



Notat til Folketingets Europaudvalg

Om afgivelse af indlæg i EU-Domstolens sag C-396/14, MT Højgaard A/S og Züblin A/S.

Indledning

Klagenævnet for Udbud (herefter "Klagenævnet") har ved kendelse af 18. august 2014 i sagen MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark forelagt et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen om fortolkning af artikel 10 og artikel 51 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (herefter "forsyningsvirksomhedsdirektivet").

Sagens omstændigheder

Banedanmark offentliggjorde i januar 2013 en udbudsbekendtgørelse efter forsyningsvirksomhedsdirektivet om udførelse af bygge- og anlægsarbejder, "TP 4 Urban Tunnels", i forbindelse med anlæg af en ny jernbanelinje mellem København og Ringsted. Udbuddet blev gennemført som et udbud med forhandling.

Banedanmark havde i udbudsbekendtgørelsen angivet, at såfremt der var mere end seks ansøgere, ville Banedanmark foretage prækvalifikation på baggrund af ansøgernes referencer fra lignende projekter.

Konsortiet/interessentskabet *JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S* - bestående af E. Pihl og Søn A/S og Per Aarsleff A/S - ansøgte ligesom fire andre aktører om prækvalifikation.

Banedanmark prækvalificerede alle fem ansøgere.

Den 26. august 2013 afsagde Sø- og Handelsretten konkursdekret over E. Pihl og Søn A/S (herefter "Pihl"), hvilket Banedanmark blev bekendt med samme dag og derefter spurgte Per Aarsleff A/S (herefter "Per Aarsleff") om konkursens betydning for det igangværende udbud.

På trods af konkursen indgav konsortiet/interessentskabet den 27. august 2013 dets 1. tilbud, der var underskrevet af Per Aarsleff A/S og E. Pihl og Søn A/S, men ikke af konkursboets kurator.

Den 15. oktober 2013 orienterede Banedanmark tilbudsgiverne om, at Banedanmark havde tilladt Per Aarsleff at fortsætte i udbudsprocessen uden at erstatte Pihl med en ny virksomhed i konsortiet/interessentskabet. Banedanmark begrundede denne beslutning med, at Per Aarsleff opfyldte betingelserne for at deltage i udbuddet uden Pihl, ligesom det ikke havde været udslagsgivende for at invitere konsortiet/interessentskabet til at deltage i udbuddet, at Pihl deltog. Endelig lagde Banedanmark vægt på, at Pihl ikke blev erstattet af en ny virksomhed i konsortiet/interessentskabet, og at de udvalgte prækvalificerede tilbudsgivere ville forblive de samme, da ingen ny økonomisk operatør fik tilladelse til at deltage i processen.

Per Aarsleff afgav herefter 2. tilbud og oplyste samtidig, at tilbuddet blev afgivet af Per Aarsleff som fortsættende virksomhed fra JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S, og at Pihls konkursbo ikke havde meddelt, at de ønskede at indtræde i joint-venture aftalen, hvorfor Per Aarsleff havde ophævet denne.

Efter at have evalueret de fire tilbageværende tilbudsgiveres 2. tilbud valgte Banedanmark i overensstemmelse med udbudsbetingelserne at udvælge de tre økonomisk mest fordelagtige tilbud og opfordrede de udvalgte til at afgive 3. tilbud.

Tilbudsevalueringen af 3. tilbud resulterede i, at Banedanmark vurderede, at tilbuddet fra Per Aarsleff var det økonomisk mere fordelagtige tilbud.

MTH-Züblin JV klagede herefter til Klagenævnet og nedlagde bl.a. påstand om, at nævnet skulle konstatere, at Banedanmark havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved at tillade, at Per Aarsleff, der ikke var prækvalificeret, deltog i udbuddet i stedet for det prækvalificerede konsortium JV Pihl – Aarsleff – TP 4 Urban Tunnels I/S.

Banedanmark gør under sagen for Klagenævnet gældende, at Banedanmark under omstændigheder som de foreliggende ikke har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at tillade Per Aarsleff at afgive tilbud. Banedanmark lægger i den forbindelse navnlig vægt på, at ingen ansøger blev udelukket fra prækvalifikation, at Per Aarsleff i sig selv var egnet til prækvalifikation (dvs. uden Pihls deltagelse), og at ændringen i øvrigt ikke var væsentlig.

Ved en kendelse af 28. januar 2014 besluttede Klagenævnet, at klagen ikke skulle tillægges opsættende virkning. Klagenævnet bemærkede samtidig i kendelsen, at det måtte anses for sandsynligt, at klageren (MTH-Züblin JV) på det foreliggende foreløbige grundlag ville få medhold i påstanden om annullation af Banedanmarks tildelingsbeslutning.

Af kendelsen kan herved udledes, at Klagenævnet er af den foreløbige opfattelse, at det ville stride mod det EU-retlige ligebehandlingsprincip at acceptere Per Aarsleffs tilbud, idet Per Aarsleff ikke er identisk med det konsortium, der blev prækvalificeret.

Klagenævnet har i sagen efter anmodning fra Banedanmark forelagt følgende spørgsmål til 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?”

Klagenævnet har i forelæggelseskendelsen angivet, at det ved EU-Domstolens besvarelse af de præjudicielle spørgsmål må lægges til grund, at Per Aarsleff på grundlag af de oplysninger, der var om Per Aarsleff i den oprindelige ansøgning fra interessentskabet – og såfremt ansøgerfeltet i øvrigt havde været uændret – ville være blevet prækvalificeret, såfremt Per Aarsleff havde ansøgt alene.

Regeringens interesse i sagen

Det forelagte spørgsmål drejer sig om, hvorvidt – og i givet fald i hvilket omfang – en ordregivende myndighed med henvisning til ligebehandlingsprincippet har pligt til at afvise ændringer i sammenslutninger af tilbudsgivere i perioden efter prækvalifikation, men inden tildeling af kontrakten, uanset om den pågældende ændring i tilbudsgivers status ikke medfører realitetsændring af betydning for udbuddet.

EU-Domstolen har ikke hidtil forholdt sig til det udbudsretlige ligebehandlingsprincipets betydning for en situation som den foreliggende, og EU-Domstolens besvarelse af det forelagte præjudicielle spørgsmål er af stor praktisk betydning for offentlige myndigheders ageren i fremtidige udbud.

Udover den konkrete sag kan Domstolens besvarelse af det forelagte spørgsmål have potentiel betydning for en række andre projekter, herunder navnlig for store, offentlige danske infrastrukturprojekter, såsom Femern Bælt og Metro-udvidelsen.

Den 9. oktober 2014, dvs. efter Klagenævnets forelæggelse, fastslog EU-Domstolen i sin dom i sag C-222/13, TDC, at Teleklagenævnet ikke udgør en ret i TEUF's artikel 267 forstand og dermed efter EU-retten generelt ikke er kompetent til at forelægge præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen. I den forbindelse blev der lagt vægt på, at Teleklagenævnet ikke kan anses for uafhængigt, da dets medlemmer ikke er omgærdet af særlige garantier, der gør det muligt at fjerne enhver rimelig tvivl om, at organet er uimodtageligt for påvirkninger udefra, ligesom nævnet har status af part, hvis dets afgørelse bliver indbragt for domstolene.

Klagenævnets medlemmers uafhængighed har visse lighedspunkter med Teleklagenævnet. Klagenævnet er dog i modsætning til Teleklagenævnet ikke part i en efterfølgende retssag, såfremt dets afgørelse indbringes for domstolene. Derudover er der en række forskelle mellem de to nævns organisation og funktioner, herunder at Klagenævnet formandskab består af byrets- og landsdommere, jf. således § 9, stk. 2, 2. pkt., i lov nr. 492 af 12. maj 2010 med senere ændringer om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

I sag C-275/98, Unitron Scandinavia og 3-S, anerkendte EU-Domstolen, at Klagenævnet kunne stille præjudicielle spørgsmål efter artikel 267. I denne sag anerkendte EU-Domstolen Klagenævnets forelæggelseskompetence i medfør af TEUF artikel 267, idet det dog skal bemærkes, at der under sagen ikke blev rejst tvivl om grundlaget for denne kompetence.

På baggrund af ovenstående afgiver regeringen indlæg i sagen, hvori der argumenteres i overensstemmelse med det, som Banedanmark har gjort gældende under sagens behandling ved Klagenævnet, og hvori der argumenteres for, at nævnet er forelæggelsesberettiget efter TEUF artikel 267.