



Ansøger berettiget til at udskifte en støttende enhed efter prækvalifikation



Mikala Berg Dueholm
Partner



Trine Louise Larsen
Attorney

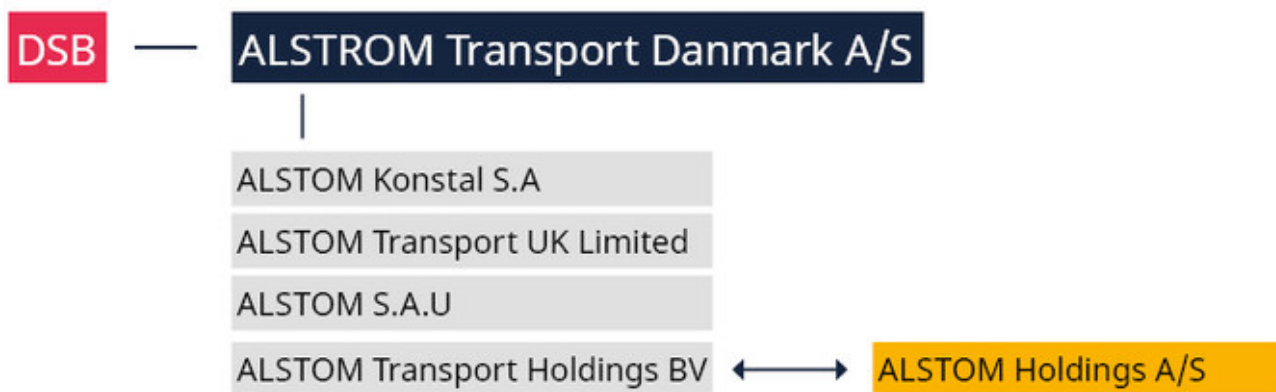
En prækvalificeret ansøger var med henvisning til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, berettiget til at udskifte en støttende enhed, da det viste sig, at der var fejl i dennes ESPD, hvilket medførte, at ansøgeren ikke opfyldte egnethedskravene.

Klagenævnet for Udbud afsagde den 18. januar 2019 kendelse i en sag mellem ALSTOM Transport Danmark A/S ("ALSTROM") og DSB vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt DSB havde overtrådt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, ved at have afslået ALSTOMs anmodning om at erstatte ALSTOM Transport Holdings BV, som Alstom havde baseret sin økonomiske og finansielle formåen på, for at opfylde de fastsatte minimumskrav til egnethed, med selskabet ALSTOM Holdings A/S.

Baggrunden for sagen var, at DSB 22. juni 2018 udbød en kontrakt om indkøb af "New Trains – Supply and Maintenance of Electronic Trainsets" som udbud med forhandling efter Forsyningsvirksomhedsdirektivet. ALSTOM blev sammen med tre andre ansøgere prækvalificeret til at afgive tilbud. I sin ansøgning om prækvalifikation havde ALSTOM angivet at basere sig på fire koncernforbunde selskabers finansielle og økonomiske formåen, herunder ALSTOM Transport Holdings BV.

I forbindelse med DSB's anmodning om dokumentation for opfyldelse af de fastsatte minimumskrav til økonomisk og finansiell formåen, blev ALSTOM opmærksom på, at der i ESPD'et for ALSTOM Transport Holdings BV var angivet en fejlagtig gældsgrad på 0, hvilket hvilede på, at intern gæld ikke var medtaget i beregningen. Såfremt intern gæld blev inddraget i beregningen ville den gennemsnitlige gældsgrad for ALSTOM og de fire støttende enheder ikke opfylde et af minimumskravene. Med henvisning til forsyningsvirksomhedsdirektivets

artikel 79, stk. 2, anmodede ALSTOM DSB om tilladelse til at erstatte ALSTOM Transport Holdings BV med sit moderskab ALSTOM Holdings A/S, hvilket ville medføre, at ALSTOM opfyldte samtlige minimumskrav. Dette afviste DSB med henvisning til, at der ikke var juridisk grundlag for at tillade en sådan erstatning.



ALSTOM indbragte DSB's afslag for Klagenævnet for Udbud med påstand om, at DSB havde overtrådt artikel 79, stk. 2, og/eller ligebehandlingsprincippet i artikel 36, stk. 1, i forsyningsvirksomhedsdirektivet ved at have truffet afgørelse om at afslå Alstoms anmodning. ALSTOM påstod, at DSB's afgørelse skulle annulleres.

Det fremgår af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, at en ordregivende enhed skal kræve, at en økonomisk aktør udskifter en enhed, der ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium, eller med hensyn til hvilken der foreligger obligatoriske udelukkelsesgrunde, som den ordregivende enhed har henvist til. Bestemmelsen er ny i forhold til det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv og er ikke tidligere anvendt i rets- eller klagenævnspraksis.

DSB påstod, at betingelserne for at anvende artikel 79, stk. 2, 2. afsnit ikke var opfyldt blandt andet med henvisning til, at 1) bestemmelsen efter sin ordlyd er møntet på den situation, hvor der er stillet minimumskrav til støttevirksomhedens (eller støttevirksomhedernes) formåen og ikke situationer som den foreliggende, hvor der alene var stillet minimumskrav til ansøgerens egnethed og, 2) bestemmelsen ikke finder anvendelse i en situation, hvor behovet for at anvende bestemmelsen alene skyldes en fejl fra ansøgerens side.

DSB gjorde endvidere gældende, at en udskiftning af ALSTOM Transport Holdings BV ville have udgjort en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, idet det fremgik af udbudsbetingelserne, at udskiftning af en enhed alene kunne ske, hvis udskiftningen var forårsaget af forhold uden for ansøgerens kontrol.

Klagenævnet for Udbuds afgørelse og begrundelse

Klagenævnet vurderede indledningsvis, om forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, finder anvendelse i den foreliggende situation.

Klagenævnet fandt, 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 enhed ikke som forudsat, bidrager tilstrækkeligt til ansøgerens/tilbudsgiverens opfyldelse af det relevante krav. Efter klagenævnets opfattelse indebærer bestemmelsen dermed, at ordregiver har pligt til at anmode om udskiftning af en støttende enhed, såfremt ansøgeren eller tilbudsgiveren ellers ikke ville opfylde det krav, som den pågældende enhed skulle understøtte opfyldelsen af.

For så vidt angår DSB's påstand om, at bestemmelsen ikke finder anvendelse i den foreliggende situation, hvor prækvalifikationen var foretaget på grundlag af oplysninger i de frem-sendte ESPD'er, og hvor det efterfølgende viste sig, at oplysningerne var forkerte, anførte klagenævnet, at der ikke er grundlag for at fastslå, at bestemmelsen ikke skulle finde anvendelse på oprindelige mangler ved oplysninger i ESPD'et, men kun skulle finde anvendelse på ændringer, der er opstået efter afgivelsen af ESPD'et. Bestemmelsen indeholder således ikke et krav om, at den kun finder anvendelse i forhold til ændringer, der er opstået efter afgivelsen af ESPD'et.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt udskiftningen kunne ske inden for rammerne af ligebehandlingsprincippet udtalte klagenævnet, at udskiftning af en støttende enhed kun kan ske i overensstemmelse med de grundlæggende udbudsretlige principper, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Ifølge klagenævnet må det dog med bestemmelsen anses for forudsat, at en udskiftning ikke i sig selv vil være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Klagenævnet

fandt ikke, at ligebehandlingsprincippet konkret var til hinder for at tillade udskiftning af ALSTOM Transport Holdings BV. I forlængelse heraf udtalte klagenævnet, at ordregiver ikke kan begrænse sine forpligtelser i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet ved at regulere de samme forhold anderledes i udbudsbetingelserne.

Klagenævnet for Udbud annullerede på denne baggrund DSB's beslutning om ikke at tillade en udskiftning af den støttende enhed.

DLA Piper bemærker

Kendelsen er principiel, da den fastlægger rækkevidden af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, som er en nyskabelse i forhold til tidligere udbudsdirektiver. Artikel 79, stk. 2, genfindes i udbudslovens § 144, stk. 5 (som implementer udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, 2. afsnit). Kendelsen har derfor også betydning for fortolkningen af udbudslovens § 144, stk. 5. Klagenævnets fortolkning af artikel 79, stk. 2, svarer dog i det væsentligste til den forståelse, der er angivet i bemærkningerne til udbudslovens § 144, stk. 5.

Det fremgår både af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, og udbudslovens § 144, stk. 5, at ordregiver "skal" kræve en enhed, som ikke opfylder et relevant minimumskrav, erstattet. Det vil sige, at ordregiver ikke har ret til uden videre at udelukke ansøgeren, når en støttende enhed ikke opfylder et minimumskrav eller er omfattet af en udelukkelsesgrund. Ordregiver skal derimod fastsætte en passende frist for ansøgeren til at udskifte den støttende enhed. Bestemmelsen finder anvendelse i situationer, hvor en støttende enhed ikke opfylder et relevant minimumskrav til egnethed eller er omfattet af en udelukkelsesgrund.

Hvis det først efter udvælgelsen konstateres, at en støttende enhed ikke opfylder et minimumskrav til egnethed eller er omfattet af en udelukkelsesgrund, kan der alene ske udskiftning, hvis det vurderes, at erstatningen ikke kan have haft betydning for udvælgelsen. Den nye støttende enhed må således ikke have en formåen, som ville have medført, at ansøgeren ikke var blevet prækvalificeret, hvis enheden havde været en del af den oprindelige ansøgning. Dette skal sikre, at prækvalifikationsbeslutningen ikke ændres.