



Klage over manglende prækvalifikation tillagt opsættende virkning



Mikala Berg Dueholm
Partner



Trine Louise Larsen
Advokat

Sagens baggrund

Sagen, der vedrører klagenævnets kendelse af 7. april 2021, *Regionerne mod Babcock Scandinavian AirAmbulance AB*, angår regionernes udbud af en kontrakt om fire døgnbemandede helikopterberedskaber.

Da der er tale om en samfundskritisk ydelse, var det afgørende for regionerne, at leverandøren havde økonomisk styrke til at løfte opgaven i hele kontraktperioden, og det var derfor et krav, at ansøgeren "isoleret set" skulle opfylde de fastsatte mindstekrav til egenkapital og solvensgrad. Såfremt ansøgeren var afhængig af andre enheders økonomiske og finansielle kapacitet, skulle den støttende enhed forpligte sig til at give ansøgeren en kapitaltilførsel eller ansvarlig lånekapital, hvis ansøgeren blev tildelt kontrakten. Ansøgeren skulle i dette tilfælde indlevere en erklæring fra den støttende enhed sammen med ansøgningen.

Babcock Scandinavian AirAmbulance AB's ("Babcock") indleverede ansøgning om prækvalifikation og vedlagde i den forbindelse en erklæring fra sit moderselskab om, at dette ville tilføre Babcock kapital som påkrævet i udbudsmaterialet, hvis Babcock blev tildelt kontrakten. I sit ESPD havde Babcock ikke tilkendegivet, at man baserede sig på en støttende enhed, ligesom moderselskabet ikke havde indleveret særskilt ESPD, som det ellers er påkrævet for støttende enheder.

Regionerne afviste Babcocks ansøgning med den begrundelse, at Babcock ikke leverede op til de økonomiske mindstekrav, herunder at 1) moderselskabet ikke havde indleveret ESPD og 2) at den indleverede støtteerklæring ikke var juridisk bindende.

Babcock indleverede klage til Klagenævnet for Udbud og nedlagde påstand om, at afvisningen var uberettiget samt, at klagenævnet skulle tillægge klagen opsættende virkning.

Ifølge klagenævnets faste praksis, skal følgende tre betingelser være opfyldt, før en klage kan tillægges opsættende virkning:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*fumus boni juris*).
2. Opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klager (*uopsættelighed*).
3. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte (*interesseafvejning*).

Klagenævnets afgørelse

Klagenævnet fandt, at den indleverede støtteerklæring fra Babcocks moderselskab var juridisk bindende og forpligtede moderselskabet til at tilføre Babcock den nødvendige kapital eller at yde selskabet ansvarlig lånekapital som påkrævet i udbudsmaterialet, og at Babcock som følge heraf selv opfyldte de økonomiske mindstekrav. Babcock havde således ikke havde afgivet tilbud med en støttende enhed, og der var som følge heraf heller ikke pligt til at indlevere et særskilt ESPD for moderselskabet.

På den baggrund fandt klagenævnet efter en foreløbig vurdering, at der var udsigt til, at Babcock SAA ville få medhold i klagen, hvorfor betingelsen om *fumus boni juris* var opfyldt.

Idet Babcock ikke havde afgivet tilbud, vil Babcock ikke kunne kompenseres ved erstatning, og betingelsen om *uopsættelighed* var dermed også var opfyldt, idet opsættende virkning ville være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for Babcock.

Klagenævnet fandt også, at betingelsen om *interesseafvejning* var opfyldt, og tillagde således klagen opsættende virkning.

Babcock havde nedlagt påstand om, at regionerne ved at fastsætte krav om, at ansøger selv skulle opfylde de økonomiske mindstekrav havde overtrådt udbudslovens § 144, hvorefter ansøger og tilbudsgiver kan basere sig på en støttende enhed. I delkendelsen fik klagenævnet dog ikke lejlighed til at tage stilling til dette spørgsmål.

DLA Piper bemærker

Ganske ofte er det betingelsen om *uopsættelighed*, der medfører, at en klage ikke kan tillægges opsættende virkning. Da klager i denne sag ikke var blevet prækvalificeret, og dermed ikke havde afgivet tilbud, havde klager ikke udsigt til erstatning. Dette skyldes, at klager ikke ville kunne dokumentere, at klager ville have vundet kontrakten, og at klager ikke havde afholdt tilbudsomkostninger. Klager havde derfor hverken udsigt til positiv opfyldelsesinteresse eller negativ kontraktinteresse. *Fumus* betingelsen var opfyldt, idet der var udsigt til annullation af tildelingsbeslutningen.

Som angivet ovenfor, fik klagenævnet ikke anledning til at vurdere, hvorvidt regionernes angivelse om, at ansøger selv skulle være i besiddelse af den nødvendige økonomi, er i strid med udbudslovens § 144.

Ifølge § 144, stk. 1, kan en ansøger eller tilbudsgiver basere sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen eller tekniske og faglige formåen, jf. §§ 142 og 143, uanset den retlige karakter af forbindelserne mellem ansøgeren eller tilbudsgiveren og den eller de enheder, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på.

Det vil derfor være interessant, hvis klagenævnet i en endelig afgørelse får mulighed for at tage stilling til, om det er muligt som i nærværende sag reelt at afskære ansøgere og tilbudsgivere muligheden for at basere sig på støttende enheder.

Uanset at der utvivlsomt var tale om en samfundskritisk ydelse, hvor regionerne med rette ønskede den størst mulige sikkerhed for, at leverandøren kunne gennemføre kontrakten, kan der også stilles spørgsmål ved, om det fastsatte krav var nødvendigt, herunder om en sædvanlig støtteerklæring, hvorved den støttende enhed hæftede solidarisk for kontraktens opfyldelse, ikke ville have været tilstrækkelig.

Find klagenævnets kendelse [her](#).

Fagområder Udbud, Offentlig virksomhed

Sektorer Government Contracting
