

Ravn Banes deltagelse i Banedanmarks udbud af rammeaftale om leje af SR-kompetencer

1. INDLEDNING

Banedanmark udbød ved udbudsbekendtgørelse 2015/S 248-453067, offentliggjort den 23. december 2015, rammeaftale om leje af SR-kompetencer. Den udbudte rammeaftale består af fire delaftaler.

Ansøgerne modtog meddelelse om prækvalifikation den 19. februar 2016. Ravn Bane ApS (CVR-nummer 34616302) blev prækvalificeret til at afgive tilbud på alle fire delaftaler.

Fristen for afgivelse af tilbud på rammeaftalen var sat til den 30. marts 2016. Fristen er efterfølgende blevet udskudt.

Den 29. februar 2016 afsagde Sø- og Handelsretten konkursdekret over Ravn Bane ApS.

Ravn Bane ApS' tidligere direktør, Jesper Granzau Ravn, stiftede forinden Ravn Bane ApS' konkurs et nyt selskab, Ravn Bane IVS (CVR-nummer 37441562).

Jesper Granzau Ravn har anmodet om, at Banedanmark godkender, at dette nystiftede selskab afgiver tilbud på den udbudte rammeaftale i stedet for Ravn Bane ApS, som er prækvalificeret til at afgive tilbud. Banedanmark har meddelt Jesper Granzau Ravn, at Banedanmark ikke har mulighed for at acceptere dette, da dette vil være i strid med udbudsreglerne. Banedanmarks svar er afgivet på baggrund af rådgivning fra Kammeradvokaten.

Jesper Granzau Ravn har ved e-mail af 8. april 2016 rettet henvendelse til et medlem af Folketingets Transport- og bygningsudvalg med besked om, at Banedanmark er berettiget til at acceptere, at Ravn Bane IVS afgiver tilbud i stedet for Ravn Bane ApS under konkurs.

Henvendelsen er en del af en korrespondance, hvor advokat Joachim Brøns har redegjort for på hvilket grundlag, at Banedanmark skulle være berettiget til at lade Ravn Bane IVS erstatte Ravn Bane ApS under konkurs i det igangværende udbud. I argumentationen for dette

synspunkt henvises til udbudslovens § 147 samt til 2014 forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 89.

Banedanmark har i forlængelse heraf bedt om Kammeradvokatens vurdering af det rejste spørgsmål, herunder om de anførte regler finder anvendelse i den konkrete situation, samt hvorvidt Banedanmark er berettiget til at lade Ravn Bane IVS' afgive tilbud i udbuddet i stedet for Ravn Bane ApS under konkurs.

På den baggrund redegøres for retsgrundlaget og retsstillingen i afsnit 2, mens vores konklusion fremgår af afsnit 3.

2. RETSGRUNDLAGET OG RETSSTILLINGEN

2.1 Forsyningsvirksomhedsdirektiverne og udbudsloven

Det er indledningsvis relevant at afdække, hvilket regelgrundlag der finder anvendelse på nærværende udbud, navnlig idet der i den ovennævnte korrespondance er omtalt regler fra 2014 forsyningsvirksomhedsdirektivet og udbudsloven.

Bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjeneste, implementerede 2014 forsyningsvirksomhedsdirektivet¹ i dansk ret. Udbudsloven (Lov nr. 1564) af 15. december 2015 implementerede 2014 udbudsdirektivet² i dansk ret.

Fælles for de to regelsæt er, at de trådte i kraft den 1. januar 2016, og at de finder anvendelse på udbud, der er iværksat efter dette tidspunkt, jf. henholdsvis bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 § 17, stk. 1 og udbudslovens § 196, stk. 1 og 2.

Nærværende udbud er iværksat ved udbudsbekendtgørelse af 23. december 2015. Det følger heraf, at *ingen* af de af advokat Joachim Brøns omtalte regelsæt finder anvendelse på nærværende udbud, da udbuddet er iværksat inden den 1. januar 2016.

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at udbuddet er iværksat i medfør af direktiv 2004/17/EF – altså 2004 forsyningsvirksomhedsdirektivet. Dette notat indeholder ikke en tilbundsgående undersøgelse af, om udbuddet falder under 2004 forsyningsvirksomhedsdirektivet – men ud fra de tilgængelige oplysninger samt vores kendskab til Banedanmarks virksomhed i øvrigt forekommer det korrekt, at udbuddet er omfattet af dette direktiv.

¹ Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF.

² Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og ophævelse af direktiv 2004/18/EF

2.2 Ændringer hos ansøgere – praksis og retsstilling

Uanset hvilket regelgrundlag, der lægges til grund, er udgangspunktet, at der skal være identitet mellem den virksomhed, der prækvalificeres, den virksomhed, der afgiver tilbud og den virksomhed, der indgås kontrakt med.

I sag C-57/01 *Makedoniko Metro* pr. 61-63 udtalte EU-domstolen, at udbudsdirektiverne ikke indeholder udtrykkelige bestemmelser om sammensætningen af en sammenslutning af økonomiske aktører, og at kompetencen til at fastlægge regler herom henhører under medlemsstaternes kompetence. Ændringen i en sammenslutning af økonomiske aktører angår tillige en ændring i tilbudsgiverens identitet, og udtalelsen kan således også ses som udtryk for, at EU-Domstolen fandt, at der ikke findes regler i udbudsdirektiverne, der regulerer i hvilket omfang, det er muligt at ændre identitet på tilbudsgiver i løbet af udbudsprocessen. Sagen angik ændring af sammensætningen af et konsortium efter indleveringen af tilbud og omhandlede nogle særlige græske regler på området, der tillod ændringer i sammensætningen af et konsortium efter kontraktens indgåelse, men forbød dem før tildelingen af kontrakten. Direktivet var ikke til hinder for en sådan national bestemmelse.

2004 forsyningsvirksomhedsdirektivet (og for den sags skyld 2004 udbudsdirektivet) og den bekendtgørelse, der implementerede direktivet i dansk ret, indeholder heller ingen regler om ændringer i tilbudsgiverens identitet undervejs i udbudsprocessen. Der er dermed ingen lovfæstede undtagelser til udgangspunktet om et identitetskrav. Klagenævnet for Udbud har derimod flere gange haft lejlighed til at udtale sig om en eventuel undtagelse til udgangspunktet.

I klagenævnets delkendelse om opsættende virkning af 28. januar 2014, *MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark*, udtalte klagenævnet sig om problemstillingen. Sagen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt det var i strid med udbudsreglerne, at tillade det tilbageværende medlem af et konsortium fortsat deltagelse i udbuddet, da den anden deltager i det påtænkte interessentskab, E. Pihl og Søn A/S, blev erklæret konkurs inden konsortiets afgivelse af første forhandlingstilbud. Klagenævnet udtalte, at de på det foreliggende grundlag anså det for sandsynligt, at klager ville få medhold i, at konsortiets fortsatte deltagelse var ulovlig, idet der ikke var identitet mellem den ansøger, der var blevet prækvalificeret (konsortiet), og den tilbudsgiver der havde afgivet tilbud, og til hvem kontrakten var tildelt (den tilbageværende virksomhed, der ikke var erklæret konkurs). Problemstillingen er på Banedanmarks initiativ forelagt EU-Domstolen til præjudiciel afgørelse.

Klagenævnet har ligeledes i kendelse af 21. marts 2014, *Dansk Byggeri mod Viborg Kommune*, udtalt sig om problemstillingen. I sagen blev den vindende leverandør erklæret konkurs, inden selskabet havde accepteret entreprisen og stillet den nødvendige sikkerhed. Det forhold, at ordregiver i stedet indgik aftale med en ny juridisk enhed, som oplystes at have overtaget alle engagementer og aktiver fra det vindende selskab, fandtes i strid med de ud-

budsretlige regler. Klagenævnet synes ikke at tillægge det betydning, at der var sammenfald mellem aktiverne i de to juridiske enheder, men bemærker blot, at der var sket tildeling af en kontrakt til en virksomhed, der ikke havde afgivet tilbud.

I begge kendelser slog nævnet fast, at der ikke kan tillades ændringer af de prækvalificeres identitet under udbudsprocessen. I begge tilfælde skyldtes ændringen konkurstillfælde, som det også er tilfældet for Ravn Bane ApS. I begge kendelser synes der at have været mere eller mindre sammenfald mellem den virksomhed, der var prækvalificeret og den virksomhed, der blev indgået kontrakt med, idet det primært var den formelle juridiske identitet, der var ændret. I begge kendelser anførte nævnet endvidere eksplicit, at regler og praksis (f.eks. *Pressetext-dommen*³) omkring ændringer efter kontraktindgåelse ikke finder anvendelse forud for kontraktindgåelsen.

Den 25. november 2015 fremsatte Generaladvokat P. Mengozzi sit forslag til afgørelse i sagen *MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark* som omtalt ovenfor. EU-domstolens afgørelse i sagen foreligger imidlertid ikke på nuværende tidspunkt. Uanset at Generaladvokaten omtaler undtagelser til identitetskravet, er der på nuværende tidspunkt ingen sikre holdepunkter for, at Klagenævnet for Udbud i en sag om 2004 direktiverne vil komme frem til, at der er undtagelser til kravet om identitet mellem ansøgeren, tilbudsgiveren og den virksomhed kontrakten tildeles til, eller at sådanne undtagelser finder anvendelse i en situation som den nærværende.

2.2.1 Udbudsloven og 2014 forsyningsvirksomhedsdirektivet

2.2.1.1 Udbudsloven

Uanset at **udbudsloven** ikke finder anvendelse på nærværende udbud og derfor ikke er relevant, kan det for alle tilfældes skyld overvejes, om den påtænkte ændring i identitet ville være tilladt i medfør af udbudslovens § 147.

Ved indførelsen af udbudslovens § 147 er der åbnet op for, at der i visse tilfælde kan ske ændring af en ansøgers identitet, hvis den er i overensstemmelse med principperne i udbudslovens § 2, dvs. principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Bestemmelsen er en ren national regel og implementerer således ikke en bestemmelse i 2014 udbudsdirektivet. Det fremgår af lovforslag nr. L 19 af 7. oktober 2015 til udbudsloven, at bestemmelsen er indført efter anbefaling fra Udbudslovsudvalget. Det fremgår videre, at:

”Praksis fra Klagenævnet for Udbud om disse spørgsmål har imidlertid været restriktiv og har ikke givet klare retningslinjer for, hvornår en ordregiver kan acceptere ændringer hos en ansøger. Det er derfor præciseret i denne bestemmelse, hvornår det er muligt at acceptere ændringer i ansøgers eller tilbudsgivers virksomhed eller konstellation.” [min understregning]

³ Sag C-454/06 Pressetext

Hensigten har, som anført i lovens forarbejder, været at sikre en vis fleksibilitet i de situationer, der er nævnt i bestemmelsen. Lovligheden af ændringer, der ikke er nævnt i bestemmelsen, vil bero på en konkret vurdering.

Udbudslovens § 147, stk. 1, indeholder således en række undtagelser, hvorefter en ordregivende myndighed kan tillade at acceptere en ændring i tilbudsgiverens identitet. I den konkrete situation ønsker Ravn Bane IVS at afgive tilbud på vegne af Ravn Bane ApS, der som juridisk enhed blev prækvalificeret, men som i mellemtiden er erklæret konkurs.

Ravn Bane IVS ses selv at henvise til udbudslovens § 147, stk. 1, nr. 1, idet der i e-mailkorrespondancen omtales situationer, der er ”uden for tilbudsgiverens kontrol”, hvilket er en betingelse efter nr. 1. Udbudslovens § 147, stk. 1, nr. 1, angår imidlertid udskiftning af en virksomhed, som ansøgeren/tilbudsgiveren har støttet sig på – dvs. bestemmelsen angår ikke en ændring i selve tilbudsgiverens identitet, men angår alene f.eks. en ændring af en underleverandør. Bestemmelsen er derfor ikke relevant i nærværende situation. Det er også i tilknytning til denne bestemmelse, at eksemplet med konkurs (altså underrådsgiverens konkurs) omtales i forarbejderne (idet konkurs også omtales i relation til stk. 1, nr. 3 og stk. 5, jf. nedenfor herom for så vidt angår stk. 5).

Reglerne i stk. 1, nr. 2 og 3, angår sammenslutninger af tilbudsgivere og er således ikke relevant i nærværende udbud, hvor Ravn Bane ApS (nu under konkurs) søgte om deltagelse i udbuddet alene.

Reglen i stk. 1, nr. 4, angår fusion, eller hvis tilbudsgiveren på anden måde laver en virksomhedsmæssig omstrukturering. Ifølge forarbejderne regulerer bestemmelsen den situation, hvor tilbudsgiveren fortsætter i udbuddet, men eksempelvis har opkøbt eller frasolgt en afdeling. Herudover kan tilbudsgiveren tillades at ændre selskabsform. Eftersom bestemmelsen forudsætter en fortsættelse i udbuddet med samme identitet (idet f.eks. en fusion herved må sidestilles med en fortsættende virksomhed), er bestemmelsen ikke relevant for nærværende situation, idet Ravn Bane IVS er en anden juridisk person end Ravn Bane ApS under konkurs (der er således ikke tale om, at selskabet f.eks. blot har ændret selskabsform). Endvidere er det ikke som følge af en virksomhedsmæssig omstrukturering, Ravn Bane IVS ønsker at fortsætte i udbuddet i stedet for Ravn Bane ApS. Det er i stedet en følge af, at Ravn Bane ApS er taget under konkursbehandling. Denne situation er ikke omfattet af bestemmelsen i udbudslovens § 147, stk. 1, nr. 4.

Den relevante ændring – altså udskiftning af en tilbudsgiver under konkurs med en nyoprettet virksomhed – er ikke en ændring, der er nævnt i udbudslovens § 147, stk. 1. Med udgangspunkt i ovennævnte kendelse af 21. marts 2014, *Dansk Byggeri mod Viborg Kommu-*

ne, er der ikke holdepunkter for, at den relevante ændring i nærværende situation ud fra en konkret vurdering vil kunne tillades.

Dette gælder navnlig, når der i udbudslovens § 147, stk. 5, specifikt er indført en bestemmelse, der tillader en ordregiver at lade en ny virksomhed deltage i stedet for en f.eks. konkursramt tilbudsgiver. Bestemmelsen forudsætter imidlertid, at den nye virksomhed selv oprindeligt havde søgt om deltagelse i udbuddet. Virksomheden skal således ifølge forarbejderne udvælges på samme vis som de øvrige ansøgere og skal være den ansøger, blandt de ansøgere, der ikke blev udvalgt, som opfylder kriterierne for udvælgelse bedst.

Samspillet mellem § 147, stk. 1, nr. 4, og § 147, stk. 5, understreger således, at en ordregiver ikke lovligt kan tillade en ny deltager som følge af konkurs hos en af de prækvalificerede virksomheder, hvis denne nye virksomhed ikke opnår deltagelse i medfør af reglen i stk. 5.

Da Ravn Bane IVS ikke oprindeligt søgte om deltagelse i udbuddet, er heller ikke denne bestemmelse relevant.

2.2.1.2 Forsyningsvirksomhedsdirektivet

Bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand -og energiforsyning, transport samt posttjeneste, implementerede som tidligere nævnt **forsyningsvirksomhedsdirektivet** i dansk ret. I bekendtgørelsen fastsættes, at flere af udbudslovens regler finder anvendelse ved udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, herunder eksempelvis udbudslovens § 148 om fælles europæisk udbudsdokument og udbudslovens § 160 om ordregivers pligt til at angive kriterier for tildelelse, beskrive evalueringsmetode mv. i udbudsmaterialet. Den netop omtalt § 147 i udbudsloven finder derimod ikke anvendelse ved udbud efter 2014 forsyningsvirksomhedsdirektivet. Der findes således ingen bestemmelse i dansk ret, der giver ordregiver hjemmel til at acceptere ændring af en prækvalificeret enhed ved udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Ravn Bane IVS henviser videre til 2014 forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 89 i sin argumentation for, at Banedanmark kan tillade afgivelse af tilbud fra den nye juridiske enhed.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 89 omhandler imidlertid ændringer efter kontraktindgåelse. Forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 89 svarer til 2014 udbudsdirektivets art. 72, som er implementeret i udbudslovens §§ 178-184. Som det fremgår af afsnit 2.2.1.1 er udbudslovens § 147 derimod en ren dansk regel, som ikke implementerer en bestemmelse fra udbudsdirektivet. Det er derfor ikke korrekt, når det anføres i mailen fra advokat Joachim Brøns, at forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 89 svarer til udbudslovens § 147.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 89, stk. 1, litra d, ii), åbner mulighed for, at en kontrakt kan overdrages til ny leverandør uden ny udbudsprocedure, såfremt den oprindelige leverandør eksempelvis er gået konkurs. Bestemmelsen er imidlertid ikke relevant i den konkrete situation, hvor ændringen sker før kontraktindgåelse, jf. i øvrigt også Klagenævnet for Udbud klare differentiering mellem perioden før og efter indgåelse af kontrakten i f.eks. delkendelse om opsættende virkning af 28. januar 2014, *MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark*. Der er således ingen holdepunkter i hverken forsyningsvirksomhedsdirektivet eller praksis for, at forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 89 giver hjemmel til, at Banedanmark kan acceptere, at Ravn Bane IVS afgiver tilbud i stedet for Ravn Bane ApS. Tværtimod viser praksis fra Klagenævnet for Udbud, at denne bestemmelse ikke finder anvendelse i perioden før kontraktindgåelse.

3. KONKLUSION

Ved vurdering af det rejste spørgsmål i denne sag finder 2004 forsyningsvirksomhedsdirektivet anvendelse. Udgangspunktet er her – som i udbudsloven – at der skal være identitet mellem den virksomhed, der prækvalificeres og den virksomhed, der afgiver tilbud.

2004 forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder ikke regler, der beskriver undtagelser fra dette udgangspunkt, der kunne tillade Banedanmark at acceptere ændringen. Der er heller ikke støtte for dette i praksis fra Klagenævnet for Udbud; tværtimod fremgår det af klagenævnets praksis, at Banedanmark i nærværende situation ikke er berettiget til at acceptere ændringen.

Det kan ikke ændre herved, at Banedanmark i en anden sag om en ændring i en sammenlutning af tilbudsgivere (Pihl sagen) har tilladt en ændring i et konsortium som følge af den ene konsortiedeltagers konkurs, og at Banedanmark har valgt at forfølge sit principielle synspunkt om lovligheden heraf ved EU-Domstolen. I tilknytning hertil er det også værd at bemærke, at Banedanmark siden den ovennævnte delkendelse fra januar 2014 har været tilbageholdene med at meddele accept af ændringer af en tilbudsgiver i de sager, som vi har rådgivet om. Der er således ikke tale om en anderledes tilgang til ændringen i denne sag, end Banedanmarks tilgang os bekendt har været i andre sager om ændring af tilbudsgivers identitet siden nævnets delkendelse.

Vores samlede vurdering er derfor, at Banedanmark ikke er berettiget til at acceptere, at Ravn Bane IVS afgiver tilbud i stedet for den prækvalificerede virksomhed, Ravn Bane ApS.

København, den 12. april 2016
Kammeradvokaten

v/Morten Wahl Liljenbøl
– Associeret partner, Advokat (H)