

K E N D E L S E

Icomera AB
(advokat Mikkel Taanum og
cand.merc.jur. Peter Dann Jørgensen, København)

mod

DSB
(advokat Jeppe Lefevre Olsen, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 069-153800 af 6. april 2018 udbød DSB som et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2014/25/EU, jf. bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 om implementering af direktivet i dansk ret), en kontrakt vedrørende etablering af trådløst internet i størstedelen af de danske tog og i svenske tog, der kører på strækningen mellem Danmark og Sverige. Kontraktens varighed er seks år med mulighed for forlængelse i tre gange et år og i ekstraordinære tilfælde i yderligere to år.

Klagenævnet har den 1. juni 2018 modtaget en klage fra Icomera AB.

Icomera AB har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, jf. klagenævnslovens § 12, stk. 1.

Klagenævnet har besluttet at afgøre sagen materielt, uden at der i den forbindelse træffes afgørelse vedrørende spørgsmålet om opsættende virkning.

Icomera AB har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at DSB har overtrådt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og/eller implementeringsbekendtgørelsens § 11, jf. udbudslovens § 148, og § 152, stk. 2, ved – uden at være berettiget hertil – at afvise Icomera ABs prækvalifikationsanmodning.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at DSB har overtrådt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 76, jf. artikel 78, ved at efterspørge en støtterklæring i form af et udfyldt kontraktbilag, da dette ikke er egnet til at være en del af udvælgelsen.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere DSB's prækvalifikationsbeslutning, jf. klagenævnenslovens § 13, stk. 1, nr. 2.

Påstand 4

Klagenævnet skal påbyde DSB at lovliggøre sin prækvalifikationsbeslutning, jf. klagenævnenslovens § 13, stk. 1, nr. 3.

DSB har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Den omhandlede kontrakt er tidligere udbudt af DSB, bl.a. ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 088-172973, men er genudbudt, idet DSB's tildelingsbeslutning under det tidligere udbud blev annulleret ved klagenævnets kendelse af 26. januar 2018, Icomera AB mod DSB.

I udbudsbekendtgørelsen i det foreliggende udbud var fastsat, at DSB i forbindelse med prækvalifikationen ville udvælge op til fem ansøgere til at afgive tilbud. Det var endvidere faststat, at ansøgerne skulle opfylde en række mindstekrav, herunder økonomiske mindstekrav.

Den 15. maj 2018 skrev DSB til Icomera AB, at virksomheden ikke levede op til de økonomiske mindstekrav, hvorfor DSB afviste Icomera ABs prækvalifikationsansøgning.

I udbudsbekendtgørelsen står der bl.a.:

”Del II: Genstand

...

II.2.7) Varighed af kontrakten, rammeaftalen eller det dynamiske indkøbssystem

Varighed i måneder: 72

Denne kontrakt kan forlænges: ja

Beskrivelse af forlængelser:

The Contract can be prolonged 3 times with a duration of each 1 year (12) months + 12 months + 12 months). In addition, DSB can in the event of extraordinary circumstances which prevents DSB from appropriately transitioning, extend the contract for a further period not exceeding 24 months in aggregate.

...

Del III: Juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger

...

III.1.2) Økonomisk og finansiell kapacitet

Liste over og kort beskrivelse af udvælgelseskriterier:

The applicant is required to show that the applicant is financially robust and thus able to undertake the contract. For this purpose, the applicant must submit a complete version of the European Single Procurement Document (ESPD), including Part IV, section B, which shall contain information considering the turnover and the financial ratios described below. If the applicant submits an application for prequalification relying on other entities' capacity, DSB requires a declaration of support and a separate ESPD from (each of) such entity/entities. DSB has prepared some guidelines in a Prequalification Letter, which can be found together with the Tender Material. DSB stresses that the Pre-qualification Letter is to be considered as guideline (only) and if there are any discrepancies with this contract notice (and any upcoming amendments to this) the contract notice/amendment applies. Naturally, DSB urges the applicants/entities to raise relevant questions in this respect.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves:

1. It is a minimum requirement that the applicant has a yearly turnover of at least 75 000 000 DKK calculated as an average on the basis of the general turnover for the last 3 approved accounting years.
2. It is a minimum requirement that the applicant has a profit ratio of at least 2,5 % - calculated by dividing Net Result (Bottom Line) with Turnover (Net Result/Turnover)*100. The profit ratio is calculated as an average over the last three (3) approved accounting years.
3. It is a minimum requirement that the applicant has a solvency ratio of at least 20 % - calculated by dividing equity with total assets (equi-

ty/total assets)*100. The solvency ratio is calculated as an average over the last 3 approved accounting years.

...

III.1.8) Retlig form, som kræves af den sammenslutning af økonomiske aktører, ordren tildeles

... If an application of pre-qualification submitted is relying on other entity's capacities (either financial or technical capacity) such relying entities are also required to undertake joint and several liabilities. DSB refers to the declarations prepared as a part of the tender material.

...”

I prækvalifikationsbrevet (”Prequalification Letter”) står bl.a.:

”3. Prequalification

The following constitute the full prequalification documents:

- Contract Notice as published in TED (and any amendments or Q/A’s hereto)
- Prequalification Letter (this document)
- eESPD in electronic format (xml file), to be completed by applicant for prequalification
- Consortium Declaration, if the applicant wishes to enter the process as a part of a consortium
- Support Declaration, if the applicant wishes to rely on the capacities of other entities

...

4. Information about the applicant - ESPD Part II

...

4.2 The Applicant Relies on the Capacities of Other Entities

...

The applicant may rely on the capacity of other entities (e.g. a parent or sister company or a subcontractor) regardless of the legal nature of the relation between the applicant and such other entities. If this is the case the applicant must provide evidence that it will have at its full disposal the resources required to perform the contract, for example by producing an undertaking or other documentation of the legal obligation of those entities to place the necessary resources at its disposal in the term of the contract. Failing this, DSB will not be able to take into account the capacity of other entities. DSB has made a template for a declaration of support to that effect which applicants are encouraged to use.”

I udbudsbetingelserne ("Tender Conditions") står bl.a.:

"11. Handling of Offers

...

If the contract is awarded to a joint group of economic operators (a consortium), the participants of the consortium must assume joint and several liabilities and appoint a representative of the consortium. The same apply if the contract is awarded to an entity, which was prequalified based on other entities capacities."

I udkast til kontrakt ("Master Agreement") står bl.a.:

"48. Limitations on Liability

48.1 Service Provider shall be liable to DSB for all direct Losses arising out of or relating to the performance or non-performance of Service Provider's obligations under the Agreement in accordance with the general principles of Danish Law, except as provided under this Clause 48.

48.2 Subject to Clause 48.3, for each consecutive twelve (12) Months starting on the Effective Date the Service Provider's liability to DSB under or in connection with the Agreement shall be limited to [twenty five million] (25,000,000) Danish kroner (the "Service Provider Liability Cap") and DSB's liability towards Service Provider shall be limited to [ten million] (10,000,000) Danish kroner (the "DSB Liability Cap"), in respect of DSB excluding the liability to pay Charges to Service Provider for Services received.

48.3 Nothing in the Agreement excludes or limits Service Provider's liability:

- a) under or in respect of the indemnities as set out in Clause 37 towards DSB;
- b) for product liability arising under applicable law;
- c) for fraud, theft, fraudulent or negligent misrepresentation by it or its employees or willful misconduct;
- d) for gross negligence or intent; and/or

- e) to the extent any applicable Law precludes or prohibits any exclusion or limitation of liability, including in respect of bodily injury

...

53.1 Continuity of Services

53.1 In the event of extraordinary circumstances that DSB could not reasonably have foreseen and which prevents DSB from appropriately transitioning to a Replacement Service Provider or to itself assuming the provision of services similar to the Services, DSB may, irrespective of an expiry or termination of this Agreement (for whatever reason), and against monthly payment of the Charges applicable as at the End Date for the comprised Services, extend this Agreement for a period not exceeding twenty-four (24) Months in aggregate by giving Service Provider written notice hereof, provided that such notice shall be served as soon as possible but no later than ninety (90) Days prior to the commencement of the extended period. In the event of such extension, DSB shall additionally compensate Service Provider for documented extraordinary cost due to increase of Service Provider's cost base as a result of the short notice provided by DSB.”

I blanket til støtteerklæring (“Declaration of Support”) står bl.a.:

”We, the undersigned, hereby further declare that we will be jointly and severally liable - directly and unconditionally - to DSB SOV for any obligation in relation to the proposition made in this declaration, whether in respect of economic and financial support or technical and professional support.”

I forbindelse med prækvalifikationsprocessen stillede Icomera AB følgende spørgsmål:

“DSB has made a template for a declaration of financial support which applicants are encouraged to use. Our intension is to insert validity date as 2027-09-01 into the template (end contract date). Additional a reference to Clause 48.2 for the yearly liability in the Master Agreement will be added. Could DSB please confirm this will not lead to disqualification.”

Hertil svarede DSB:

“DSB cannot in general confirm that changes to e.g. Appendix E.2 will not lead to disqualification and stresses that the risk of providing suffi-

cient documentation when relying on other entities' capacity lies with the company submitting an application for prequalification. DSB refers to Danish case law, which clearly stresses this responsibility.”

Icomera AB vedlagde i forbindelse med sin ansøgning om prækvalifikation en støtteerklæring (”Declaration of Support”) dateret 4. maj 2018, som Icomera ABs franske søsterselskab, Engie Energie Services S.A, havde afgivet. I denne erklæring var der tilføjet et afsnit, der ikke fremgik af den blanket til støtteerklæring (”Declaration of Support”), som DSB havde udarbejdet til brug for prækvalifikationsprocessen, og som DSB opfordrede ansøgerne til at bruge. Afsnittet, der var tilføjet, lød:

”Under the present Declaration of Support ENGIE ENERGIE SERVICES’ liability shall not exceed ICOMERA Liability under the DSB Passenger Wi-Fi Solution Onboard Rolling Stock (“the Project”) as stated in articles 48 and 49 of the DSB’s Master Agreement and in no case shall exceed twenty-five millions (25,000,000) Danish Kroner [3,355,000 €] for each consecutive twelve (12) Months starting on the Effective Date.

and

it shall enter into force upon award of the Project to Icomera and shall expire when Icomera shall have complied its obligation under the Project and no later than nine (9) years from the Effective Date.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1 og 2

Icomera AB har til støtte for påstand 1 gjort gældende, at DSB ikke var berettiget til at anmode om erklæringen, før der var modtaget ansøgninger. Som følge heraf var DSB heller ikke berettiget til at afvise Icomera AB’s tilbud med henvisning til mangler i den vedlagte støtteerklæring.

Icomera AB har nærmere anført, at sagen drejer sig om, hvorvidt DSB har været berettiget til at anmode om dokumentation for indholdet af oplysningerne i det indleverede ESPD for Icomeras støttende søsterselskab. Efter udbudslovens § 148 skal DSB kræve, at ansøgere benytter et ESPD som foreløbig dokumentation for at opfylde minimumskravene til egnethed. Efter udbudslovens § 155, stk. 1, er den klare hovedregel endvidere, at der ikke kan anmodes om anden (foreløbig) dokumentation end ESPD’et. En støtteerklæring er at sidestille med anden dokumentation, hvorfor denne doku-

mentation som udgangspunkt alene kan kræves af den vindende tilbudsgiver og de enheder, som den vindende tilbudsgiver støtter sig på, jf. § 151, stk. 1.

I det foreliggende tilfælde skulle Icomera AB alene udfylde ESPD del II C om, at virksomheden støtter sig på en anden enhed, og samtidig skulle den støttende enhed, Icomera AB's søsterselskab, fremsende sit eget ESPD med dette selskabs relevante dele som foreløbigt bevis for, at man vil støtte Icomera AB. Dette er sket. Når DSB som her – uden lovlig grund – beder om fremsendelse af dokumentation i form af støtteerklæringer allerede inden udvælgelsen af de bedst egnede ansøgere, kan DSB ikke lægge vægt på, om en ansøgning medsendes en sådan erklæring, og der kan som det mindre i det mere heller ikke lægges vægt på, om denne er udfyldt i en særlig skabelon. Dette må så meget desto mere gælde, når DSB de facto ikke har krævet eller stillet mindstekrav om brugen af denne skabelon eller af en særlig ordlyd.

Undtagelsen i udbudslovens § 151, stk. 2, som DSB påberåber sig, fastsætter, at ”Ordregiveren kan på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremlægger dokumentation som nævnt i § 152, jf. dog stk. 3 og 5, når dette er nødvendigt for, at proceduren gennemføres korrekt. I disse situationer skal ordregiveren fastsætte en passende tidsfrist for ansøgeren eller tilbudsgiveren til at fremlægge dokumentationen”.

Icomera AB bestrider ikke, at det er DSB's skøn, hvorvidt denne undtagelse finder anvendelse, men DSB misforstår, hvornår man er en ansøger eller tilbudsgiver. For at blive betragtet som ansøger, kræver det, at man har indleveret en ansøgning, og tilsvarende er man først tilbudsgiver, når man har indleveret et tilbud. Ordregiveren ved ikke, hvad der skal fremlægges dokumentation for, før man kender indholdet i ansøgningen (i et ESPD) eller i tilbuddet. Indtil en ansøgning er afleveret, er man potentiel ansøger. At anmode en ansøger om at fremlægge dokumentation indenfor en passende tidsfrist kræver naturligvis, at der på det tidspunkt rent faktisk er indleveret nogle oplysninger, der skal dokumenteres. Ellers er der ikke et tidspunkt at regne en passende tidsfrist fra, således som bestemmelsen kræver, ligesom der ikke er nogen oplysninger at dokumentere. DSB var ikke berettiget til at anmode om erklæringen, før der var modtaget ansøgninger.

Icomera AB har endvidere anført, at skabelonen i DSB's prækvalifikationsbrev ("Prequalification Letter") er et dokument, som ansøgere alene blev opfordret til at bruge. Prækvalifikationsbrevet og dermed ønsker og krav heri er i følge udbudsbekendtgørelsens Del III.1.2 udelukkende at betragte som en "guideline".

Icomera AB's manglende opfyldelse af en opfordring til at bruge en særlig skabelon, som er i et dokument, som efter udbudsbekendtgørelsens ordlyd alene skal anses som en retningslinje, i en situation, hvor den ønskede fremgangsmåde i øvrigt som klart udgangspunkt udgør en overtrædelse af udbudsreglerne, hverken berettiger eller forpligter DSB til at udelukke Icomera AB fra udbuddet. Dette gør sig så meget desto mere gældende, når DSB direkte adspurgt om brugen af skabelonen undlader at tage stilling til spørgsmålet, selvom den konkrete ændring hertil var beskrevet i udbuddet, jf. spørgsmålet stillet af Icomera AB.

Icomera AB har til støtte for påstand 2 gjort gældende, at DSB i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet har sammenblandet økonomiske minimumskrav til brug for udvælgelsen og kriterierne for tildeling af kontrakten.

Icomera AB har nærmere anført, at de økonomiske minimumskrav i forbindelse med udvælgelsen, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen, består af tre økonomiske nøgletal. Det er ubestridt af DSB, at disse er opfyldt ved, at Icomera AB støtter sig på søsterselskabet.

Når DSB har afvist Icomera AB's ansøgning med henvisning til, at støtteerklæring ("Declaration of Support") fra Icomera AB's søsterselskab dokumenterer, at den efterspurgte støtte ikke vil være til stede under hele kontrakten, blander DSB udvælgelsen under prækvalifikationen sammen med evalueringen af modtagne tilbud i forbindelse med tildelingen af kontrakten.

Den efterspurgte støtteerklæring er et kontraktbilag (benævnt "Master Agreement Appendix E2"), da den vedrører, dels at den økonomiske støtte vil være til stede under hele kontrakten, og dels at man påtager sig en solidarisk hæftelse under kontrakten. Et sådant krav er ikke egnet til at være en del af udvælgelsen.

Den efterspurgte erklæring skal efter det, DSB har anført, dække over flere forhold, nemlig at de efterspurgte ressourcer er til rådighed 1) ved indleveringen af ansøgningen (og før), 2) fra man er blevet prækvalificeret og frem til indlevering af tilbuddet samt 3) under kontrakten, og 4) at der hæftes solidarisk under kontrakten. En erklæring om 3) og 4) er overflødig, da dette allerede fremgår som et minimumskrav under kontrakten i både udbudsbekendtgørelsen og i udbudsmaterialet. Når DSB således lader dette være afgørende for, at DSB ser bort fra søsterselskabets økonomiske nøgletal ved vurderingen af, om de økonomiske mindstekrav er opfyldt, er dette en sammenblanding af udvælgelsen og kontrakttildelingen.

Det, der gør det særligt problematisk at aflevere erklæringen, der skal dække punkt 3) og 4), er, at på tidspunktet for afgivelsen af erklæringen (før man er blevet prækvalificeret), er materialet ikke analyseret. Der er ikke regnet på et tilbud, og der er faktisk endnu ikke truffet en beslutning om, hvorvidt der skal indleveres et tilbud. At afgive en støtteerklæring med det efterspurgte indhold på dette meget tidlige tidspunkt er derfor meget byrdefuldt (og unødvendigt, da punkt 3) og 4) er minimumskrav til tilbuddet). Når man senere i processen, som prækvalificeret ansøger, har gennemanalyseret materialet og udregnet et tilbud samt truffet beslutning, om der skal afgives tilbud, er det derimod en naturlig del af beslutningen at afgive erklæringen, der rækker ind i en tilbudsafgivelse.

Det, DSB har anført om, at der i andre udbud er anmodet om mere eller mindre enslydende erklæringer, har ingen relevans for den konkrete sag. Ligeledes har det ikke relevans, hvad der blev indleveret i det nu aflyste udbud navnlig henset til, at Icomera i dette tidligere udbud var fast underleverandør (og potentiel ansøger) og ikke selvstændig ansøger.

DSB har til støtte for påstand 1 – 2 gjort gældende at have været berettiget til at afvise anmodningen om prækvalifikation fra Icomera AB og til at stille krav om aflevering af en støtteerklæring som sket for at kunne foretage en vurdering af de fastsatte, økonomiske mindstekrav til egnetheden.

DSB har nærmere anført, at formålet med en støtteerklæring ville forspildes, hvis ikke støtteerklæringen vedlægges allerede i forbindelse med en ansøgning om prækvalifikation. En støtteerklæring er således en forpligtende tilkendegivelse fra en støttende enhed til en ansøgende enhed og/eller den ordregivende enhed om, at enheden stiller sin kapacitet og formåen til

rådighed i det konkrete udbud. Baggrunden er, at ansøgeren enten ikke selv kan eller ikke i tilstrækkelig grad kan opfylde de fastsatte krav og kriterier.

DSB har fastsat tre økonomiske mindstekrav, der skulle opfyldes for overhovedet at være en egnet deltager i udbuddet. Icomera AB opfylder ikke selvstændigt disse mindstekrav. For at kunne komme i betragtning som en egnet deltager, ville Icomera AB således være forpligtet til at kunne vise ”noget mere”, hvilket Icomera AB har forsøgt at gøre ved at inddrage den økonomiske kapacitet fra sit koncernforbundne søsterselskab, Engie Energy Services S.A.

En støtteerklæring skal sikre, at ansøgeren – i dette tilfælde Icomera AB – vurderes på samme vilkår som en ansøgende enhed, der selvstændigt kan opfylde de fastlagte egnethedskrav. Dette kan kun sikres, hvis det dokumenteres, at den støttende enheds økonomiske formåen/kapacitet rent faktisk også er til rådighed i udbuddet. Allerede derfor har det været berettiget – men konkret også skønnet nødvendigt – at stille krav om støtteerklæringens vedlæggelse i forbindelse med ansøgningen om prækvalifikation.

DSB har således også været berettiget til både at anmode om støtteerklæringen og til at afvise ansøgningen fra Icomera AB, idet Icomera AB ikke opfyldte de fastlagte økonomiske mindstekrav selvstændigt, og idet DSB som følge af udformningen af støtteerklæringen fra Engie Energy Services S.A. måtte konkludere, at dennes økonomiske kapacitet og formåen ikke var dokumenteret at være stillet til rådighed på de vilkår, der har været fastsat i forbindelse med udbuddet.

DSB har i medfør af implementeringsbekendtgørelsens § 11 anmodet om ESPD fra ansøgerne og de enheder, som ansøgerne baserer deres økonomiske og finansielle formåen eller tekniske og faglige formåen på i henhold til § 144, jf. udbudslovens § 148. Efter udbudslovens § 151, stk. 2, er det muligt for DSB på et hvilket som helst tidspunkt i udbudsproceduren at anmode om dokumentation, så længe ”dette er nødvendigt for, at proceduren gennemføres korrekt”.

Udbudslovens § 151, stk. 2, gør undtagelse til udgangspunktet i lovens § 151, stk. 1, om, at ESPD altid er tilstrækkeligt som foreløbig dokumentation. DSB har vurderet, at det i det konkrete udbud med forhandling var nødvendigt at få fremsendt dokumentationen for tredjemands eventuelle tilrå-

dighedsstillelse af kapacitet som dokumentation for opfyldelse af de fastsatte egnethedskrav. DSB har alene – under hensyntagen til almindelige proportionalitetsbetragtninger – anmodet om vedlæggelse af en støtteerklæring enten på en allerede udarbejdet skabelon eller på en selvstændigt udarbejdet erklæring. DSB har ikke anmodet om dokumentation herudover. Det er op til ordregiveren at afgøre, om det er nødvendigt at indhente sådan dokumentation, jf. udbudslovens § 151, stk. 2.

Det er således muligt både at anmode ansøgerne om at indlevere et ESPD og at anmode om, at ESPD'et suppleres med alle eller en del af de supplerende dokumenter, hvis ordregiveren skønner det nødvendigt for at sikre, at proceduren gennemføres korrekt. Det følger ligeledes af lovforarbejderne til udbudslovens § 151, stk. 2, at det kan være relevant at kræve fremlæggelse af dokumentation i procedurer med forudgående prækvalifikation.

Herudover har DSB konkret skønnet, at der netop i det foreliggende udbud – hvor DSB har gjort brug af muligheden for at begrænse antallet af ansøgere ved først at opstille økonomiske mindstekrav til egnethed og dernæst ved en udvælgelse blandt flere egnede ansøgere – har været et specifikt behov for at sikre, at de valgte ansøgere kunne efterleve de økonomiske mindstekrav og dermed ikke uberettiget måtte optage en plads på bekostning af en anden ansøger. DSB's konkrete skøn for behovet for en støtteerklæring støttes herudover af det generelle hensyn til og formål med støtteerklæringer.

Behovet for den efterspurgte dokumentation er relateret til opfyldelse af de fastsatte egnethedskrav omkring økonomi samt det forhold, at det (netop) er en anden enhed end ansøgeren selv, der skal "bære" ansøgningen igennem. Dermed er der også ud fra almindelige proportionalitetsbetragtninger tale om et relevant krav, herunder også henset til, at DSB havde forberedt et udkast til en skabelon, som deltagerne frit kunne vælge at benytte sig af, ligesom deltagerne kunne anvende deres egne skabeloner.

Eftersom DSB i udbudsmaterialet – herunder i udbudsbekendtgørelsen og prækvalifikationsbrevet ("Prequalification Letter") – havde fastsat, at prækvalifikationsansøgerne skulle vedlægge dokumentation for brugen af støttende enheder, har DSB også været forpligtet til at håndhæve dette og vurdere den indkomne dokumentation i forbindelse med udvælgelsen. Som korrekt anført af Icomera AB havde DSB i udbudsmaterialet vedlagt et udkast til støtteerklæring "Declaration of Support", som ansøgere, der ønskede

at basere sig på andre enheders formåen, kunne anvende. DSB har imidlertid ikke opereret med ”skabelontvang” som antydnet af Icomera AB.

DSB havde gjort det klart for ansøgerne, at den af DSB vedlagte skabelon til en støtteerklæring (”Declaration of Support”) blot var et udkast, som DSB opfordrede ansøgerne til at bruge, men at deltagerne også kunne anvende anden dokumentation som bevis for disse enheders retlige forpligtelse til at stille de nødvendige ressourcer til rådighed i kontraktens løbetid.

Den vedlagte støtteerklæring afgivet af Engie Energy Services S.A. tog udgangspunkt i DSBs skabelon, men erklæringen ændrede på markant vis ordlyden ved indsættelse af yderligere afsnit, der udgjorde et forbehold over for den kapacitet, som Engie Energy Services S.A. faktisk skulle stille til rådighed, herunder i form af både beløbsmæssige begrænsninger i forhold til ansvar og erstatningssummer og i forhold til støttens tidsmæssige udstrækning.

Det afgørende for DSB’s vurdering som led i prækvalifikationsansøgningen har derfor været, om Engie Energy Services S.A. ved den afgivne støtteerklæring har forpligtet sig på en sådan måde, at virksomheden stillede sin økonomiske kapacitet til rådighed for Icomera AB og for DSB, således at ”Team-Icomera” samlet set opfyldte det fastsatte mindstekrav til økonomisk og finansiel egnethed, herunder at de to aktører hæftede solidarisk for økonomiske forhold afledt af kontraktens forpligtelser. Mindstekravet ville alene være opfyldt, hvis den økonomiske kapacitet hos Engie Energy Services S.A. faktisk dokumenteredes at være til rådighed, herunder at kapaciteten var stillet til rådighed som led i det solidariske ansvar, der følger af udbudsmaterialets vilkår.

Det yderligere afsnit, som Engie Energy Services S.A. indsatte i erklæringen, er et forbehold for, at kapaciteten stilles til rådighed over for det ubegrænsede ansvar i kontrakten (”Master Agreement”), herunder dennes punkt 48.3, og dermed også indholdet og udstrækningen af det solidariske ansvar. Herudover begrænser det indsatte afsnit den forudsatte tidsmæssige tilrådighedsstillelse, der er krævet i udbudsmaterialet, herunder punkt 53.1 i kontrakten samt Del II.2.7 i udbudsbekendtgørelsen, hvorefter DSB i ekstraordinære tilfælde har mulighed for at forlænge kontrakten med yderligere to år (ud over kontraktens løbetid, som kan være op til ni år). Støtteerklæringen fra Engie Energy Services S.A. tager dermed forbehold for og be-

grænser kapacitetens rådighed for så vidt angår de sidste (ekstraordinære) to år, som kontrakten kan forlænges med, idet Engie Energy Services S.A. har begrænset sit ansvar til senest ni år efter "Effective Date", som er datoen for, hvornår kontrakten skal træde i kraft.

Ad påstand 3 og 4

Icomera AB har gjort gældende, at DSB har overtrådt udbudsreglerne, og at DSB kan træffe en lovlige beslutning ved at foretage en fornyet vurdering af ansøgerne.

DSB har gjort gældende, at udbudsreglerne ikke er overtrådt.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Udbudslovens § 152, stk. 2

Udbudslovens § 152, stk. 2, som påstand 1 henviser til, er ikke ved implementeringsbekendtgørelsen (bkg. nr. 1624 af 15 december 2015) blevet gjort anvendelig på udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Denne del af påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Kravet om aflevering af ESPD og støtteerklæring

I udbudsbekendtgørelsen var fastsat, at DSB i forbindelse med prækvalifikationen ville udvælge op til fem ansøgere. En ansøger skulle for enheder, som ansøgeren baserede sin egnethed på, indlevere et separat ESPD, ligesom der var fastsat en bestemmelse om solidarisk ansvar: "If an application of pre-qualification submitted is relying on other entity's capacities (either financial or technical capacity), such relying entities are also required to undertake joint and several liabilities". En tilsvarende bestemmelse var fastsat i udbudsbetingelsernes ("Tender Conditions") punkt 11.

Ifølge punkt 4.2 i prækvalifikationsbrevet ("Prequalification Letter") skulle en ansøger, der baserede sin egnethed på andre enheder "provide evidence that it will have at its full disposal the resources required to perform the contract, for example by producing an undertaking or other documentation of the legal obligation of those entities to place the necessary resources at its disposal in the term of the contract". Endvidere hed det, at "Failing this,

DSB will not be able to take into account the capacity of other entities. DSB has made a template for a declaration of support to that effect which applicants are encouraged to use". Ved støtteerklæringen, der således indgik i udbudsbetingelserne, kunne den støttende enhed ifølge den fortrykte tekst erklære at være "jointly and severally liable - directly and unconditionally - to DSB SOV for any obligation in relation to the proposition made in this declaration".

Udbuddet med forhandling var en gentagelse af et tidligere, annulleret udbud, hvor der alene havde deltaget 7 virksomheder. DSB havde et sagligt hensyn til at sikre, at proceduren, hvori indgik prækvalifikation, kunne gennemføres med de ansøgere, der var i stand til at fremlægge dokumentation for støtte. Støtteerklæringen kunne nemt afgives ved at udfylde en kortfattet blanket, der indgik i udbudsbetingelserne. De deltagende virksomheder, der støttede sig på andre enheder, kunne således uden nævneværdigt besvær indhente støtteerklæringen samtidig med, at de sikrede sig nødvendig støtte fra en anden enhed, sådan som det også skete. En støtteerklæring var endvidere alene forpligtende med henblik på den situation, at ansøgeren blev tildelt kontrakten. Pligten til at medsende støtteerklæringen var på gennemsigtig måde fastsat i udbudsbekendtgørelsen, og kravet om supplerende dokumentation angik alene støtte fra andre enheder.

Klagenævnet finder på denne baggrund, at et hensyn til at undgå at belaste deltagende virksomheder unødigt med administrative byrder – i form af krav om at fremsende dokumentation for støtte samtidig med et ESPD – ikke under det omhandlede udbud har haft nogen væsentlig betydning, og der er ikke grundlag for at tilsidesætte DSB's vurdering, hvorefter det var nødvendigt at indhente den supplerende dokumentation som sket.

Afvisningen af Icomera AB's ansøgning

Det lægges til grund, at DSB's afvisning af Icomera AB's tilbud ikke skete med den begrundelse, at Icomera AB på det formelle plan ikke uden afvisninger havde anvendt den særlige blanket, der indgik i udbudsbetingelserne, og som kunne anvendes af støttende enheder. Afvisningen skete derimod på grund af det materielle indhold i den støtteerklæring, der blev afgivet af enheden, som Icomera AB støttede sig på.

Den afgivne erklæring må utvivlsomt forstås som indeholdende en begrænsning i den hæftelse, som den støttende enhed Engie Energi Services

S.A. havde påtaget sig i forhold til de forpligtelser, som det i udbudsbetingelserne var forudsat, at tilbudsgiverne skulle påtage sig. Dette gælder både med hensyn til forpligtelsernes omfang og deres tidsmæssige udstrækning. Dette må også antages netop at have været formålet med den formulering, som den støttende enhed havde anført i den afgivne støtteerklæring ("Declaration of Support").

I erklæringen hedder det, at "Under the present Declaration of Support ENGIE ENERGIE SERVICES' liability shall not exceed ICOMERA Liability under ... ("the Project") as stated in articles 48 and 49 of the DSB's Master Agreement and in no case shall exceed twenty-five millions ... for each consecutive twelve (12) Months ...". Erklæringen indeholder således – i strid med bestemmelsen i kontraktens ("Master Agreement") punkt 48.3, hvorefter erstatningsansvaret er ubegrænset – en klar økonomisk begrænsning. Hertil kommer, at erklæringens tidsmæssige udstrækning var begrænset til 9 år, hvorimod den udbudte kontrakt gav mulighed for en løbetid – og dermed et ansvar – i op til 11 år.

Da Icomera AB ikke selv kunne opfylde de økonomiske mindstekrav, og da støtteerklæringen fra søsterselskabet indeholdt væsentlige begrænsninger i den påtagne hæftelse, kunne DSB ikke prækvalificere Icomera AB.

Der er efter det, der er anført ovenfor, ikke grundlag for at konstatere, at DSB har overtrådt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og/eller implementeringsbekendtgørelsens § 11, jf. udbudslovens § 148, hvorved også bemærkes, at § 11 ikke er klart formuleret med hensyn til anvendelse af § 148.

Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Spørgsmålet om sammenblanding af udvælgelse og tildeling

De økonomiske mindstekrav og kravet om dokumentation for støtte fra andre enheder angik udelukkende virksomhedernes egnethed og ikke spørgsmålet om evalueringen af tilbuddene med henblik på tildeling af kontrakten.

Påstand 2 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3 – 4

Disse påstande tages på den anførte baggrund heller ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Icomera AB skal i sagsomkostninger til DSB betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Jeanne Schou
chefkonsulent