

---

# UDSKIFTNING AF STØTTEVIRKSOMHEDER

ANDREAS ESTRUP IPPOLITO – DANSK FORENING FOR UDBUDSRET



# OVERBLIK

- Klagenævnets kendelser i *Alstom Transport Danmark A/S mod DSB* og *ABB Power Grids Denmark mod Femern Bælt A/S* belyser, hvornår ordregiver er forpligtet til at kræve (acceptere) udskiftning af en støttevirksomhed
- Kendelserne fastlægger rækkevidden af den ”nye” bestemmelse om udskiftning, der blev indført med 2014-direktiverne
- Bestemmelsen begrænses tilsyneladende ikke af udbudslovens § 147, herunder kravet om, at forholdet, der giver anledning til udskiftningen, er uden for ansøgers/tilbudsgivers kontrol, eller af praksis vedrørende de gamle direktiver

## Relevante bestemmelser:

- Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit
- Udbudslovens §144, stk. 5 (udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, 2. afsnit)
  - Pålægger ordregiver, at ”... kræve, at den økonomiske aktør erstatter en enhed, der ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium, eller med hensyn til hvilken der foreligger udelukkelsesgrunde”





# CASERTANA-DOMMEN

- EU-Domstolens dom af 14. september 2017 i sag C-223/16, Casertana
- Udbud under det gamle udbudsdirektiv (2004/18/EF)
- Efter tilbudsafgivelse mistede en tilbudsgivers støttevirksomhed de kvalifikationer, som var krævet i udbuddet
- Domstolen fastslog følgende:
  - Det nye udbudsdirektivs artikel 63, stk. 1 (udbudslovens § 144, stk. 5) fandt ikke anvendelse.
    - *"... artikel 63 indebærer væsentlige ændringer hvad angår en økonomisk aktørs ret til at basere sig på andre enheders formåen..."*
  - En mulighed for at udskifte støtteenheden udgør en væsentlig ændring af sammenslutningens bud og selve dens identitet
    - *"En sådan ændring af buddet ville nemlig forpligte den ordregivende myndighed til at foretage nye kontroller, samtidig med at denne sammenslutning indrømmes en konkurrencefordel, hvilken sammenslutning kunne søge at forbedre sit bud med henblik på at imødegå sine konkurrenters bud i den pågældende udbudsprocedure."*

A person with glasses is looking at a laptop screen. The person is wearing a blue shirt and is holding a pencil. The laptop is on a wooden desk. The background is blurred, showing a window with light coming through.

**Kendelse af 18. januar 2019**  
***Alstom Transport Danmark A/S mod DSB***

# UDBUDET

- Køb af togsæt samt drift og vedligeholdelse mv. til en anslået værdi af 50 mia. kr.
- Udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet
- Ud af syv ansøgere (fem konditionsmæssige) blev fire ansøgere prækvalificeret til at deltage i udbuddet, heriblandt ALSTOM Transport Danmark A/S (klager)
- Klager havde i sin ansøgning om prækvalifikation angivet at basere sig på fire koncernforbundne virksomheder (støttevirksomheder)



# SAGENS GENSTAND

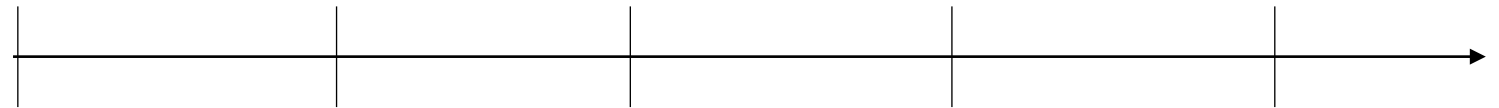
**24. oktober 2018:**  
DSB meddelte klager, at klager var blandt de fire prækvalificerede virksomheder. Ved samme brev blev klager anmodet om at fremsende dokumentation for opfyldelse af minimumskrav til økonomisk og finansiel formåen.

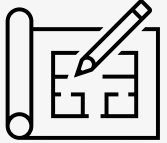
**I mellemtiden:**  
Alstom blev opmærksom på fejlen: I ESPD'et for "AT Holland" var angivet en gældsgrad på 0, da intern gæld ikke var medtaget i beregning – indebar at et krav til økonomisk og finansiell formåen ikke var opfyldt.

**09. november:**  
Alstom bad om tilladelse til erstatning af "AT Holland" .

**06. december:**  
DSB afslog at tillade udskiftning af "AT Holland" med "AT Holdings".

**12. december:**  
Alstom indgav klage til Klagenævnet for Udbud over DSBs beslutning/afslag

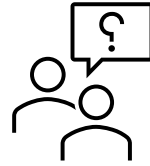




## OMDREJNINGSPUNKTET

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, fastslår, at ordregiver:

*”... skal kræve, at den økonomiske aktør udskifter en enhed, der ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium...”*



## TO OVERORDNEDE SPØRGSMÅL

Første spørgsmål:

- Finder artikel 79, stk. 2, 2. afsnit i forsyningsvirksomhedsdirektivet anvendelse på den konkrete situation?

Andet spørgsmål:

- Vil en udskiftning af en støtteenhed være i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet?

# KLAGENÆVNETS PRÆMISSER

## Første spørgsmål

*”Klagenævnet finder... at udtrykket ”en enhed, der ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium”, må forstås således, at den angår en situation, hvor det viser sig, at en støttende virksomhed (enhed) ikke (som forudsat i ansøgningen/tilbuddet) bidrager tilstrækkeligt til ansøgerens/tilbudsgiverens opfyldelse af det relevante udvælgelseskriterium.”*

*”Efter klagenævnets opfattelse indebærer bestemmelsen i relation til udvælgelseskriterier herefter, at ordregiveren har pligt til at anmode om udskiftning af en støttende virksomhed, såfremt ansøgeren eller tilbudsgiveren ellers ikke vil opfylde det udvælgelseskriterium, som den pågældende virksomhed er angivet at skulle understøtte ansøgerens/tilbudsgiverens opfyldelse af.”*

- Bestemmelsen gælder ikke kun, når støtteenheden ikke selv opfylder et mindstekrav stillet til støtteenheder – den er altså ikke møntet specifikt på støttevirksomheder (som ordregiveren havde argumenteret for og som er meningsfyldt ift. udelukkelsesgrunde), men på ansøger/tilbudsgiver
- Bestemmelsens anvendelsesområde er heller ikke begrænset til ændringer, der opstår efter afgivelsen af ESPD’et. Bestemmelsen finder således også anvendelse, når oplysninger i ESPD’et viser sig at være forkerte
- Bestemmelsen gælder såvel før som efter prækvalifikation (konkret var prækvalifikationsbeslutningen truffet)
- Bestemmelsen kan finde anvendelse, selvom det pågældende krav principielt også kunne være opfyldt ved udskiftning af en anden af støttevirksomhederne – i hvert fald når den manglende opfyldelse kan henføres til forkerte oplysninger vedrørende en bestemt støttevirksomhed




# KLAGENÆVNETS PRÆMISSER

## Andet spørgsmål

- En udskiftning af en støtteenhed i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, vil *ikke i sig selv være i strid med ligebehandlingsprincippet*
- Det er således en konkret vurdering, og i den forbindelse må det vurderes, om udskiftningen vil medføre *en forringelse af de øvrige ansøgere/tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling* (klagenævnet henviste til C-396/14 MT Højgaard og Züblin mod Bandedanmark)
- I forhold til de potentielle ansøgere / tilbudsgivere:
  - "... reglen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, fremgår af forsyningsvirksomhedsdirektivet ..."
  - Alle potentielle ansøgere / tilbudsgivere kunne tage højde herfor i forbindelse med overvejelser om deltagelse og ved udformning af ansøgning / tilbud
- I forhold til de øvrige tilbudsgivere?
  - Ikke i sig selv en forringelse af den konkurrencemæssige stilling, at antallet af tilbudsgivere ikke reduceres

DSB var herefter forpligtet til at tillade udskiftning, og klagenævnet annullerede derfor DSB's beslutning om at afslå udskiftningen



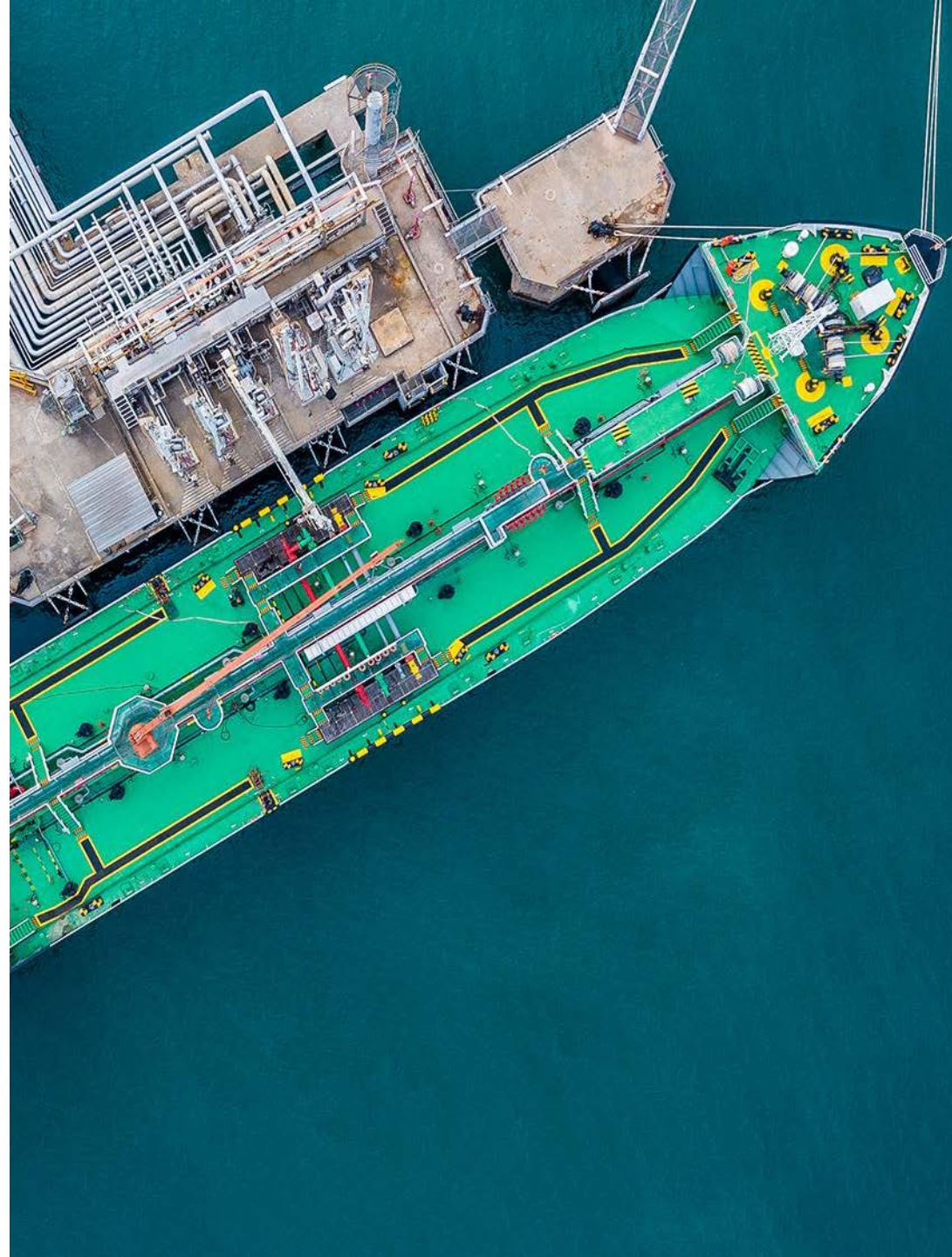
A person with glasses is looking at a laptop screen. The person is wearing a blue shirt. The laptop is on a wooden desk. The background is blurred.

**Delkendelse af 9. september 2021**

***ABB Power Grids Denmark A/S mod Femern Bælt A/S***

# UDBUDET

- Kendelsen vedrører et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet af en kontrakt vedrørende etablering af transformerstationer. Kontrakten er et led i etableringen af Femernforbindelsen
- Der var fastsat minimumskrav til ansøgernes økonomiske og finansielle formåen i form af krav til soliditetsgrad på minimum 20 % samt årlig omsætning på minimum EUR 100 mio. De økonomiske minimumskrav skulle opfyldes for hvert af ansøgerens tre seneste tilgængelige regnskabsår
- Klager (ABB) havde i sin ansøgning baseret sig på sit moderselskabs økonomiske og finansielle kapacitet
- Der fremgik af ABBs og moderselskabets ESPD'er, at minimumskravet til omsætning kun for **ét** ud af tre år var opfyldt. Femern afviste derfor ansøgningen



# SAGENS GENSTAND



**25. juni 2021:**  
Femern meddeler afslag på ABBs ansøgning

**2. juli 2021:**  
ABB opfordrer Femern til at genoverveje sin beslutning om ikke at prækvalificere virksomheden

**5. juli 2021:**  
Femern afslår ABBs anmodning af 2. juli 2021

**8. juli 2021:**  
ABB fremsender anmodning om, at Femern giver ABB mulighed for at udskifte støttevirksomheden med en anden, jf. FVD art. 79, stk. 2

**9. juli 2021:**  
Femern afviser udskiftning med henvisning til Alstom-kendelsen

**14. juli 2021:**  
Klagenævnet for Udbud modtager klage fra ABB med anmodning om, at klagen tillægges opsættende virkning

**16. juli 2021:**  
Femern giver ABB foreløbig adgang til udbudssystemet, indtil klagenævnet har afsagt kendelse i sagen

# PÅSTANDE

- **Påstand 1:** Femern burde ved bedømmelsen af ABBs opfyldelse af minimumskravene have taget hensyn til, at både ABB og moderselskabet blev etableret i 2018 og derfor ikke havde tre fulde regnskabsår tilgængelige på ansøgningstidspunktet
- Påstanden var støttet på udbudslovens § 154, stk. 2 (gyldig grund til ikke at fremlægge de dokumenter, ordregiveren forlanger) eller princippet heri
- **Påstand 2:** Femern burde have givet ABB mulighed for at udskifte moderselskabet med en anden støttevirksomhed, således at minimumskravene kunne opfyldes
- Påstanden var støttet på forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, og Alstom-kendelsen
- **Påstand 3** (subsidiær ift. påstand 1 og 2): Minimumskravene var i strid med de grundlæggende udbudsretlige principper
- Påstanden var bl.a. støttet på et synspunkt om, at det er i strid med udbudsreglerne at opstille minimumskrav, der alene kan opfyldes af virksomheder, der har bestået i tre fulde regnskabsår, uden at der er modifikationer af nogen art



# KLAGENÆVNETS PRÆMISSER

## AFVISNING AF ANSØGNINGEN (PÅSTAND 1)

- Udbudslovens § 154, stk. 2, finder *ikke direkte anvendelse* efter forsyningsvirksomhedsdirektivet
- Da klager alene opfyldte omsætningskravet for ét regnskabsår, var Femern *allerede derfor berettiget til at afvise* ansøgningen. Femern var ikke forpligtet til at foretage nærmere undersøgelser, da det var klart, at kravet ikke var opfyldt
- Hvis Femern havde foretaget en anderledes vurdering af minimumskravets opfyldelse eller vurderet opfyldelsen over en kortere periode, ville det have medført *en ændring af minimumskravet*, som ville være *i strid* med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet



# KLAGENÆVNETS PRÆMISSER

## UDSKIFTNING AF STØTTEVIRKSOMHEDEN (PÅSTAND 2)

- **Formålet** med bestemmelsen må antages at være at imødegå den risiko for tab af **transaktionsomkostninger** ved, at det først sent i udbuddet bliver konstateret, at en eller flere tilbudsgivere på grund af forhold ved en støttende virksomhed ikke opfylder kravene til egnethed og således ellers ville skulle udelukkes
- Udtrykket *"en enhed, der ikke opfylder et relevant udvælgelseskrITERIUM"* i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, angår en situation, hvor det viser sig, at **støttevirksomheden ikke som forudsat bidrager tilstrækkeligt** til ansøgerens opfyldelse af det relevante udvælgelseskrITERIUM
- Konkret måtte eller **burde** det **have stået ABB klart, at omsætningskravet ikke var opfyldt**, og ABB kunne på den baggrund ikke have haft en forudsætning om, at moderselskabet bidrog tilstrækkeligt til opfyldelsen af mindstekravet
- Femern var derfor ikke forpligtet til at give ABB mulighed for at udskifte moderselskabet



# KLAGENÆVNETS PRÆMISSER

## MINIMUMSKRAVENE (PÅSTAND 3)

- Det forhold, at ikke alle virksomheder kan opfylde økonomiske minimumskrav, medfører ikke i sig selv, at kravene er i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet. Ligebehandlingsprincippet stiller således **ikke krav om, at ethvert vilkår i udbudsmaterialet er konkurrenceneutralt** for alle ansøgere
- Femern havde under sagen nærmere redegjort for, hvorfor det var **nødvendigt at fastsætte de økonomiske nøgletal** for en periode på tre år tilbage i tid og havde henvist til kontraktens størrelse og betydning for etableringen af Femernforbindelsen – og **klagenævnet fandt ikke anledning til at tilsidesætte Femerns vurdering** af behovet for kapitalberedskab





# REFLEKSIONER



Ansøger skal have haft en **forudsætning om, at støtteenheden bidrog tilstrækkeligt** til opfyldelsen af minimumskravet. Giver bestemmelsen balance, men er det altid entydigt, hvornår det kan forudsættes, at støttevirksomheden bidrager tilstrækkeligt?



Skal det være muligt entydigt at **identificere dén støttende enhed**, der ikke bidrager tilstrækkeligt til opfyldelsen af kravet?



Nedjustering af et fastsat økonomisk minimumskrav **for nystartede virksomheder** kan medføre en (utilladelig) ændring. Efter praksis skal ordregiver samtidig være påpasselig med fra starten at lempe væsentligt på krav ift. nystartede virksomheder



Sammenholdes med bl.a. klagenævnets kendelse af 15. juli 2021, Fineman mod Region Hovedstaden, og klagenævnets kendelse af 28. juli 2016, UCPlus mod Esbjerg Kommune



# SPØRGSMÅL / KOMMENTARER?

Poul Schmith har indgået aftale med VISDA, som omfatter billederne i denne præsentation.

Præsentationen og de heri indeholdte billeder er udelukkende til intern brug for modtageren og må ikke viderespredes.