fordi der var tilbudt to forskellige tekniske konstruktioner. Den kvalitative bedømmelse afspejler således, at de to tilbudte løsninger ikke er identiske. Banedanmark har redegjort nærmere herfor.

Vandtætheden af præfabrikerede dækelementer afhænger navnlig af vandtætheden af samlingerne. Aarsleff har i sit tilbud beskrevet særligt fugeløsningen på en måde, der efter Banedanmarks skøn sikrer en bedre vandtætning end Højgaard og Züblins løsning.

#### *Nærmere ad påstand 4iv*

Højgaard og Züblin har gjort gældende, at Banedanmark har overtrådt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved at bedømme helt identiske tekniske løsninger, hvor Højgaard og Züblin endda i modsætning til Aarsleff levede op til alle udbuddets krav, herunder om inspektion af svejsninger af spunsvægge efter ”Class CC3”, forskelligt.

Banedanmark vurderede således, at Aarsleff ville leve op til kravene om kontrol af svejsninger, selv om Banedanmark havde konstateret, at Aarsleff kun agtede at foretage visuel inspektion af svejsninger, hvilket ikke levede op til krav om ”Class CC3”, og Banedanmark konstaterede en række væsentlige mangler i Aarsleffs besvarelse, men lagde alligevel til grund, at Aarsleff ville leve op til alle krav.

Banedanmark lod det derimod trække fra i den tekniske score for Højgaard og Züblin, at der efter Banedanmarks opfattelse var høje drifts- og vedligeholdelsesomkostninger, mens dette for Aarsleffs fuldstændig samme tekniske løsning ikke er nævnt, endsige tillagt betydning.

Aarsleff fik for sit 3. tilbud på trods af de konstaterede mangler en ”minor increase” i teknisk score, mens Højgaard og Züblin for samme tekniske løsning og en inspektion af svejsninger, der i modsætning til Aarsleffs løsning levede op til udbudskravene, i bedste fald opnåede status quo. Højgaard og Züblin har redegjort nærmere i detaljer for synspunkterne.

Denne fremgangsmåde ved evalueringen ikke var i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 10.

Banedanmark har gjort gældende, at Banedanmark har håndteret bedømmelsen af Aarsleffs og Højgaard og Züblins tilbudte løsninger for sammenvejede spunsvægge i tunneler ensartet, og at Aarsleff ikke havde taget et forbehold for udbudsmaterialets krav om inspektioner af svejsninger.

Bemærkningen om kvaliteten med spunsvægge som permanent løsning i evalueringsnotat for 3. tilbud fra MTH-Züblin JV skyldes, at forholdet var et tema i forbindelse med det 2. forhandlingstilbud. Bemærkningen runder således emnet af. Tilbuddet var forbedret og opnåede altså ikke kun ”i bedste fald status quo” i forhold til det foregående tilbud som hævdede af Højgaard og Züblin. Banedanmark vurderede dog fortsat ikke, at løsningen med spunsvægge som permanente vægge var på niveau med de traditionelle løsninger.

Kvaliteten af spunsvægge sammenholdt med traditionelle betonløsninger havde ikke på samme måde været et tema under forhandlingerne med Aarsleff, og forholdet blev derfor ikke nævnt i Aarsleffs evalueringsnotat. Dette betyder imidlertid ikke, at Banedanmark har vurderet, at Aarsleffs spunsvægge er lige så gode som en traditionel betonløsning. Der var således tale om en individuel tilbagemelding på det passerede. Der er derimod ikke tale om, at Banedanmark af den årsag har vurderet Højgaard og Züblins løsning hårdere eller efter en strengere standard end Aarsleffs løsning.

Banedanmark skønnede med rette, at Aarsleff ikke havde taget et forbehold, idet Aarsleff i sit tilbudsbrev havde anført at være bekendt med rettelses-

bladene, at der ikke var taget forbehold, og at tilbuddets oplysninger ikke var i modstrid med udbudsmaterialets krav, men skulle forstås som serviceoplysninger.

Banedanmark skærpede ved rettelsesblad nr. 7, der blev udsendt som grundlag for 3. budrunde, kravene til spunsvæggene. De nye krav sikrede, at størstedelen af Banedanmarks bekymringer ved benyttelsen af løsninger med sammensvejsede spunsvægge som permanente vægge blev imødegået. Rettelserne betød desuden, at en tilbudsgiver, der tilbød svejsede spunsvægge – uden at ændre sin løsning mellem 2. forhandlingstilbud og det 3. endelige tilbud – fik forbedret kvaliteten af sit tilbud, idet Banedanmark via de nye krav havde forbedret løsningens iboende kvalitet.

Da Banedanmark kunne konstatere, at Aarsleff havde beskrevet en visuel inspektion af svejsningerne, vurderede Banedanmark, at Aarsleff blot nævner visuel inspektion, men måtte være bekendt med de opdaterede krav til inspektion af svejsninger, og at oplysningen om visuel inspektion ikke skulle forstås som et forbehold.

Banedanmarks håndtering af formuleringen i Aarsleffs tilbud er derfor ikke i strid med ligebehandlingsprincippet.

Samtidig vurderede Banedanmark, at selvom at det i sig selv udgjorde en forbedring af Aarsleffs løsning i forhold til det 2. forhandlingstilbud, at man ikke havde taget forbehold over for de opdaterede krav til løsningen med svejsede spunsvægge, kunne Aarsleff ikke få fuld gavn af dette, da Aarsleff ikke havde beskrevet, hvorledes inspektionen af svejsninger i henhold til den krævede udførelsesklasse konkret ville blive gennemført. Aarsleff fik derfor kun en "minor increase", hvorimod Højgaard og Züblin fik en "increase" i vurderingen.

Såfremt der måtte være tale om et forbehold, er der ikke tale om et forbehold for et grundlæggende element i udbudsmaterialet. En prissætning af de økonomiske konsekvenser ved det skærpede inspektionskrav vurderes ikke at ville overstige 0,5 mio. kr. Omvendt ville man i givet fald ikke kunne lade forholdet trække fra i den kvalitetsmæssige evaluering.

Selv hvis der var tale om et forbehold, har Banedanmarks håndtering således ikke påvirket udfaldet af udbuddet.

### Ad påstand 5

Højgaard og Züblin har gjort gældende, at de påviste overtrædelser skal medføre, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Banedanmark har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tage påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen til følge.

Klagenævnet udtaler:

### Ad påstand 1

Efter indholdet af ansøgningen af 4. marts 2013 måtte Banedanmark lægge til grund, at ansøgningen om prækvalifikation blev indgivet af ”JV Pihl-Aarsleff – TP 4 Urban Tunnel I/S”. Det fremgik i den forbindelse, at E. Pihl & Søn A/S og Per Aarsleff A/S havde ”dannet konsortiet JV Pihl-Aarsleff – TP 4 Urban Tunnel I/S”. Det var herved entydigt tilkendegivet, at de to interessenter til brug for udbuddet indgik et joint venture-samarbejde, som retligt var organiseret som et interessentskab, og at det var dette interessentskab, der ansøgte om prækvalifikation. Banedanmarks oplysning under klagesagen om, at Banedanmark ved modtagelsen af ansøgningen gik ud fra, at der endnu ikke var etableret et interessentskab, men at et sådant ville blive oprettet og registreret, hvis kontrakten blev vundet, er uden støtte i de dokumenter, Banedanmark havde modtaget på tidspunktet for modtagelsen af ansøgningen. Banedanmark var dermed – uanset bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 11, stk. 2 – ikke udbudsretligt berettiget til at lægge denne opfattelse til grund. Det fremgår da også af Banedanmarks mail af 8. marts 2013, at Banedanmark traf beslutning om at prækvalificere ”JV Pihl-Aarsleff – TP 4 Urban Tunnel I/S”.

Banedanmark havde udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.1) fastsat krav om, at ansøgerne skulle fremlægge “*Registration certificat or other official document for exactly identification of the applicant*”. Herefter var tilføjet: “*If the applicant is a consortie or joint venture, documentation are required for each participant.*” Det er ubestridt, at ansøgningen fra ”JV Pihl-Aarsleff – TP 4 Urban Tunnel I/S” ikke overholdt den første bestemmelse, idet den ikke indeholdt oplysninger om registrering af interessentskabet, men at den indeholdt de krævede oplysninger for hver af de oplyste interessenter, E.

Pihl & Søn A/S og Per Aarsleff A/S, og således overholdt kravet i sidste punktum.

Det fremgår ikke klart, om kravene i de to citerede sætninger fra udbudsbe- kendtgørelsen udgjorde alternative eller kumulative krav, og de kunne med rimelighed forstås på begge måder. På den baggrund, og da risikoen for uklarheder i udbudsmaterialet påhviler ordregiveren, ville Banedanmark ikke have været berettiget til at afvise ansøgningen fra ”JV Pihl-Aarsleff – TP 4 Urban Tunnel I/S” under henvisning til de manglende registreringsoplysninger vedrørende interessentskabet.

Klagenævnet tager derfor ikke påstand 1 til følge.

#### Ad påstand 1 a

Efter indholdet af joint venture-aftalen af 26. august 2013 mellem E. Pihl & Søn A/S og Per Aarsleff A/S, der er fremlagt under klagesagen, og Banedanmarks oplysninger lægges det til grund, at E. Pihl & Søn A/S og Per Aarsleff A/S på tidspunktet for prækvalificering af ansøgerne endnu ikke havde dannet interessentskabet ”JV Pihl-Aarsleff – TP 4 Urban Tunnel I/S”, uanset at de i ansøgningen gav udtryk for, at dette var tilfældet.

Da Banedanmark ved mail af 8. marts 2013 besluttede at prækvalificere JV Pihl-Aarsleff – TP 4 Urban Tunnel I/S, var der således tale om prækvalificering af et ikke-eksisterende interessentskab.

En sådan fremgangsmåde er efter det oplyste ikke ukendt i større udbud som det foreliggende. Såfremt det pågældende ”interessentskab”, dvs. det aftalte, men endnu ikke stiftede interessentskab, ikke prækvalificeres, vil dette normalt ikke give anledning til spørgsmål om overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Spørgsmålet om, hvorvidt der i det foreliggende tilfælde, hvorved ”interessentskabet” faktisk blev prækvalificeret, skete en overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10, må – under hensyn til EU-Domstolens besvarelse af det præjudicielle spørgsmål – afgøres ved en nærmere vurdering af, om ”interessentskabet”/”interessenterne”, og herunder især Per Aarsleff A/S, derved opnåede en konkurrencemæssig fordel i forhold til de øvrige ansøgere ved prækvalifikation og/eller i forbindelse med tildeling af kontrakten.

Det bemærkes i den forbindelse, at identiteten af ”interessenterne” i ”interessentskabet” entydigt og endegyldigt var fastlagt ved ansøgningen, herunder ved fremlæggelse af den krævede dokumentation for hver af dem. Det var således ikke uklart, hvilke økonomiske aktører interessentskabet skulle bestå af, eller hvilken retlig form samarbejdet skulle antage. Der var ikke i udbudsbekendtgørelsen stillet krav om, at et konsortium eller joint venture-samarbejde skulle være organiseret som et interessentskab, eller fastsat, at et samarbejde organiseret som et interessentskab ville blive vurderet bedre end andre samarbejder i tilfælde af, at der skulle ske en udvælgelse blandt flere ansøgere. Dertil kommer, at antallet af ansøgere konkret var så begrænset, at der ikke skulle foretages en udvælgelse blandt dem. Der er på den baggrund ikke grundlag for at antage, at der i forbindelse med prækvalificeringen skete en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling og gennemsigtighed i relation til prækvalifikationen af interessentskabet, uanset at det, som Per Aarsleff A/S og E. Pihl & Søn A/S faktisk alene havde aftalt, var at danne interessentskabet på et senere tidspunkt.

De spørgsmål, som forholdet måtte give anledning til i den foreliggende sag i relation til den senere tilbudsgivning, er dækket af de nedlagte påstande 2 og 3, og der henvises derfor til behandlingen af disse påstande nedenfor.

Påstanden tages ikke til følge.

### Ad påstand 2

Højgaard og Züblin har i relation til denne påstand navnlig gjort gældende, at Banedanmark har tilsidesat ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved ikke at afvise tilbuddet af 27. august 2013 fra JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S, selvom dette tilbud i strid med udbudsbetingelserne ikke var bindende for interessentskabet.

Klagenævnet skal herefter i første række tage stilling til, om Banedanmark måtte indse, at tilbuddet var uforbindende.

Banedanmark havde i udbudsbetingelserne fastsat, at første tilbud i forhandlingsudbuddet skulle være modtaget senest den 27. august 2013.

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 modtog Banedanmark den 27. august 2013 et første tilbud i forhandlingsudbuddet, der fremstod som afsendt af det prækvalificerede interessentskab, JV Pihl – Aarsleff – TP4 Urban Tunnels I/S.

Klagenævnet kan efter en gennemgang af den fremlagte joint venture-aftale af 26. august 2013 konstatere, at denne aftale alene indeholder en betinget aftale om indgåelse af et interessentskab. Klagenævnet lægger på den baggrund og efter parternes samstemmende opfattelse til grund, at der heller ikke på tidspunktet for afgivelsen af første tilbud var stiftet et interessentskab mellem E. Pihl & Søn A/S på den ene side og Per Aarsleff A/S på den anden side. Den nævnte aftale var imidlertid ikke indeholdt i det tilbud, der blev afgivet i interessentskabets navn den 27. august 2013, og Banedanmarks oplysning om, at Banedanmark ved modtagelsen af tilbuddet gik ud fra, at der endnu ikke var etableret et interessentskab, og at tilbuddet således blev afgivet af to virksomheder, der forpligtede sig sammen og hver for sig over for Banedanmark – og dermed, at tilbuddet ikke blev afgivet på vegne af det prækvalificerede interessentskab – er uden støtte i de dokumenter, Banedanmark havde modtaget på tidspunktet for udløbet af tilbudsfristen. Banedanmark var dermed – uanset bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 11, stk. 2 – ikke på det da foreliggende grundlag udbudsretligt berettiget til at lægge en sådan opfattelse til grund.

Tilbuddet var underskrevet af repræsentanter for Per Aarsleff A/S og E. Pihl & Søn A/S, men ikke af konkursboets kurator. Tilbuddet fremstod således som uforbindende, jf. konkurslovens §§ 29 og 30, hvilket må have stået Banedanmark klart. Der var ikke grundlag for at fastslå, at Per Aarsleff A/S var forpligtet af tilbuddet som led i interessenternes hæftelse for interessentskabets forpligtelser, jf. herved lov om visse erhvervsdrivende virksomheder § 2, stk. 1, og Banedanmark udfoldede betydelige bestræbelser på at opnå kurators underskrift.

Som anført af EU-Domstolen i dommens præmis 46 skal klagenævnet heretter tage stilling til, om tilbuddet led af en uregelmæssighed af en sådan karakter, at den var til hinder for, at Per Aarsleff A/S i eget navn fortsatte deltagelsen i forhandlingsudbuddet.



Ved vurderingen heraf lægger klagenævnet til grund, at der var tale om 1. tilbud af tre i et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, at Per Aarsleff A/S således ved såvel 2. som 3. tilbud forpligtede sig over for Banedanmark på lige fod med de øvrige tilbudsgivere, og at tildeling først skete på grundlag af 3. og endelige tilbud. Om processen frem til denne tildeling lægges det til grund, at Banedanmark i udbudsbetingelsernes pkt. 6 om "Negotiations" anførte, at Banedanmark ønskede at optimere tilbuddene inden for rammerne af de enkelte tilbud. Det var i den forbindelse fastsat, at hver tilbudsgiver efter afgivelsen af 1. tilbud ville blive inviteret til et forhandlingsmøde med Banedanmark, og at der herefter kunne afgives et 2. tilbud. Efter udbudsbetingelsernes pkt. 6 var det endvidere først på grundlag af det 2. tilbud, at der ville ske en shortlisting til de tre tilbudsgivere, der blev inviteret til at afgive de 3. og endelige tilbud. Efter modtagelsen af de 3. og endelige tilbud ville Banedanmark foretage den endelige evaluering og træffe beslutning om tildeling af kontrakten, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 7.

Per Aarsleff A/S blev på grundlag af det uforbindende 1. tilbud fra JV Pihl – Aarsleff – TP4 Urban Tunnels I/S inviteret til forhandlinger den 12. september 2013. Det er ubestridt, at dette tilbud i det videre forløb faktisk blev anvendt som grundlag for forhandlingerne mellem 1. og 2. tilbud, som Per Aarsleff A/S afgav i eget navn, jf. påstand 3. Den manglende afvisning af tilbuddet fra JV Pihl – Aarsleff – TP4 Urban Tunnels I/S indebar således, at Banedanmark allerede som led i forhandlingerne og dermed inden den udtrykkelige beslutning om at tillade Per Aarsleff A/S at afgive 2. tilbud i eget navn i realiteten havde tilladt Per Aarsleff A/S at erstatte det angivne interessentskab, hvis tilbud var ugyldigt, som tilbudsgiver i udbuddet.

Som fastslået af EU-Domstolen skal ligebehandlingsprincippet i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 sammenholdt med direktivets artikel 51 fortolkes således, at en ordregiver ikke tilsidesætter princippet, når den tillader den ene af de to økonomiske aktører, som indgik en sammenslutning af virksomheder, der som sådan var blevet anmodet om at afgive tilbud af denne ordregiver, at træde i stedet for denne sammenslutning efter dennes opløsning og at deltage i eget navn i et udbud med forhandling om tildeling af en offentlig kontrakt, forudsat, at det er fastslået, dels at denne økonomiske aktør selvstændigt opfylder de af vedkommende ordregiver fastsatte krav, dels at denne økonomiske aktørs fortsatte deltagelse i

den pågældende udbudsprocedure ikke medfører en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.

Bevisbyrden for, at disse betingelser er opfyldt, påhviler Banedanmark som ordregiver.

Klagenævnet har som ovenfor anført ikke taget påstand 1 til følge, og det er i øvrigt ubestridt, at Per Aarsleff A/S ville være blevet prækvalificeret, hvis Per Aarsleff A/S havde søgt om prækvalifikation.

Ved vurderingen af, om Per Aarsleff A/S herved i forhold til sine konkurrenter opnåede en fordel ved ikke at have været bundet af det 1. tilbud, som forhandlingerne førtes på grundlag af, bemærkes, at tilbudsgiverne ud fra tilbudsbetingelsernes beskrivelse af forhandlingsforløbet ikke kunne have en forventning om, at det 1. tilbud skulle antages, idet hensigten var, at tilbuddene gennem forhandlingerne skulle forbedres frem til 3. og sidste tilbud. Af udbudsbetingelsernes pkt. 5 fremgik, at udbudsbetingelsernes krav ikke skulle anses som mindstekrav i relation til 1. tilbud, og det var således klart, at tilbudsgiverne heller ikke på grundlag af vedståelsesfristen i udbudsbetingelsernes pkt. 4.4 kunne forvente, at der ville kunne ske tildeling på grundlag af 1. tilbud. Det var således ikke i denne henseende i sig selv af afgørende betydning for tilbudsgivernes retsstilling på tidspunktet for afgivelsen af 1. tilbud, at tilbuddet ikke var retligt bindende.

Det kan på den baggrund lægges til grund, at Per Aarsleff A/S ikke har haft en fordel i forhold til sine konkurrenter ved ikke at have været bundet af det 1. tilbud. Denne uregelmæssighed var herefter ikke af sådan karakter, at den under de nævnte omstændigheder var til hinder for, at Per Aarsleff A/S i eget navn fortsatte deltagelsen i forhandlingsudbuddet.

Der er herefter ikke grundlag for at anse ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 for overtrådt, og påstanden tages derfor ikke til følge.

### Ad påstand 3

EU-Domstolen har i dommen af 24. maj 2016, præmis 38, udtalt, at en streng anvendelse af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, således som udtrykkeligt angivet i artikel 10 i direktiv 2004/17, sammenholdt

med dette direktivs artikel 51, leder til den konklusion, at alene de økonomiske aktører, der er blevet prækvalificeret som sådanne, kan afgive tilbud og blive tilslagsmodtagere. I dommens præmis 40 forudsættes der således en juridisk og materiel identitet mellem de prækvalificerede økonomiske aktører og de økonomiske aktører, der afgiver tilbuddene. Som anført i dommens præmis 41 kan kravet om juridisk og materiel identitet dog sænkes med henblik på i et udbud med forhandling at sikre en tilstrækkelig konkurrence, således som krævet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 54, stk. 3. Domstolen fastslog herefter i præmis 49, at ligebehandlingsprincippet i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 sammenholdt med direktivets artikel 51 skal fortolkes således, at en ordregiver ikke tilsidesætter princippet, når den tillader den ene af de to økonomiske aktører, som indgik en sammenslutning af virksomheder, der som sådan var blevet anmodet om at afgive tilbud af denne ordregiver, at træde i stedet for denne sammenslutning efter dennes opløsning og at deltage i eget navn i et udbud med forhandling om tildeling af en offentlig kontrakt, forudsat, at det er fastslået, dels at denne økonomiske aktør selvstændigt opfylder de af vedkommende ordregiver fastsatte krav, dels at denne økonomiske aktørs fortsatte deltagelse i den pågældende udbudsprocedure ikke medfører en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling. Klagenævnet har som ovenfor anført ikke taget påstand 1 til følge, og det er i øvrigt ubestridt, at Per Aarsleff A/S ville være blevet prækvalificeret, hvis Per Aarsleff A/S havde søgt om prækvalifikation.

Spørgsmålet er herefter, om Banedanmark har løftet sin bevisbyrde for, at Per Aarsleff A/S' fortsatte deltagelse ikke medførte en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling. Det bemærkes i den forbindelse indledningsvis, at de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling ikke kan anses for forringet blot som følge af, at antallet af tilbudsgivere ikke blev formindsket ved konkursen. Det samme gælder det forhold, at Per Aarsleff A/S først medio oktober 2013 fik udtrykkelig tilladelse til at fortsætte i eget navn og dermed havde kortere tid end de øvrige tilbudsgivere til at udarbejde det reviderede tilbud.

Højgaard og Züblin har i første række henvist til, at Per Aarsleff A/S opnåede en konkurrencefordel ved efter prækvalifikationsfristen at kunne overtage 50 medarbejdere fra Pihl & Søn A/S, og herunder nøglepersoner i forhold til udførelsen af anlægsprojektet. Det bemærkes i den forbindelse, at ansættelsen heraf ikke direkte angår forhold, der var af betydning for vurde-

ring af tilbuddene i henhold til det fastsatte tildelingskriterium med tilhørende underkriterier, og at der således højst kan være tale om en indirekte fordel i den forstand, at Per Aarsleff A/S hermed blev i stand til at afgive et bedre tilbud, end selskabet ellers ville have været i stand til. Der er imidlertid ikke oplysninger om, at Per Aarsleff A/S i forbindelse med konkursen hos Pihl & Søn A/S skulle have opnået en fortrinsstilling til at ansætte de pågældende medarbejdere, der derved blev ledige. De øvrige tilbudsgivere havde således samme mulighed som Per Aarsleff A/S for at ansætte de pågældende nøglemedarbejdere, og det er oplyst, at dette også skete i et vist omfang. Per Aarsleff A/S' ansættelse af de pågældende medarbejdere har dermed ikke medført en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.

I anden række har Højgaard og Züblin henvist til, at Per Aarsleff A/S fik mulighed for at træffe beslutning om deltagelse ud fra anden og bedre viden end de øvrige tilbudsgivere, ligesom Per Aarsleff A/S' økonomiske risiko var mindre end øvrige deltageres. Højgaard og Züblin har i den forbindelse navnlig henvist til generaladvokatens udtalelse punkt 72ff. Som anført af Domstolen er det afgørende imidlertid, om Per Aarsleff A/S' fortsatte deltagelse i udbudsproceduren medførte en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling. Afgørende herfor er således ikke en vurdering af, om Per Aarsleff A/S havde et bedre grundlag for at vurdere, om selskabet ønskede at deltage i udbuddet, men om Per Aarsleff A/S' konkurrenter som følge af selskabets fortsatte deltagelse blev stillet ringere i forhold til konkurrencen om at vinde den udbudte opgave. Der er ikke grundlag for at antage, at Per Aarsleff A/S på tidspunktet for dette selskabs beslutning om at fortsætte i udbuddet ved at deltage i eget navn skulle have fået oplysninger, der stillede dette selskab i en særligt fordelagtig position og dermed skadede de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige muligheder for at opnå den udbudte kontrakt, ligesom Per Aarsleff A/S fra dette tidspunkt – på samme måde som de øvrige tilbudsgivere – selv måtte afholde udgifterne til udarbejdelse af eget andet og tredje tilbud.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 4

Ad påstand 4, nr. i

Banedanmark havde i udbudsbetingelsernes dokument SAB i relation til de egentlige tunneller præciseret, at krav om vandtæthed nærmere indebar, at konstruktionen skulle leve op til tæthedsklasse 1 i DS/ EN 1992-1-3. Der var ikke i udbudsbetingelserne grundlag for at forstå dette begreb anderledes i relation til de såkaldte tunneltrug. Det fremgik udtrykkeligt af tilbuddet fra Per Aarsleff A/S, at tilbuddet både for så vidt angår tunneller og tunneltrug levede op til kravene i den nævnte standard samt kravene i SAB'en.

Banedanmark har oplyst, at den tilbudte løsning blev vurderet til at opfylde kravet om vandtæthed, og at der således ikke var tale om et forbehold, men at Banedanmark vurderede, at den pågældende løsning var af ringere kvalitet end andre løsninger. Banedanmark havde som ordregiver et vidt skøn ved evalueringen af de modtagne tilbud, og klagenævnet erstatter efter fast praksis ikke dette skøn med sit eget. Der er ikke på baggrund af tilbuddet fra Per Aarsleff A/S eller det, som Banedanmark anførte i evalueringsrapporten, grundlag for at tilsidesætte Banedanmarks vurdering.

Denne del af påstanden tages derfor ikke til følge.

#### Ad påstand 4, nr. ii

Af Banedanmarks evalueringsrapport fremgår blandt andet:

”Main comments

In the following all technical areas have been evaluated and a number of comments have been given. The main comments with high influence in the score for the technical solution are:

...

...

For the throughs along Vigerslev Allé and Allingevej PAa describes a solution with secant pile walls without inner lining. To secure water tightness PAa will place the ø1.18 m piles with a distance of 1.00 m. BDK is in doubt if this will be a water tight structure during 120 years. BDK expect PAa to guarantee a class 1 watertight structure when the railway service opens. This has given a decrease in the technical score.”

Det er ubestridt, at Per Aarsleff A/S' tilbud ikke indeholdt en egentlig garanti for vandtæthed af tunneltrugene i Hvidovretunnelen. Banedanmark har imidlertid anført, at det anførte i evalueringsrapporten om en ”guarantee” er udtryk for en skrivefejl, der rettelig skal forstås således, at det blev lagt til grund, at Per Aarsleff A/S i tilbuddet forpligtede sig til at levere en løsning,

der levede op til betingelserne for en ”class 1 watertight structure”, og at der således ikke var tale om et forbehold. Klagenævnet har som anført vedrørende påstand 4i fastslået, at tilbuddet ikke indeholdt et forbehold i så henseende. Det, Banedanmark har anført, støttes i øvrigt navnlig af, at det inden omtalen af den pågældende ”guarantee” drøftes, om den pågældende løsning kan leve op til kravet, og at det efter omtalen af den pågældende ”guarantee” anføres, at forholdet har givet anledning til en dårligere teknisk bedømmelse i forhold til 2. tilbud.

Denne del af påstanden tages ikke til følge.

#### Ad påstand 4, nr. iii

Som anført havde Banedanmark som ordregiver et vidt skøn ved evalueringen af de modtagne tilbud.

Uanset at såvel tilbuddet fra MTH-Züblin JV som tilbuddet fra Per Aarsleff A/S i relation til konstruktion af tunneldæk indeholdt konstruktioner med præfabrikerede dæk, vurderede Banedanmark - blandt andet under hensyntagen til tilbuddenes forskellige beskrivelser af de tilbudte løsninger – at tilbuddene ikke var identiske. Der er ikke grundlag for at fastslå, at Banedanmarks forskellige evalueringer af de to tilbud i forhold til det kvalitative underkriterium af de pågældende dæks robusthed anvendte forskellige evalueringsprincipper eller i øvrigt overskred grænserne for det nævnte skøn.

Denne del af påstanden tages herefter ikke til følge.

#### Ad påstand 4, nr. iv

Det lægges til grund, at evalueringsrapportens bemærkninger om, at tilbuddene har fået en ”increase” eller ”decrease” eller lignende i den tekniske score, som udgangspunkt må forstås således, at de beskriver ændringer i evalueringen af det 3. tilbud fra tilbudsgiveren i forhold til evalueringen af den samme tilbudsgivers 2. tilbud. De er således ikke udtryk for sammenligninger af tilbuddene mellem de enkelte tilbudsgivere

Ved rettelsesblad nr. 7 blev der som noget nyt stillet krav om kontrol af svejsningerne efter ”Class CC3”. Før dette var der kun krav om kontrol efter ”Class CC1”. Efter Class CC1 kan det efter det oplyste være tilstræk-

keligt med en visuel inspektion af svejsningerne, mens Class CC3 indebærer en mere omfattende kontrol. Af Per Aarsleff A/S' 3. og endelige tilbud fremgik blandt andet:

”Det forventes, at 50 % af låsene svejses inden spunsjernene placeres. De sidste 50 % af låsene svejses efterhånden, som der udgraves. Der udføres 100 % visuel kontrol af alle låsesvejsninger.”

Vurderingen af, om der med denne formulering er taget et forbehold for kravet om Class CC3-inspektioner, må ske i lyset af de øvrige tilkendegivelser, som Per Aarsleff A/S kom med i tilbuddet. I Per Aarsleff A/S' tilbuds-brev vedrørende selskabets 3. og endelige tilbud fremgik dels, at også ændring nr. 7 indgik i grundlaget for tilbuddet, dels var der under pkt. 8 om ”forbehold” blandt andet anført:

”Vi gør opmærksom på, at der ikke er taget forbehold over for noget i udbudsmaterialet. ... Vi er opmærksomme på, at der flere steder i vores tilbud, hvor vi har anført sætninger formuleret som ”det forudsættes”, ”det antages” eller lignende. Ligeledes er der steder, hvor vi beskriver forskellige udgangspunkter for vores valg. Det skal dog fastslås, at ingen af disse oplysninger er i modstrid med noget i udbudsmaterialet, men blot skal opfattes som serviceoplysninger og/eller præciseringer, til hjælp for en større forståelse af vores beskrivelser.”

På den baggrund – og uanset, at tilbudsgiveren bærer risikoen for uklarheder ved tilbuddet – var Banedanmark berettiget til at lægge til grund, at der ikke var tale om et forbehold over for det nævnte inspektionskrav.

Banedanmark har oplyst, at Banedanmark vurderede Per Aarsleff A/S' og Højgaard og Züblins løsninger med sammensvejsede spunsvægge i tunneller ensartet, og at grunden til, at der alene i relation til Højgaard og Züblins tilbud er anført særlige bemærkninger om vurderingen af denne løsning i forhold til en traditionel løsning, er, at dette spørgsmål under forhandlingerne om det 2. tilbud fra Højgaard og Züblin havde givet anledning til tilbagemeldinger fra Banedanmark, og at der således var tale om en opfølgning herpå. Det anførte støttes af evalueringsbemærkningerne vedrørende Højgaard og Züblins 2. tilbud, og der er herefter ikke grundlag for lægge til grund, at løsningerne ikke er blevet vurderet ensartet.

Det er heller ikke i øvrigt godtgjort, at Banedanmarks forskellige evalueringer af de to tilbud i forhold til det kvalitative underkriterium af de på-

gældende spunsvægge anvendte forskellige evalueringsprincipper eller i øvrigt overskred grænserne for det nævnte skøn.

Denne del af påstanden tages derfor ikke til følge.

Klagenævnet tager således i det hele ikke påstand 4 til følge.

#### Ad påstand 5

Da klagenævnet ikke har taget nogen af påstandene 1-4 til følge, er der ikke grundlag for at tage påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen til følge.

#### Ad sagens omkostninger

Uanset sagens udfald skal M.T. Højgaard A/S og Züblin A/S – i lyset af de problemstillinger, som ikke tidligere har været behandlet i national ret eller EU-ret, som sagen har krævet stillingtagen til – ikke betale sagsomkostninger til Banedanmark.

#### Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger for klagenævnet til den anden part.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Anne-Mette Schjærning  
specialkonsulent