

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor nævnets endelige afgørelse.

#### K E N D E L S E

(Visse oplysninger i kendelsen er på klagers begæring ikke offentliggjort)

ABB Power Grids Denmark A/S  
(advokat Jesper Fabricius, Hellerup)

mod

Femern Bælt A/S  
(advokat Kristian Hartlev og  
advokat Christian Clausen, København)

Klagenævnet har den 14. juli 2021 modtaget en klage fra ABB Power Grids Denmark A/S ("ABB Power Grids").

ABB Power Grids har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Femern Bælt A/S ("Femern") har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 8, svarskrift med bilag A - D, replik og duplik.

Klagens indhold:

Klageskriftet og replikken indeholder følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Femern har overtrådt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og artikel 80 ved at have afslået ABB Power Grids' ansøgning om deltagelse i Femerns "Tender for the Tunnel Power Supply contract for the Fehmarnbelt Fixed Link" med den begrundelse, at ABB Power Grids ikke sammen med den støttende enhed Hitachi ABB Power Grids Ltd. opfyldte minimumskravene til økonomisk og finansiel kapacitet, idet Femern burde have taget hensyn til de særlige omstændigheder, der knyttede sig til de seneste tre aflagte officielle regnskaber for Hitachi ABB Power Grids Ltd., subsidiært burde have foretaget nærmere undersøgelser af, om minimumskravene eller krav, der svarede hertil, var opfyldt.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Femern har overtrådt artikel 79, stk. 2, og artikel 36, stk. 1, i forsyningsvirksomhedsdirektivet ved at have afslået ABB Power Grids' ansøgning om deltagelse i Femerns "Tender for the Tunnel Power Supply contract for the Fehmarnbelt Fixed Link" med den begrundelse, at ABB Power Grids' støttende enhed Hitachi ABB Power Grids Ltd. ikke opfyldte minimumskravene til økonomisk og finansiel kapacitet, idet Femern skulle have givet ABB Power Grids mulighed for at udskifte Hitachi ABB Power Grids Ltd. med en anden støttende enhed, således at de anførte minimumskrav kunne opfyldes.

Påstand 3 (subsidiær til påstand 1 og 2)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Femern har overtrådt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og artikel 80 ved i udbudsbekendtgørelsen at have fastsat følgende minimumskrav:

- As a minimum requirement, an equity to total assets ratio is required of at least 20 % in each of the three latest annual reports/financial statements available at the time limit for submitting requests for participation, cf. section IV.2.2).
- As a minimum requirement, a total annual turnover of at least EUR 100 million is required in each of the three latest annual reports/financial statements available at the time limit for submitting requests for participation, cf. section IV.2.2).

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere Femerns beslutning af 25. juni 2021 om at prækvalificere Bravida-Efacec-GE-Consortium, Elecnor S.A. og Siemens-Aarsleff og afvise ABB Power Grids' ansøgning om prækvalifikation.

Påstand 5 (betinget af påstand 3)

Såfremt der gives helt eller delvis medhold i påstand 3, skal Klagenævnet for Udbud annullere Femerns udbudsforretning 2021/S 074-189721 "Tender for the Tunnel Power Supply contract for the Fehmarnbelt Fixed Link".

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

Andre oplysninger i sagen:

Femern har til opgave at planlægge, bygge og drive den faste forbindelse mellem Danmark og Tyskland over Femern Bælt. Femern er en del af Sund & Bælt Holding A/S, som ejes 100 pct. af den danske stat v/Transportministeriet.

Etableringen af Femernforbindelsen er opdelt på udbud af en række forskellige kontrakter, hvoraf de væsentligste ifølge Femern udgøres af følgende:

1. TDR: "Tunnel Dredging and Reclamation contract"
2. TUN: "Tunnel North contract"
3. TUS: "Tunnel South contract"
4. TPR: "Tunnel Portals and Ramps contract"
5. TEM: "Tunnel Electrical and Mechanical contract"
6. TPS: "Tunnel Power Systems contract"
7. TES: "Tunnel Electronic Train Control contract"
8. TTC: "Tunnel Track works and Catenary contract"
9. TTS: "Tunnel Toll System contract"

Femern har oplyst, at selve tunnelelementerne udgøres af udbuddene nr. 2 og 3, som er gennemført og afsluttet, og at anlægsarbejderne i henhold til disse kontrakter også er påbegyndt. Det samme er tilfældet for kontrakterne nr. 1 og 4. Udbud nr. 5 er igangværende, og det udbud, som denne sag vedrører, er udbud nr. 6 (TPS). Udbud nr. 7, 8 og 9 igangsættes i løbet af et par år.

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 074-189721 af 12. april 2021, som blev offentliggjort den 16. april 2021, udbød Femern kontrakten vedrørende

etablering af en transformerstation på den danske side bestående af transformere til brug for strømforsyningen til henholdsvis tunnelens elektriske installationer og jernbanen. Udbuddet omfattede desuden drift og vedligeholdelse af transformerstationen i en periode på 5 år efter etableringen. Udbuddet blev gennemført som udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvor Femern ville prækvalificere fire deltagere. Den anslåede samlede værdi var oplyst til 70.000.000 euro, og kontrakten havde en varighed på 125 måneder. Fristen for ansøgning om at blive prækvalificeret var den 17. maj 2021.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår blandt andet følgende:

”II.1.4) Short description:

The Fehmarnbelt Fixed Link Project is the final stage in the realisation of a straight traffic corridor between Scandinavia and continental Europe. It will be an immersed tunnel containing two dual carriageways and a twin-track railway traversing the 19 km distance across the Fehmarnbelt between Rødbyhavn on the island of Lolland in Denmark and Puttgarden on the island of Fehmarn in northern Germany (incl. approx. 6 km on the landside). Femern A/S requires design, procurement and building/installation, testing and commissioning and maintenance of a substation. This will be located near Rødbyhavn on Lolland. Energinet will design and construct the connection with the grid to provide the 132 kV primary system (including switchgear, housings and bus bars) under a separate contract. The Tunnel Power Supply (TPS) contract relates to the design, construction and maintenance of the substation and the ancillary works. This should be achieved while observing Femern A/S' CSR policies.

...

II.2.4) Description of the procurement:

The TPS Contractor will be required to design, manufacture and build/install the power substation (\*design and build contract) to provide

(a) railway traction power (\*traction power supply); and

(b) power supply to the Tunnel and its ancillary facilities.

Further the TPS contractor is envisaged to provide maintenance (\*maintenance) of the substation for a period of 5 years (coinciding with the defects notification period in the TPS contract).

...

- II.2.9) Information about the limits on the number of candidates to be invited  
Envisaged number of candidates: 4

...

Section III: Legal, economic, financial and technical information

III.1) Conditions for participation

III.1.2) Economic and financial standing

List and brief description of selection criteria:

The candidate must submit the European Single Procurement Document ('ESPD') with the following information:

The candidate's equity ratio in each of the three latest financial years available.

The candidate's total annual turnover in each of the three latest financial years available.

If the candidate relies on the economic and financial capacity of other entities in relation to the fulfilment of minimum requirements, see below, the entities in question will be required to issue a financial guarantee in favour of the contracting entity covering any financial claims against the contractor in relation to the performance of the contract. See Tender Specifications paragraph 3.2 for further on the securities required.

...

The ESPD serves as provisional documentation that the candidate fulfils the minimum suitability requirements in respect of economic and financial capacity.

Before the award decision is made, the tenderer to whom the contracting entity intends to award the contract must submit documentation that the information stated in the ESPD is accurate.

....

Where an operator relies on the economic and financial capacity of other entities (e.g. a parent company, a sister company or a subcontractor), it will further be necessary to submit a letter of commitment from each supporting entity based on the template provided in the tender specifications, appendix C.

Minimum level(s) of standards possibly required:

As a minimum requirement, an equity to total assets ratio is required of at least 20 % in each of the three latest annual reports/financial statements available at the time limit for submitting requests for participation, cf. section IV.2.2).

The equity to total assets ratio is calculated as the operator's total equity divided by the operator's total assets (both as interpreted by the IFRS), calculated as a percentage. The equity to total assets ratio is thus calculated as (total equity/total assets) x 100 = equity to total assets ratio. If the candidate relies on the financial

capacities of other entities, the equity to total assets ratio is calculated as the total equity of the candidate and such other entities divided by their total assets, calculated as a percentage. For groups of operators (e.g. a consortium), the equity to total assets ratio is calculated as the total equity of the operators divided by their total assets, calculated as a percentage. The information is to be stated in section IV.B of the ESPD.

As a minimum requirement, a total annual turnover of at least EUR 100 million is required in each of the three latest annual reports/financial statements available at the time limit for submitting requests for participation, cf. section IV.2.2).

If the candidate relies on the financial capacities of other entities, the turnover is to be calculated as the total turnover of the candidate and such other entities in each of the three latest annual reports/financial statements available (naturally taking into account any consolidated financial accounts such that any turnover, etc., is not counted twice). For groups of operators (e.g. a consortium), the turnover is calculated as the total turnover of the operators in each of the three latest annual reports/financial statements available. The information is to be stated in section IV.B of the ESPD.

...”

Inden for fristen for ansøgning om prækvalifikation modtog Femern ansøgninger fra fem ansøgere, herunder ABB Power Grids. I forbindelse med anmodningen fremsendte ABB Power Grids sit ESPD, hvori virksomheden blandt andet havde anført, at virksomheden blev etableret i 2018, og at der derfor ikke forelå tilgængelige årsregnskaber for de seneste 3 år. Af ABB Power Grids ESPD fremgår i øvrigt blandt andet følgende:

”B: Economic and financial standing

Article 58(3) of Directive 2014/24/EU sets out the following selection criteria

General yearly turnover

Its general yearly turnover for the number of financial years required in the relevant notice, the procurement documents or the ESPD is as follows:

Amount	Currency	Start date	End date
171,909,000.00	DKK	12/09/2018	31/12/2019

...

Financial ratio

Concerning the financial ratios specified in the relevant notice, the procurement documents or the ESPD, the economic operator declares that the actual values for the required ratios are as follows:

Ratio:	Description:
19.00 ...	Asset ratio 2019

ABB Power Grids anførte i ESPD'en, at selskabet støttede sig på sit moderselskab, Hitachi ABB Power Grids Ltd. ("Hitachi ABB") vedrørende økonomisk og finansiell kapacitet. Af Hitachi ABBs ESPD fremgår bl.a. følgende:

"B: Economic and financial standing  
Article 58(3) of Directive 2014/24/EU sets out the following selection criteria

#### General yearly turnover

Its general yearly turnover for the number of financial years required in the relevant notice, the procurement documents or the ESPD is as follows:

Amount	Currency	Start date	End date
████	CHF	01/09/2018	31/12/2018
████████████████	CHF	01/01/2019	31/12/2019
████████████████	CHF	01/01/2020	30/06/2020
...			

#### Financial ratio

Concerning the financial ratios specified in the relevant notice, the procurement documents or the ESPD, the economic operator declares that the actual values for the required ratios are as follows:

Ratio:	Description:
████	Asset ratio 2018
████	Asset ratio 2019
████	Asset ratio 2020
...	

Hitachi ABB Power Grids Ltd supports ABB Power Grids Denmark A/S on economic and financial capacity. The ABB Group announced on December 17, 2018, that it intended to divest its Power Grids business to Hitachi Ltd. Hitachi ABB Power Grids Ltd was founded in 2018 for the purpose of acting as an acquisition vehicle and holding company of the Power Grids business. Hitachi ABB Power Grids Ltd's 2019 revenue derived from, among other things, management fees and intragroup invoices and operations. The sales transaction of the Power Grids business was successfully completed as planned on July 1, 2020. There has been only one full year (12 months') financial statement for the applicant the past 3 years due to the timing of taking over the Power Grids business and activities and due to a reorganization of the fiscal year of the company resulting in a fiscal year of only 6 months in 2020 (January 1st 2020-June 30th 2020). It is therefore reasonable and relevant to base the economic and financial capacity of Hitachi ABB Power Grids Ltd on the financial statement of 2019, according to section 154 (2) of the Danish Public Procurement Act.

...”

Ved brev af 25. juni 2021 meddelte Femern, at selskabet afviste ABB Power Grids' anmodning om deltagelse. Af brevet fremgår blandt andet følgende:

”Unfortunately, the Candidate is not among the candidates which were prequalified.

The Contracting Entity has made the decision in accordance with the Contract Notice. In particular, the Contracting Entity has considered whether;

- the candidates meet the financial suitability criteria, cf. Contract Notice section 111.1.2);

...

Financial suitability criteria

Following an assessment of the received ESPDs it can be concluded that the Candidate does not meet the financial suitability criteria as further detailed below.

As a minimum requirement, a total annual turnover of at least EUR 100 million is required in each of the three latest annual reports/financial statements available at the time limit for submitting requests for participation, cf. section IV.2.2 of the Contract Notice.



The total annual turnover of the Candidate and its supporting entity (Hitachi ABB Power Grids Ltd), as stated in the ESPDs, is only above EUR 100 million in one of the three latest years (2019). The total annual turnover in each of the other two years (2018 and 2020) is below EUR 100 million.

Hence, the above minimum requirement is not fulfilled.

As a minimum requirement, an equity to total assets ratio is required of at least 20 % in each of the three latest annual reports/financial statements available at the time limit for submitting requests for participation, cf. section IV.2.2 of the Contract Notice.

The Candidate did not provide information on assets and equity. Rather, the Candidate and its supporting entity (Hitachi ABB Power Grids Ltd) provided an individual ratio for each year. Further, the numbers are stated as “asset ratio” rather than “equity ratio” bringing into question whether in fact the ratio reflects the requested information. Further, even if the ratios are “equity ratio”, the Candidate has stated an “Asset ratio 2019” of “19.00”. From this it is unclear whether the Candidate - with the supporting entity - meets the above minimum requirement. However, given that the Candidate does not meet the minimum turnover requirement (as explained above), no further investigations were made in this regard.  
 ...”

Femern oplyste samtidig i brevet, at Bravida-Efacec-GE-Consortium, ELEC-NOR S.A. og Siemens-Aarsleff var blevet prækvalificeret.

Den 2. juli 2021 opfordrede ABB Power Grids Femern til at genoverveje sin beslutning om ikke at prækvalificere virksomheden, hvilket Femern afslog ved brev af 5. juli 2021. ABB Power Grids fremsendte herefter den 8. juli 2021 anmodning om, at Femern gav ABB Power Grids mulighed for at udskifte den støttende enhed med en anden med henvisning til forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 79, stk. 2. I anmodningen står blandt andet følgende:

“In your letter and your decision of June 25<sup>th</sup>, 2021, you state that HAPG does not meet the criteria for financial suitability as you have refused to take into account the special circumstances following from the fact that Hitachi ABB Power Grids Ltd. has only taken over its current business in July 2020.

We do not agree with your decision, neither as regards the criterion on minimum turnover nor as regards the criterion on the minimum equity to assets ratio.

However, as you have made a decision that Hitachi ABB Power Grids Ltd. does not meet the relevant selection criteria, it follows from article 79 (2) second paragraph of Directive 2014/25/EU that you should have required HAPG to replace the supporting entity which does not meet the relevant financial criterion. The Danish Complaints Board for Public Procurement clarified in its decision of 18 January 2019, *Alstom Transport Danmark A/S vs. DSB*, that the obligation on the contracting authority according to article 79 (2) is general in nature and applies regardless of whether the non-fulfilment of a selection criterion appears from the information in the ESPD or only appears later in the documentation phase.

On that basis, HAPG hereby kindly request you to make as soon as possible a new decision in which you give HAPG the possibility of replacing its supporting financial entity with another supporting financial entity.”

Den 9. juli 2021 sendte Femern følgende svar til ABB Power Grids:

”...

In the above-mentioned letter you note that “(the Contracting Entity) ha(s) refused to take into account the special circumstances following from the fact that Hitachi Abb Power Grids Ltd. has only taken over its current business in July 2020”. The Contracting Entity notes that there is no matter of choice involved in this as indicated by the wording “refused”. The Contracting Entity does not see any basis for accommodating for the fact that the Candidate has applied for prequalification knowing it did not have the necessary economic and financial capacity and relying on being prequalified based on different requirements than set out by the Contracting Entity.

Your disagreement with the decision not to prequalify the Candidate is noted. You then note that given that the Candidate did not meet the selection criteria (i.e. the minimum suitability requirements) and had a supporting entity the Contracting Entity should have required the Candidate to replace the supporting entity in compliance with Article 79 (2) second paragraph of Directive 2014/25/EU.

The Contracting Entity notes that it considers it is neither required nor entitled to require that the Candidate replaces the supporting entity.

In the ruling from 18 January 2019, *Alstom Transport Danmark A/S v DSB*, the Danish Complaints Board for Public Procurement (“the Board”) notes that the purpose of this Article must be to avoid risk of loss of transactional costs by avoiding that it is only recognised late in the procurement process that the supporting entity in fact did not meet the relevant selection criteria. The Board goes on to note that the Article

should be understood to apply in a situation where the supporting entity does not contribute sufficiently (as presumed) to the fulfilment of the selection criteria.

The latter was the case in the matter brought before the Board. From the ESPD's provided Alstom together with the supporting entities fulfilled the selection criteria. However, an error in the ESPD of a supporting entity was identified by Alstom in the case resulting in that tenderer as a whole no longer fulfilling the selection criteria. In other words in that case the supporting entity did not contribute sufficiently as presumed in the application.

That is not similar to the present situation. In the present situation the Candidate has submitted an application for prequalification knowing it did not have the sufficient economical and financial standing to meet the selection criteria (i.e. the minimum suitability requirement). Rather, the Candidate relied on the Contracting Entity to apply a different minimum suitability requirement due to the circumstances that the Candidate is in. As such the Candidate never presumed (or could reasonably have done so) that the supporting entity did in fact meet the minimum suitability requirement. It was possible *prima facie* to identify from the ESPD from both the Candidate and the supporting entity that it did not meet the relevant minimum suitability requirement.

The Article does not apply in such a situation. The purpose of the Article as identified by the Board is not at risk; there is no risk that the Candidate would proceed on spending effort on the procurement process in the disillusion that the supporting entity (as presumed) contributed sufficiently to the fulfilment of the minimum suitability requirement. There never was such a presumption; such a disillusion. On the contrary if applicants could provide applications with a supporting entity that *prima facie* does not meet the defined minimum suitability requirement and rely on being able to replace a supporting entity after the deadline for applications; such a situation would increase the transactional costs of procurement processes.

In conclusion, the Contracting Entity considers that the existing decision is made on a correct and lawful basis.

...”

Den 16. juli 2021 gav Femern ABB Power Grids foreløbig adgang til udbudssystemet, indtil klagenævnet har afsagt kendelse i sagen. I samme forbindelse har Femern opfordret ABB Power Grids til at deltage i det videre forløb af udbudsprocessen på et foreløbigt grundlag.

ABB Power Grids har under sagen blandt andet oplyst følgende om etableringen af Hitachi ABB og ABB Power Grids:

”Hitachi ABB Power Grids er etableret ved en sammenlægning af en del af Hitachis aktiviteter inden for digitale energi-teknologier med ABB's aktiviteter inden for eltransmissionsnet m.v. Hitachi ABB Power Grids ejes med ca. 80% af Hitachi, Japan, og ca. 20% af ABB. Aftalen mellem Hitachi og ABB om etablering af den fælles enhed blev oprindeligt indgået i 2018 men dels på grund af krav om myndighedsgodkendelser af fusionen i en række lande, dels på grund af kompleksiteten i at gennemføre en udskillelse af dele af ABB's virksomhed og sammenlægningen med Hitachis aktiviteter samtidigt i en række lande verden over, var det nye Hitachi ABB Power Grids først klar til operativ drift fra 1. juli 2020.

Hitachi ABB Power Grids-koncernen har hovedsæde i Schweiz, hvor moderselskabet Hitachi ABB Power Grids Ltd. er hjemmehørende. Koncernen har datterselskaber i en række lande, herunder datterselskabet ABB Power Grids Denmark A/S i Danmark.

Moderselskabet Hitachi ABB Power Grids Ltd blev oprindeligt etableret som et tomt selskab med henblik på at overtage datterselskaberne i de forskellige lande i forbindelse med deres erhvervelse af dele af virksomheder fra Hitachi og ABB. I selskabets første regnskabsperiode, som kun var på tre måneder fra 1/9-2018 til 31/12-2018, havde selskabet således [REDACTED]. Selskabets anden regnskabsperiode omfattede perioden 1/1-2019 til 31/12-2019. Selskabet havde i denne periode fortsat ikke overtaget alle datterselskabsaktiviteterne fra den nye enhed, idet denne overtagelse som ovenfor anført først skete 1. juli 2020. Moderselskabet havde dog en omsætning i 2019 på [REDACTED] CHF, svarende til godt [REDACTED] mio. EUR, fra administrationsbidrag og koncerninterne faktureringer m.v.

Moderselskabets tredje regnskabsperiode omfattede med henblik på tilpasning af årsregnskabsperioderne kun en 6 måneders periode fra 1/1-2020 til 30/6-2020. I denne periode havde moderselskabet en omsætning på [REDACTED] CHF, svarende til godt [REDACTED] mio. EUR, ligeledes fra administrationsbidrag og koncerninterne faktureringer m.v.

Klager, selskabet ABB Power Grids Denmark A/S, blev etableret i efteråret 2018 som et hvilende selskab uden aktivitet. Selskabet trådte først i aktivitet 1/11-2019, hvor det fik tilført ABB's danske Power Grid-aktiviteter, hvorefter aktierne i selskabet blev overdraget til Hitachi ABB Power Grid Ltd. med virkning fra 1. juli 2020.”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

ABB Power Grids har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-5, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Femern har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-5, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har ABB Power Grids gjort gældende, at udbudsdirektivets artikel 60 og udbudslovens § 154, stk. 2, er udtryk for et generelt udbudsretligt princip, og at det således følger af artikel 36, stk. 1, i forsyningsvirksomhedsdirektivet, at Femern ved bedømmelsen af, om en ansøger har overholdt de fastsatte minimumskrav, er såvel berettiget som forpligtet til at tage hensyn til den forskellige faktiske og retlige situation, som ansøgerne befinder sig i.

Det følger af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, at ordregiveren kan anvende de udvælgelseskriterier, som er angivet i udbudsdirektivets artikel 58, på de vilkår og betingelser, som er fastsat deri. De minimumskrav, som Femern har fastsat, er fastsat på en sådan måde, at der i samme krav er indeholdt dels et krav til den økonomiske og finansielle kapacitet (equity to total asset ratio og total annual turnover), dels et krav til hvordan dette skal dokumenteres – nemlig i henhold til ”the three latest annual reports/financial statements available at the time limit for submitting requests for participation”.

Hvis et krav om, at en ansøger i henhold til de seneste tre årsregnskaber/regnskaber, som foreligger på ansøgningstidspunktet, skal overholde bestemte krav til omsætning og soliditet, fortolkes formalistisk og bogstaveligt, indebærer det en forskelsbehandling mellem på den ene side økonomiske aktører, som har ejet og drevet deres virksomhed i samme selskab gennem de seneste tre regnskabsår, og på den anden side økonomiske aktører, som har overtaget en virksomhed inden for de seneste tre år, også selvom den overtagne virksomhed måtte have bestået i tre år eller mere. En sådan forskelsbehandling er ikke sagligt begrundet og modvirker fusioner, virksomhedsoverdragelser og omstruktureringer i EU, hvilket EU-retten ellers tilsigter at fremme, og

kravet er derfor i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

På tilsvarende måde vil en formalistisk og bogstavelig fortolkning af ordet ”regnskab” indebære en forskelsbehandling mellem på den ene side økonomiske aktører, hvis seneste tre årsregnskaber/regnskaber omfatter tre fulde regnskabsperioder af hver 12 måneders varighed, og på den anden side økonomiske aktører hvis seneste tre årsregnskaber/regnskaber omfatter et eller flere regnskaber, der omfatter kortere regnskabsperioder end 12 måneder. En sådan forskelsbehandling, der ikke tager hensyn til, at det på grund af overholdelse af regnskabsmæssige regler kan være nødvendigt i forbindelse med omlægning af regnskabsår at have kortere regnskabsperioder end 12 måneder (f.eks. i forbindelse med fusioner, virksomhedsoverdragelser og omstruktureringer i EU som ovenfor nævnt), er ikke sagligt begrundet og er derfor i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Femerns krav vil være meget sværere at leve op til for en ansøger, hvis et eller flere af den pågældendes seneste regnskaber omfatter en kortere regnskabsperiode end 12 måneder, end for en ansøger, hvis seneste tre regnskaber omfatter tre 12 måneders regnskabsperioder. En sådan forskelsbehandling, der er uden forbindelse til ansøgernes egnethed som ansøgere, er ikke sagligt begrundet.

Femern har endvidere i udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.2) beskrevet kravet som et krav om ”total annual turnover”, og Femern kan dermed ikke stille krav om, at ABB Power Grids omsætning for en 6 måneders regnskabsperiode skal leve op til et krav, der materielt angår et krav om ”annual turnover”. Derfor måtte Femern enten anvende sit krav forholdsmæssigt, således at kravet for en 6 måneders regnskabsperiode svarer til halvdelen af det stillede krav om ”annual turnover”, eller Femern måtte have formuleret sit krav anderledes eller have accepteret anden dokumentation for, at et tilsvarende krav var opfyldt.

Da en formalistisk og bogstavelig fortolkning af Femerns krav vil indebære en forskelsbehandling i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, har Femern således været berettiget og forpligtet til ved fortolkningen af minimumskravene at tage hensyn til den forskellige faktiske og retlige situation, som ansøgerne befinder sig i, jf. herved også princippet i udbudsdirektivets artikel 60, der er implementeret ved udbudslovens § 154,

stk. 2. Heraf følger, at såfremt en ansøger eller tilbudsgiver af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge den krævede dokumentation for økonomisk og finansiell kapacitet, kan ”en ansøger eller en tilbudsgiver ... godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som ordregiveren vurderer passende”.

Udbudslovens § 154, stk. 2, er direkte gældende på forsyningsvirksomhedsdirektivets område. Bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester henviser således i § 11, stk. 1, til udbudslovens § 148. Udbudslovens § 148, stk. 1, nr. 2), henviser til ”de minimumskrav til egnethed, der er fastsat i henhold til § 140”, og udbudslovens § 140, stk. 1, nr. 2), henviser til de krav til egnethed vedrørende økonomisk og finansiell formåen, som fremgår af udbudslovens § 142, som i stk. 1 henviser til udbudslovens § 154. § 154, stk. 2, må som følge heraf anses at være direkte gældende på forsyningsvirksomhedsdirektivets område.

Det er korrekt, at der ikke i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80 er henvist til udbudsdirektivets artikel 60. Artikel 60 handler dog først og fremmest om noget andet end ordregiverens forpligtelse til at acceptere andre former for dokumentation end den krævede. Ordregiverens forpligtelse til at acceptere andre former for dokumentation findes i artikel 60, stk. 3, 2. pkt., mens alle andre dele af artikel 60 angår andre forhold. Der er ikke anledning til at tro, at EU-lovgiver ved den manglende henvisning i artikel 80 i forsyningsvirksomhedsdirektivet til artikel 60 i udbudsdirektivet specifikt har ønsket at fjerne ordregiverens forpligtelse til – hvis ordregiveren opstiller rigide krav til dokumentation – at acceptere andre former for dokumentation, hvis en ansøger eller tilbudsgiver af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge den krævede dokumentation. Denne forpligtelse er som anført netop et grundlæggende udslag af principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet og finder derfor også anvendelse, uanset om man måtte antage, at udbudslovens § 154, stk. 2, finder direkte anvendelse på forsyningsvirksomhedsdirektivets område eller ej. Selv hvis man i øvrigt måtte antage, at artikel 60, stk. 3, eller tilsvarende principper ikke på EU-retligt grundlag finder anvendelse, er Danmark ikke afskåret fra at fastsætte en tilsvarende regel, hvilket Danmark har gjort.

Af de grunde, der er anført ovenfor vedrørende udbudslovens § 154, stk. 2, er udbudslovens § 154, stk. 1, nr. 3, der stammer fra udbudsdirektivets bilag

XII, del I, pkt. c), også direkte gældende på forsyningsvirksomhedsdirektivets område. Det gælder uanset, om forsyningsvirksomhedsdirektivet måtte indeholde en tilsvarende regel, idet Danmark er berettiget til at fastsætte strengere regler på dette område.

Selv hvis man måtte antage, at § 154, stk. 1, nr. 3, ikke finder direkte anvendelse, er bestemmelsen – ligesom det som anført er tilfældet med udbudslovens § 154, stk. 2 – udtryk for de generelle principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 36, stk. 1. Det følger af disse principper, at ordregiveren ikke berettiget kan forlange, at virksomheder skal have bestået i en længere periode. Ordregiveren kan således ikke forbeholde sine kontrakter for virksomheder, der har bestået i f.eks. tre år, mens virksomheder, der har bestået i kortere tid end tre år, udelukkes fra deltagelse i konkurrencen. Et økonomisk egnethedskrav, der ubetinget stiller krav om, at en ansøger eller tilbudsgiver skal have bestået i tre år, er som anført ikke et sagligt krav, idet den omstændighed, at en virksomhed har bestået i en længere eller kortere periode, ikke i sig selv kan være afgørende for ansøgerens eller tilbudsgiverens aktuelle økonomiske og finansielle formåen. Det er derfor, at bestemmelsen taler om ”i indtil de tre seneste disponible regnskabsår, afhængigt af hvornår ansøgeren eller tilbudsgiveren blev etableret eller startede sin virksomhed.” Ordregiveren kan således godt efter bestemmelsen stille krav om en erklæring om omsætning for de seneste tre år, men hvis en ansøger eller tilbudsgiver ikke har bestået i tre år, er ordregiveren berettiget og forpligtet til at acceptere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren dokumenterer en tilsvarende egnethed på anden vis.

Hverken Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning ”Evaluering af udbudsloven” eller den udbudsretlige litteratur kan tages til indtægt for, at ordregiveren direkte eller indirekte kan stille krav om, at en ansøger eller tilbudsgiver skal have bestået i tre år, hvilket da også vil være i direkte modstrid med formuleringen i udbudslovens § 154, stk. 2. Samtlige de anførte kilder taler således om, at nystartede virksomheder skal opfylde samme ”niveau” for f.eks. omsætning, hvilket vil sige det beløbsmæssige krav til omsættningens størrelse, men ikke om at de skal opfylde kravet i den fulde tre års periode.

Ordregiveren kan således ikke fastsætte et lavere omsættingskrav for nyetablerede virksomheder, jf. herved også klagenævnets kendelse af 15. juli 2021, Fineman A/S mod Region Hovedstaden, idet det ikke er sagligt begrundet, at



man skal kunne anses for økonomisk egnet med en lavere omsætning, alene fordi man er nystartet. Men ordregiveren er efter udbudslovens § 154, stk. 2, såvel berettiget som forpligtet til at sikre, at man ikke opstiller krav, der afskærer nystartede virksomheder, herunder virksomheder, der som ABB Power Grids er etableret ved en fusion eller virksomhedsoverdragelse af bestående aktiviteter, fra offentlige kontrakter.

Det ændrer ikke herpå, at ABB Power Grids muligt kunne have opfyldt kravet om en bestemt omsætning eller en bestemt egenkapital i de seneste tre regnskaber ved at have påberåbt sig en støttende enhed. En ansøgers eller tilbudsgivers adgang til at påberåbe sig støttende enheders kapacitet er altid gældende. Der havde derfor ikke været behov for at tilføje formuleringerne ”i indtil 3 år” og ”...afhængigt af hvornår ansøgeren eller tilbudsgiveren blev etableret eller startede sin virksomhed” i udbudslovens § 154, stk. 1, nr. 3, og udbudsdirektivets bilag XII, såfremt meningen havde været, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ville skulle opfylde kravet ved at påberåbe sig en støttende enhed, der opfyldte kravet.

I udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.2) anvender Femern forskellige udtryk, herunder ”equity ratio” samt flere steder ”equity to total assets ratio”. Der kan ikke have været nogen rimelig tvivl om, at Femern med udtrykket ”asset ratio” angav det, som Femern under sagen betegner ”equity ratio”, og at Femern derfor ville have handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, såfremt Femern havde afvist ABB Power Grids ansøgning med henvisning til dette forhold.

I udbudsbekendtgørelsen stillede Femern ikke krav om, at ansøgerne i deres ESPD skulle oplyse deres equity og deres assets, men bad alene ansøgerne om at oplyse deres equity ratio. Derimod har Femern i udbudsbekendtgørelsen beskrevet, hvorledes denne udregnes. ABB Power Grids og Hitachi ABB har udfyldt ESPD'erne i overensstemmelse med de specifikke angivelser, der er indeholdt i ESPD'ernes tekst, og hvis disse oplysninger ikke er tilstrækkelige, må Femern være såvel forpligtet som berettiget til at indhente eventuelle supplerende oplysninger, jf. herved også forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 76, stk. 4.

De indleverede ESPD'er viste for 2019 en equity ratio for ABB Power Grids på 19 og en equity ratio for Hitachi ABB på ■■■, hvor minimumskravet var en

equity ratio på 20. Femern har ikke i de afgivne oplysninger et sikkert grundlag for at antage, at kravet ikke er opfyldt. Den blotte risiko for, at kravet i helt særlige scenarier evt. ikke måtte være opfyldt, kan ikke bevirke, at Femern er berettiget eller forpligtet til at forkaste ABB Power Grids ansøgning, idet Femern i givet fald må indhente de fornødne oplysninger.

Femern ville let og enkelt kunne have indhentet oplysninger fra ABB Power Grids om de tal for equity og assets, som lå til grund for de angivne nøgletal, og Femern kunne dermed have forvisset sig om, at parternes equity ratio opgjort efter den anførte fremgangsmåde i udbudsbekendtgørelsen overholdt kravet, hvilket Femern var forpligtet til og utvivlsomt ville have været berettiget til, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 76, stk. 4.

Det fremgår af Femerns beslutning om afvisning af ABB Power Grids ansøgning om prækvalifikation, at Femern ikke har taget hensyn til de særlige omstændigheder, som ABB Power Grids og Hitachi ABB har anført i deres ESPD'er, men alene har anlagt en formalistisk og bogstavelig fortolkning af de opstillede mindstekrav. Femern var såvel berettiget som forpligtet til at tage hensyn til disse særlige omstændigheder, som medførte, at ABB Power Grids og den støttende enhed – på trods af at ABB Power Grids og den støttende enhed havde overtaget forretningsaktiviteter med en meget betydelig tilknyttet omsætning – ikke regnskabsmæssigt kunne dokumentere denne omsætning i alle de seneste tre foreliggende regnskaber.

Derved har Femern overtrådt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og artikel 80, idet Femern burde have taget hensyn til de særlige omstændigheder, der knyttede sig til de seneste tre aflagte officielle regnskaber for Hitachi ABB, subsidiært burde Femern have foretaget nærmere undersøgelser af, om minimumskravene eller krav, der svarede hertil, var opfyldt.

ABB Power Grids og dennes støttende enhed befinder sig i en situation, der er sammenlignelig med, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er etableret eller har startet sin virksomhed senere end for tre år siden.

Klagenævnets kendelse af 23. juli 2019, Urbaser A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune, kan ikke påberåbes til støtte for Femerns synspunkter, men taler tværtimod til støtte for ABB Power Grids synspunkter. Femern har med støtte i denne kendelse haft ret til at acceptere dokumentation for en kortere periode end tre regnskabsår, selvom dette ikke udtrykkeligt fremgår

af udbudsbekendtgørelsen, og ABB Power Grids har i øvrigt af samme grund også haft rimelig grund til at antage, at Femern var berettiget og forpligtet hertil. Kendelsen kan ikke forstås på anden måde, end at det ville have været uretmæssigt, såfremt kommunen havde foretaget vurderingen ud fra et formelt og ufravigeligt mindstekrav om, at klageren i sagen skulle kunne leve op til de stillede krav i tre års regnskaber.

I modsætning hertil har Femern i denne sag som anført bundet sin vurdering op på et ”formelt og ufravigeligt mindstekrav til egnethed”, som kræver tre års regnskaber. Femern foretog som anført sin vurdering og traf sin beslutning alene ud fra helt formelle konstateringer af, om et specifikt krav var opfyldt i hvert af de krævede tre regnskaber. Dette understøttes også af ordlyden af Femerns afvisningsbeslutning og den efterfølgende korrespondance. Der er ingen antydning af, at Femern har forholdt sig reelt og substantielt til den særlige retlige og faktiske situation, som ABB Power Grids og den støttende enhed befandt sig i på trods af, at ABB Power Grids og den støttende enhed gjorde opmærksom herpå i afsnit V i sine ESPD'er, og på trods af, at Femern var forpligtet til at tage hensyn til virksomheder, der på grund af nyetablering, fusioner, virksomhedsoverdragelse el.lign. ikke kunne opfylde et formelt krav i de tre seneste regnskaber.

Særligt vedrørende påstand 1 har Femern gjort gældende, at ABB Power Grids ikke opfyldte de fastsatte minimumskrav til økonomisk og finansiell kapacitet, jf. udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.2), at dette objektivt kunne konstateres på baggrund af oplysningerne i ESPD'erne for ABB Power Grids og Hitachi ABB, og at Femern med rette undlod at ændre på de stillede minimumskrav til økonomisk og finansiell kapacitet i forbindelse med vurderingen af ABB Power Grids' ansøgning under henvisning til de påståede særlige omstændigheder angående ABB Power Grids og Hitachi ABB.

Hvorledes omsætningen skal beregnes, såfremt ansøgeren støtter sig på en anden enhed, fremgår eksplicit af udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.2) og indebærer, at omsætningen skal beregnes som ansøgerens og den støttende enheds samlede omsætning for hver af de seneste tre regnskabsår.

ABB Power Grids og støtteenheden Hitachi ABB opfyldte alene omsætningskravet på mindst EUR 100.000.000 for år 2019, og derfor opfyldte ABB Power Grids ikke minimumskravet vedrørende omsætning. Allerede på denne baggrund opfyldte ABB Power Grids ikke de fastsatte minimumskrav

til økonomisk og finansiel kapacitet. En ordregiver kan i øvrigt ikke i den forbindelse blot gå ud fra, at der er en lineær udvikling i en ansøgerens omsætning, således at Hitachi ABBs omsætning kan fastsættes til ca. EUR [REDACTED] for hele året 2020. Men selv hvis dette blev lagt til grund, vil ABB Power Grids samlede omsætning for 2018 være langt under minimumskravet på EUR 100.000.000.

Det bestrides, at Femern burde have erstattet sit minimumskrav om minimum EUR 100 mio. omsætning i hvert af de seneste tre år med et krav om, at blot omsætningen for det 2. sidste regnskabsår (2019) skulle være over EUR 100 mio. Det er hverken i ESPD'erne eller af ABB Power Grids under sagen forklaret nærmere, på hvilket grundlag ét års omsætning i dette konkrete tilfælde skulle kunne være lige så godt og betryggende for Femern som opfyldelse af minimumskravet over en treårs periode. Tværtimod er det oplyst, at omsætningen i 2019 tilsyneladende ikke stammer fra egentlige forretningsaktiviteter, men derimod fra ikke nærmere bestemte koncerninterne transaktioner ("management fees and intragroup invoices and operations").

Femern har intet grundlag haft for at ændre så markant på et centralt økonomisk minimumskrav, blot fordi ABB Power Grids og Hitachi ABBs konkrete forhold måtte gøre, at der ikke findes yderligere regnskabsår, hvor selskabernes omsætning har været over EUR 100 mio.

Der er tale om minimumskrav, som kan have afholdt andre potentielle ansøgere fra at deltage i udbudsprocessen, og som kan have haft afgørende betydning for, hvordan de andre ansøgere har organiseret sig, og som derudover også har en central betydning for Femern som ordregiver og kunde. Femern har helt bevidst stillet krav om tre års historik på de økonomiske minimumskrav for derved bedst muligt at sikre sig en kontraktpart, der kan påvise at have haft en solid og betydelig økonomi over flere år. I betragtning af TPS-kontraktens karakter og betydning for hele Femernforbindelsen kan der ikke være tvivl om, at der er tale om fuldt berettigede, proportionale og saglige minimumskrav til ansøgernes økonomiske formåen, og således at Femern gives den bedst mulige indikation af, at kapaciteten og soliditeten kan fastholdes, også i fremtiden.

Det er i den forbindelse også væsentligt at holde sig for øje, at det vil være det konkrete selskab, der ansøger om prækvalifikation, som vil blive Femerns kontraktpart, hvis udbuddet vindes. Tilsvarende ville det være den konkrete

økonomiske støtteenhed, der i givet fald skal stille anfordringsgarantien. Det er derfor også velbegrunder, at det (kun) er disse konkrete selskabers økonomiske formåen, der skal danne grundlag for Femerns vurdering af, om de økonomiske minimumskrav er opfyldt – og ikke oplysninger om visse forretningsaktiviteter, som de pågældende selskaber måtte have købt, og som i øvrigt ikke er beskrevet eller dokumenteret nogen steder.

Hvis ABB Power Grids sammen med Hitachi ABB skulle kunne anses for at have opfyldt de stillede minimumskrav til økonomisk og finansiell formåen, ville ABB Power Grids endvidere have lavere transaktionsomkostninger end en tilbudsgiver, der faktisk opfylder kravene med henvisning til en finansielt støttende enhed. En sådan finansielt støttende enhed vil således skulle betales af ansøgeren for den økonomiske kapacitet, der stilles til rådighed (i form af anfordringsgarantien, som den finansielt støttende enhed skal stille). Ved at støtte sig på en enhed, der har en ringere økonomisk formåen, vil dette kunne reducere denne omkostning – og i øvrigt forringe Femerns retlige stilling under kontrakten. ABB Power Grids kunne og burde som de øvrige ansøgere have søgt at opnå den fornødne økonomiske og finansielle kapacitet ved at hente støtte fra en enhed, der faktisk kunne fremvise de fornødne nøgletal.

Femern havde ikke været berettiget eller forpligtet til blot at nedjustere omsætningskravet for ABB Power Grids på grundlag af en oplysning om, at den økonomiske støtteenheds sidste regnskabsår kun dækker en periode på 6 måneder. En sådan nedjustering ville være i strid med ligebehandlingsprincippet. Selv hvis Hitachi ABBs omsætning for første halvdel af 2020 blev anset for at opfylde minimum, ville det stadig ikke ændre på, at Hitachi ABB har oplyst en omsætning på nul i 2018.

Det er desuden tvivlsomt, om ABB Power Grids opfyldte minimumskravet til soliditetsgrad. De oplyste tal i ESPD'erne for ABB Power Grids og Hitachi ABB er betegnet som "asset ratio". Det er dermed uklart, om de oplyste tal vedrørende "asset ratio" er udtryk for soliditetsgraden "equity ratio", som var det nøgletal, ansøgerne skulle angive i ESPD'et, jf. udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.2). Under alle omstændigheder har ABB Power Grids i sit ESPD alene oplyst en "asset ratio" på 19.00 for 2019, hvilket ikke opfylder minimumskravet. Hitachi ABB har i sit ESPD oplyst en "asset ratio" på [REDACTED] for 2018, en "asset ratio" på [REDACTED] for 2019 og en "asset ratio" på [REDACTED] for 2020.

Henset til, at hverken ABB Power Grids eller Hitachi ABB har oplyst de underliggende nøgletal ("total equity" og "total assets") i ESPD'erne, har det imidlertid ikke været muligt at fastslå, hvad ABB Power Grids og Hitachi ABBs samlede soliditetsgrad udgør, og dermed om minimumskravet er opfyldt. Hvorledes soliditetsgraden skal beregnes, såfremt ansøgeren støtter sig på en anden enhed, fremgår tillige eksplicit af udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.2). Det har således ikke været muligt at beregne den samlede soliditetsgrad for ABB Power Grids eller Hitachi ABB ud fra gennemsnittet af de oplyste procenter betegnet "asset ratio" i ESPD'erne.

Det fremgår desuden af udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.2), at ESPD'et fungerer som foreløbig dokumentation for, at ansøgeren opfylder minimumskravene til økonomisk og finansiell kapacitet. De af ABB Power Grids og Hitachi ABB angivne oplysninger i ESPD'erne – både de oplyste tal og den forklarende tekst om købet af "the Power grids business" – gav ikke Femern grundlag for at konstatere, at ABB Power Grids opfyldte minimumskravene.

Henset til, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80 eksplicit undlader at henvise til udbudsdirektivets artikel 60, er der ikke grundlag for at drage den konklusion, at udbudsdirektivets artikel 60, stk. 3, og dermed udbudslovens § 154, stk. 2, finder anvendelse i forhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet i kraft af de almindelige udbudsretlige principper. Henvisningen i § 11 i bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 til udbudslovens § 148 – der vedrører anvendelsen af ESPD'et – kan ikke også anses som en "aktivering" af udbudslovens § 154, stk. 2, blot fordi man ender ved denne bestemmelse efter en længere "henvisningskæde". Men selv hvis det antages, at udbudsdirektivets artikel 60, stk. 3, og udbudslovens § 154, stk. 2, finder anvendelse ved udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, angår bestemmelsen alene muligheden for at fremlægge anden dokumentation end den, der kræves af ordregiveren, og ikke muligheden for at ændre det fastsatte minimumskrav til økonomisk og finansiell kapacitet.

Bestemmelsen i udbudslovens § 154, stk. 2, har heller ikke den konsekvens, at nystartede virksomheder ikke behøver at opfylde kravet om tre års nærmere bestemt omsætning, hvis ellers kravet – som i dette tilfælde – må betragtes som proportionalt og sagligt. Det er vanskeligt at se, hvordan en ny-stiftet virksomhed skal kunne godtgøre en tilsvarende sikkerhed som et sagligt stillet krav om en vis omsætning over en treårs periode. Det kan da også konstateres, at hverken ABB Power Grids eller Hitachi ABB har givet nogen

som helst løfter om på anden tilsvarende vis at besidde eller tilbyde den fornødne økonomiske og finansielle kapacitet – hvilket kunne tænkes opfyldt ved at involvere den økonomiske og finansielle kapacitet fra en anden/yderligere enhed.

Der er således intet belæg for, at Femern konkret skulle eller kunne acceptere den formåen, som ABB Power Grids har baseret sig på. Selv hvis man antager, at ABB Power Grids og Hitachi ABB i 2019 har den fornødne omsætning og den fornødne soliditet, er der ingen indikation af, om dette kan fastholdes. ABB Power Grids frembyder altså ikke noget tilsvarende i forhold til det fastlagte minimumskrav om tre års historik. Ansøgningen baserede sig i stedet på, at Femern blot skulle se bort fra de fastsatte krav og acceptere at stå i en mere usikker position i strid med de fastsatte minimumskrav. Der kan i den forbindelse også henvises til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat om ”Gennemgang af reglerne om dokumentation” af 24. februar 2020 og styrelsens fortolkning af bestemmelsen, jf. vejledningen ”Evaluerings af udbudsloven” offentliggjort i maj 2021. Der kan desuden henvises til klagenævnets kendelse af 15. juli 2021, Fineman A/S mod Region Hovedstaden. Det er også fast antaget i den udbudsretlige litteratur, at udbudslovens § 154, stk. 2, ikke indebærer en ret eller pligt for ordregiveren til at ændre det fastsatte minimumskrav.

Der er derfor intet grundlag for at antage, at det kun er selve det beløbsmæssige krav, som en nystiftet virksomhed skal opfylde på samme niveau, hvorimod det ikke skulle gælde for et sagligt stillet krav om en vis omsætning over en treårs periode.

Det følger i øvrigt af udbudslovens § 154, stk. 1, nr. 3, at ordregiveren f.eks. kan kræve, at ansøgeren dokumenterer sin økonomiske og finansielle formåen ved fremlæggelse af en erklæring om ansøgerens samlede omsætning ”i indtil de 3 seneste disponible regnskabsår, afhængigt af hvornår ansøgeren eller tilbudsgiveren blev etableret eller startede sin virksomhed”. Det forhold, at en økonomisk aktør har mulighed for at støtte sig på en anden enhed i forbindelse med opfyldelsen af minimumskrav til egnethed, herunder økonomisk og finansiell kapacitet, sikrer netop, at en nystartet virksomhed, fusioneret virksomhed mv. såvel som etablerede virksomheder har mulighed for at deltage i et udbud.

Femern har således med rette foretaget en vurdering af ABB Power Grids' opfyldelse af minimumskravene til økonomisk og finansiel kapacitet alene på baggrund af de fastsatte minimumskrav.

Det følger af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 82, stk. 4, at ordregiveren i tvivlstilfælde i relation til tildelingskriterierne skal foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen fra tilbudsgiverne. Der findes ikke i direktivet en tilsvarende bestemmelse om ordregiverens eventuelle undersøgelsespligt i relation til oplysninger afgivet i ansøgninger i forbindelse med prækvalifikation. En sådan bestemmelse er medtaget i udbudslovens § 159, stk. 3, hvorefter ordregiveren i tvivlstilfælde skal foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentation i ansøgningen eller tilbudet. Det følger af lovbemærkningerne til udbudslovens bestemmelser om undersøgelsespligt og af fast klagenævnspraksis vedrørende udbudsloven, jf. bl.a. kendelse af 23. januar 2019, MultiLine A/S mod KomUdbud, samt praksis vedrørende forsyningsvirksomhedsdirektivets, jf. bl.a. kendelse af 28. september 2018, Bayer A/S mod Banedanmark, at ordregiveren ikke er underlagt en generel undersøgelsespligt med hensyn til oplysninger afgivet i ansøgninger eller tilbud.

Oplysningerne afgivet af ABB Power Grids og Hitachi ABB i ESPD'erne gav desuden ikke grundlag for nogen tvivl om, hvorvidt ABB Power Grids opfyldte minimumskravene til omsætning. Femern er enig i, at Femern formentligt lovligt kunne have stillet et afklarende spørgsmål til ABB Power Grids vedrørende forståelsen af "asset ratio" og de oplyste "19.00". Som anført i prækvalifikationsnotatet valgte Femern dog ikke at forfølge dette yderligere, da det under alle omstændigheder ikke ville kunne rette op på den manglende opfyldelse af omsætningskravet. ABB Power Grids har heller ikke gjort gældende, at de anførte omsætningstal er forkerte eller mangelfulde, og at en afklaring derfor kunne have gjort nogen forskel. ABB Power Grids ansøgning manglede således oplysninger, der kunne give Femern grundlag for at konstatere, at minimumskravet til soliditetsgraden var opfyldt. Når der oplyses procentsatser både over og under 20 %, kan det rent matematisk ikke lægges til grund, at procentsatsen samlet set er over 20 %. Der var derfor heller intet grundlag (hverken matematisk eller ud fra betragtninger om, hvordan man må forvente at tallene typisk vil "falde ud" i regnskaber) for at hævde, at det kun ville kunne være tilfældet "i helt særlige scenarier".



Der er derfor intet grundlag for at antage, at ABB Power Grids' ansøgning opfyldte minimumskravet om soliditetsgraden. Dette har intet med det forhold at gøre, at ABB Power Grids og Hitachi ABB begge er stiftet i løbet af 2018, da de uklare procentangivelser vedrørende soliditetsgraden netop vedrører 2019 – som samtidig er det eneste år, hvor omsætningskravet er opfyldt. ABB Power Grids har heller ikke under sagen redegjort for de faktiske tal, og det kan således fortsat ikke konstateres, om ABB Power Grids og Hitachi ABB rent faktisk opfylder minimumskravet vedrørende "equity ratio".

Femern har således med rette ikke foretaget nærmere undersøgelser af, om ABB Power Grids opfyldte minimumskravene til økonomisk og finansiell kapacitet.

Særligt vedrørende påstand 2 har ABB Power Grids gjort gældende, at forsyningsvirksomhedsdirektivets grundlæggende formål er at sikre overholdelsen af principperne i artikel 36, stk. 1. Alle direktivets materielle bestemmelser er bestemmelser, der sigter til konkret udmøntning af disse principper. En overtrædelse af en bestemmelse i forsyningsvirksomhedsdirektivet af materiel betydning vil derfor også være en overtrædelse af principperne i artikel 36, stk. 1, herunder ligebehandlingsprincippet.

Det vil i øvrigt være en overtrædelse af såvel ligebehandlingsprincippet som de øvrige principper i artikel 36, stk. 1, hvis ABB Power Grids ikke opnår den position, som forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, tilsikrer ABB Power Grids, og som kan gøre det muligt for ABB Power Grids at deltage i udbuddet.

Påstanden er ikke subsidiær i forhold til påstand 1. På baggrund af afvisningen af ABB Power Grids' ansøgning om prækvalifikation har Femern i den konkrete retstvist bestridt, at ABB Power Grids opfyldte mindstekravene, og at Femern skulle være undergivet en forpligtelse til at lade ABB Power Grids udskifte sin støttende enhed. ABB Power Grids har retlig interesse i at få afklaret begge disse spørgsmål, herunder også henset til at klagenævnet – uanset om ABB Power Grids måtte få medhold i påstand 1 – ikke prækvalificerer ABB Power Grids. ABB Power Grids kan således få medhold i påstand 1, uden at ABB Power Grids af den grund nødvendigvis prækvalificeres.

Det fremgår af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, at ”den ordregivende enhed skal kræve, at den økonomiske 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”.

Det bestrides, at der i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, kan stilles krav om, at det er en betingelse for anvendelse af bestemmelsen, at ansøgeren/tilbudsgiveren har en forudsætning om, at den pågældende støttende enhed bidrager tilstrækkeligt til opfyldelsen af det relevante egnethedskrav, og at det må være et krav, at denne forudsætning er rimeligt funderet. Der er heller ikke til anvendelsen af artikel 79, stk. 2, nogen betingelser, der knytter sig til, hvilke transaktionsomkostninger der konkret måtte være afholdt eller på hvilken baggrund. Klagenævnet har netop i kendelse af 18. januar 2019, Alstom Transport Danmark A/S mod DSB (herefter ”Alstom-kendelsen”) fastslået, at en sådan forudsætning ikke kan indlægges i bestemmelsen. Det fremgår af kendelsen, at bestemmelsen i artikel 79, stk. 2, finder anvendelse, uanset om en støttende enheds manglende opfyldelse af et udvælgelseskriterium konstateres under prækvalifikationen (hvor transaktionsomkostningerne i sagens natur er begrænsede) eller senere i udbudsfasen. Artikel 79, stk. 2, finder således anvendelse, hvor den manglende overholdelse af udvælgelseskriteriet kan konstateres alene på grundlag af oplysningerne i ESPD’et og også på oprindelige mangler ved oplysningerne i ESPD’et.

På den baggrund kan der ikke indlægges noget krav om, at artikel 79, stk. 2, kun finder anvendelse, hvis det oprindeligt indsendte ESPD opfylder de stillede krav, ligesom der ikke kan stilles krav om, at ansøgeren eller tilbudsgiveren skal have forudsætninger af nogen særligt kvalificeret beskaffenhed.

Det bestrides i øvrigt, at det hele tiden må have stået ABB Power Grids klart, at ABB Power Grids ikke ville kunne opfylde Femerns krav. ABB Power Grids havde et rimeligt grundlag for at antage, at Femern kunne og ville tage ABB Power Grids’ ansøgning i betragtning under hensyn til de særlige retlige og faktiske omstændigheder, som ABB Power Grids og dennes støttende enhed befandt sig i, og som anførtes i ESPD’et. Der er intet grundlag for at antage, at der foreligger forsøg på omgåelse af udbudsreglerne, og de generelle hensyn til ligebehandlingsprincippet varetages ved den supplerende test

af, om udskiftningen medfører en forringelse af øvrige ansøgers/tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.

Klagenævnet har i Alstom-kendelsen fastslået, at selve det faktum, at en ansøger får mulighed for at udskifte en støttende enhed, ikke i sig selv vil være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, og at det afgørende må være, om udskiftningen medfører en forringelse af øvrige ansøgers/tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.

I denne sag har Femern efter udbudsbekendtgørelsen adgang til at prækvalificere fire deltagere, men har alene prækvalificeret tre. Der er således ikke tale om, at der som følge af udskiftningen skal gennemføres en ny evaluering i relation til udvælgelsen, eller at ABB Power Grids på anden måde får mulighed for at forbedre sine muligheder for at være blandt de udvalgte. Måtte der være flere end fire ansøgere, ville udvælgelsen blandt disse i øvrigt under alle omstændigheder skulle være baseret på referencer og ikke på ansøgernes økonomiske og finansielle kapacitet, hvorfor en udskiftning, der sker med henblik på opfyldelse af minimumskravene til økonomisk og finansiell kapacitet, ikke vil have betydning for udvælgelsen. Klagenævnet har i øvrigt i Alstom-kendelsen fastslået, at de øvrige prækvalificeredes konkurrencemæssige stilling ikke kan anses for at blive forringet blot som følge af, at antallet af tilbudsgivere ikke formindskes ved diskvalificering af en ansøger.

Hvis ABB Power Grids får adgang til at udskifte sin støttende enhed og dernæst prækvalificeres, vil der således blot være tale om, at udbudsproceduren gennemføres med det antal deltagere, som oprindeligt var tilsigtet af Femern som det rigtige antal til at skabe den fornødne konkurrence under proceduren. Det vil derfor ikke være en overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, at ABB Power Grids får adgang til at udskifte den støttende enhed. En udskiftning vil således ikke medføre en forringelse af de øvrige ansøgers/tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.

Sammenfattende havde Femern derfor efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, og Alstom-kendelsen pligt til at anmode ABB Power Grids om udskiftning af Hitachi ABB med en anden støttende enhed. Da Femern har afvist at gøre dette, har Femern handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og artikel 79, stk. 2.

Særligt vedrørende påstand 2 har Femern gjort gældende, at det ikke var i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, eller artikel 36, stk. 1, at Femern ikke gav ABB Power Grids mulighed for at udskifte Hitachi ABB.

Såfremt klagenævnet måtte fastslå, at ABB Power Grids opfyldte minimumskravene til økonomisk og finansiell kapacitet, er der ikke grundlag for at fastslå, at Femern skulle have anmodet ABB Power Grids om at udskifte Hitachi ABB som støtteenhed. Derfor må påstand 2 være subsidiær i forhold til påstand 1.

Det bemærkes indledningsvist, at ABB Power Grids ikke ses at have anført nærmere anbringender til støtte for, at Femerns afvisning af at give ABB Power Grids mulighed for at udskifte Hitachi ABB var i strid med ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1. Allerede derfor skal denne del af påstanden ikke tages til følge.

Denne sag adskiller sig på en række centrale punkter fra problemstillingen i Alstom-kendelsen, der omhandlede en situation, hvor en virksomhed afgav ansøgning under en klar forudsætning om, at virksomheden opfyldte de opstillede egnethedskrav. Efterfølgende viste det sig dog, at der for én af ansøgerens støttevirksomheder var sket en fejl ved opgørelsen af dennes rentebærende gæld, som lå til grund for beregningen af gældsgraden. Klagenævnet fastslog indledningsvis i sin kendelse, at formålet med bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, må antages at være "... at imødegå den risiko for tab af transaktionsomkostninger for såvel ordregivere som tilbudsgivere 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 efter reglerne herom i direktivets artikel 76, stk. 1, litra a."

Ved ansøgningens indgivelse må eller burde det have stået klart for ABB Power Grids, at man ved anvendelse af Hitachi ABB som støtteenhed ikke opfyldte minimumskravene til økonomisk og finansiell formåen. Ordregiverens pligt i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, til at kræve støtteenheden udskiftet kan ikke udstrækkes til en sådan situation, hvor det alene ud fra indholdet af ansøgningen kunne konstateres, at ABB Power Grids med Hitachi ABB Power Grids som støtteenhed ikke

opfyldte minimumskravene til økonomisk og finansiel formåen. I denne situation er eller kan der ikke rimeligvis være en forudsætning om, at den pågældende støtteenhed bidrager tilstrækkeligt.

Endvidere må det på baggrund af kendelsen forstås således, at det er en betingelse for bestemmelsens anvendelse, at ansøgeren/tilbudsgiveren har en forudsætning om, at den pågældende støttevirksomhed bidrager tilstrækkeligt til opfyldelsen af det relevante egnethedskrav. Det må være et krav, at forudsætningen for betingelsen skal være rimelig begrundet, i modsat fald vil enhver ansøger, der ikke selv opfylder de fastsatte egnethedskrav, de facto kunne få forlænget ansøgningsfristen (for sig selv) ved blot at støtte sig på en anden virksomhed, som åbenlyst ikke bidrager tilstrækkeligt til opfyldelsen, hvilket er tilfældet i denne sag. En sådan retstilstand strider imod grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandling.

Alstom-kendelsen skal ses i lyset af DSB's anbringender i sagen om, at bestemmelsen ikke fandt anvendelse på "oprindelige mangler" i ansøgningen. Kendelsen kan dermed kun tages til indtægt for, at klagenævnet fandt, at bestemmelsen efter omstændighederne også kan finde anvendelse ved "oprindelige mangler". Den kan derimod ikke tages til indtægt for, at bestemmelsen finder anvendelse i situationer, hvor ansøgeren/tilbudsgiveren hele tiden må eller bør have været bekendt med, at den anvendte støtteenhed ikke bidrager tilstrækkeligt til opfyldelsen af det relevante egnethedskrav.

At det må være en betingelse for bestemmelsens anvendelse, at ansøgeren/tilbudsgiveren har haft en forudsætning om, at den pågældende støtteenhed bidrager tilstrækkeligt til opfyldelsen af det relevante egnethedskrav, støttes foruden af klagenævnets kendelse også af konsekvensbetragtninger. Såfremt der ikke gælder et krav om tilstedeværelsen af en sådan forudsætning, vil det således f.eks. betyde, at enhver virksomhed, der er åbenlyst uegnet, kan få standset en udbudsproces ved blot at indgive en ansøgning sammen med en støtteenhed, der er lige så åbenlyst uegnet. Ordregiveren vil i denne situation være forpligtet til at foranstalte en udskiftningsproces hos den pågældende ansøger, hvilket ikke alene vil medføre øgede transaktionsomkostninger, men også vil betyde, at udbuddet må stå stille i hele den periode, hvor udskiftningsprocessen pågår. Det kan ikke være sådanne situationer, at bestemmelsen er møntet på.

Brug af støtteenheder er helt almindeligt forekommende i udbud. Det er desuden ikke ualmindeligt, at (antageligvis velmenende) ansøgere med støtteenheder ikke opfylder de fastlagte krav. Det vil således være en ofte tilbagevendende udfordring, at ordregiveren skal vurdere, om en støtteenhed skal udskiftes. Hvis dette udstrækkes til at finde anvendelse også i den situation, hvor det ud fra ansøgningen alene er muligt at konstatere, at ansøgeren ikke opfylder kravene for deltagelse, vil det således ramme utallige udbud og afstedkomme et stort ressource- og tidsforbrug for alle udbuddets parter. Disse vidtrækkende konsekvenser taler klart for, at bestemmelsen bør fortolkes sådan, at den ikke finder anvendelse i en situation som den foreliggende.

I samme retning taler, at det ikke er muligt at identificere, hvilken enhed der ikke bidrager tilstrækkeligt. Ganske vist er der i denne sag alene én støtteenhed, og såfremt en enhed skulle udskiftes under bestemmelsen, er det klart, hvilken enhed dette måtte være. Det kan imidlertid ikke identificeres, at ”problemet” ved ansøgningen ligger ved støtteenheden, således som det var tilfældet i Alstom-kendelsen. De konkrete nøgletal skulle i sagens natur regnes ud på tværs af enhederne, og den fornødne yderligere kapacitet eller soliditet kunne lige så vel skulle komme fra ABB Power Grids selv som fra dennes støtteenhed.

Det vil desuden stride mod EU-Domstolens udlægning af bestemmelsen at give ABB Power Grids mulighed for at udskifte Hitachi ABB under de foreliggende betingelser. Der henvises i den forbindelse til EU-Domstolens dom af 3. juni 2021 i sag C-210/20, der vedrørte udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, 2. afsnit, der i det væsentlige svarer til bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit.

Det følger af princippet i dommen, at udskiftning af en støtteenhed heller ikke må føre til, at en ansøger fremsætter en ny ansøgning. Dette støttes blandt andet af udbudslovens § 159, stk. 5, 2. pkt., der fastslår, at en anmodning om berigtigelse ikke må føre til, at der fremsættes en ny ansøgning eller et nyt tilbud, og som ifølge forarbejderne er udtryk for ”en kodificering af blandt andet EU-Domstolens retspraksis”.

En udskiftning af Hitachi ABB som støtteenhed svarer til, at ABB Power Grids fremsætter en ny ansøgning; navnlig henset til, at behovet for udskiftning udelukkende kan tilskrives ABB Power Grids’ egne forhold, jf. til sam-

menligning udbudslovens § 147, stk. 1, nr. 1, der netop stiller det som betingelse for udskiftning af en støtteenhed, at behovet skyldes forhold, der påviseligt er uden for ansøgerens eller tilbudsgiverens kontrol. Dette støttes også af EU-Domstolens dom af 4. maj 2017 i sag C-387/14, ”Esaproject-dommen”.

Selv hvis klagenævnet ikke måtte være enig i ovenstående, har ABB Power Grids ikke godtgjort, at udskiftningen ikke vil medføre en forringelse af de øvrige ansøgers/tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling med henblik på at blive tildelt den udbudte kontrakt, jf. Alstom-kendelsen og klagenævnets kendelse af 20. juni 2017, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark, med henvisning til EU-domstolens dom af 24. maj 2016 i sag C-396/14.

Konkret må det endvidere kunne lægges til grund, at en udskiftning faktisk vil give ABB Power Grids en uberettiget konkurrencemæssig fordel. Da det alene ud fra ansøgningen var muligt at konstatere, at ABB Power Grids ikke opfyldte kravene til deltagelse, var ABB Power Grids således i en situation, hvor virksomheden inden ansøgningsfristen enten ikke ville eller kunne støtte sig på en anden enhed, der kunne bidrage tilstrækkeligt. Det må udgøre en uberettiget konkurrencemæssig fordel, hvis ABB Power Grids nu gives mulighed for efter fristen at ændre på denne beslutning/denne manglende forretningsmæssige kapacitet. Situationen er dermed ganske anderledes end i Alstom-kendelsen, hvor klagenævnet konkret fandt det godtgjort, at det ikke gav en uberettiget konkurrencemæssig fordel.

Særligt vedrørende påstand 3 har ABB Power Grids gjort gældende, at de fastsatte minimumskrav til økonomisk og finansiell kapacitet i udbudsbeholdningen uden saglig grund forskelsbehandler økonomiske aktører.

De fastsatte minimumskrav har navnlig forskelsbehandlet på den ene side økonomiske aktører, som har ejet og drevet deres virksomhed i samme selskab gennem de seneste tre regnskabsår, og på den anden side økonomiske aktører, som har overtaget en virksomhed inden for de seneste tre år, også selvom den overtagne virksomhed måtte have bestået i tre år eller mere; og/eller forskelsbehandlet på den ene side økonomiske aktører, hvis seneste tre årsregnskaber/regnskaber omfatter tre fulde regnskabsperioder af hver 12 måneders varighed, og på den anden side økonomiske aktører, hvis seneste

tre årsregnskaber/regnskaber omfatter et eller flere regnskaber, der omfatter kortere regnskabsperioder end 12 måneder.

Det er i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og artikel 80 at opstille minimumskrav, der alene kan opfyldes af virksomheder, der har bestået i tre fulde regnskabsår, uden at der er modifikationer af nogen art. Dette gælder i hvert fald, hvis der ikke efter bekendtgørelse 1624 af 15. december 2015 og forsyningsvirksomhedsdirektivet gælder en regel på forsyningsvirksomhedsdirektivets område svarende til udbudslovens § 154, stk. 1, nr. 3, som begrænser kravets udstrækning i forhold til nyetablerede virksomheder, eller § 154, stk. 3, som giver mulighed for, at ordregiveren kan tage hensyn til anden dokumentation, såfremt en virksomhed ikke er i stand til at dokumentere kravet ved tre fulde årsregnskaber.

Femern har ikke godtgjort, at minimumskravene er sagligt begrundede, relevante og proportionale i forhold til den udbudte opgave.

Særligt vedrørende påstand 3 har Femern gjort gældende bl.a., at minimumskravene ikke er i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og/eller artikel 80, herunder at minimumskravene ikke indebærer risiko for forskelsbehandling.

Minimumskravene til økonomisk og finansiel kapacitet er fastsat under hensyntagen til størrelsen og karakteren af den udbudte kontrakt, hvor kontraktens anslåede værdi udgør EUR 70.000.000. Minimumskravet til niveauet for omsætning er dermed væsentligt lavere, end Femern kunne have krævet i henhold til udbudsdirektivets artikel 60, stk. 3, 2. afsnit, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 2.

Femern kunne have valgt kun at stille krav til ansøgernes omsætning eller kun at stille krav til den økonomiske formåen i det senest tilgængelige regnskabsår. På grund af kontraktens store betydning for det samlede projekt blev det dog besluttet, at der både skulle stilles krav til ansøgernes omsætning og soliditetsgrad, og at disse oplysninger skulle gå tre år tilbage, samt krav om finansiel garanti ved støttende virksomheder. Selv om det aldrig er muligt at undgå enhver risiko for eksempelvis en leverandørs konkurs, var det Femerns vurdering, at der gennem disse økonomiske minimumskrav og kontraktuelle forpligtelser blev skabt den bedst mulige sikkerhed for, at en sådan situation



ikke vil opstå, ligesom det gav en vis vished om økonomisk stabilitet og robusthed hos leverandøren, hvilket dermed bidrager til tryghed omkring leverandørens økonomiske forhold.

Virksomheder, der ikke opfylder de fastsatte minimumskrav til omsætning og soliditetsgrad, har mulighed for at støtte sig på andre enheder, jf. udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.2) og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79.

Det ville efter Femerns opfattelse være i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis en virksomhed, der ikke selv opfylder de fastsatte minimumskrav til økonomisk og finansiell kapacitet, og som har valgt ikke at støtte sig på en anden enhed, ville kunne anses for at opfylde minimumskravene. Tilsvarende er det Femerns opfattelse, at det vil være i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis en virksomhed og dennes støttende enhed, der ikke samlet opfylder minimumskravene, ville kunne anses for at opfylde minimumskravene, når dette åbenbart ikke er tilfældet.

ABB Power Grids bærer selv risikoen for at have valgt at basere sig på en støttende enhed, som ikke bidrager tilstrækkeligt til opfyldelsen af de økonomiske minimumskrav.

Det er Femerns vurdering, at de fastsatte minimumskrav til omsætning og soliditetsgrad i kombination og sammen med, at oplysningerne skal række tre år tilbage, vil skabe den bedst mulige sikkerhed for, at leverandøren har et tilstrækkeligt økonomisk kapitalberedskab til at kunne opfylde kontrakten i overensstemmelse med den planmæssige fremdrift af Femernforbindelsen.

Det forhold, at ikke alle virksomheder kan opfylde de fastsatte minimumskrav til økonomisk og finansiell kapacitet, indebærer ikke i sig selv, at minimumskravet er udtryk for eller indebærer risiko for forskelsbehandling. Det følger af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, 2. afsnit, at udformningen af et udbud ikke må foretages med den hensigt kunstigt at indskrænke konkurrencen, og at konkurrencen betragtes som kunstigt indskrænket, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt. Udbudsdirektivets artikel 36, stk. 1, 2. afsnit, indeholder en tilsvarende bestemmelse, der er implementeret i udbudslovens § 2, stk. 2. Det fremgår af lovbemærkningerne til

udbudslovens § 2, at ligebehandlingsprincippet ikke stiller krav om, at hvert vilkår i udbudsmaterialet skal være konkurrenceneutralt for alle aktører på markedet.

ABB Power Grids har ikke godtgjort, at de fastsatte minimumskrav er usaglige, irrelevante og/eller uproportionale i forhold til TPS-kontrakten.

Minimumskravene i udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.2) er formuleret således, at det krævede niveau til omsætning og soliditetsgrad skal være til stede i hvert af de seneste tre regnskabsår ("financial years"). Det følger af årsregnskabslovens § 15, stk. 1 og 2, at et dansk selskab skal have et regnskabsår på 12 måneder, men at selskabets første regnskabsår kan omfatte en kortere eller længere periode end 12 måneder, dog højest 18 måneder.

Det er derfor ikke korrekt, at minimumskrav til økonomisk kapacitet, der skal påvises i hver af de seneste tre årsregnskabsår, alene kan opfyldes af virksomheder, der har bestået i tre fulde regnskabsår. Minimumskravet, sådan som det er formuleret i udbudsbekendtgørelsen, udelukker ikke, at virksomheder, der som følge af lovgivningen har et "skævt" regnskabsår, kan opfylde minimumskravet. Virksomheden skal dog opfylde minimumskravet om en omsætning på EUR 100.000.000 i hvert regnskabsår, uanset hvilken periode virksomhedens første regnskabsår dækker.

Sammenfattende har Femern gjort gældende, at minimumskravene til økonomisk og finansiel kapacitet er sagligt begrundede, proportionale og i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og artikel 80, idet minimumskravene er fastsat under hensyntagen til TPS-kontraktens størrelse og betydning for etableringen af Femernforbindelsen.

Særligt vedrørende påstand 4 har ABB Power Grids gjort gældende, at klagenævnet skal annullere Femerns beslutning af 25. juni 2021 om at prækvalificere Bravida-Efacec-GE-Consortium, Elecnor S.A. og Siemens-Aarsleff og afvise ABB Power Grids' ansøgning om prækvalifikation, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2, jf. det ad påstand 1-3 anførte. Femerns beslutning må anses for at være én samlet beslutning. Det er derfor også denne beslutning som helhed, der bør annulleres.

Der er ved en sådan annullation ikke taget stilling til, om Femern vil kunne træffe en ny samlet beslutning, hvor Femern prækvalificerer såvel de virksomheder, der blev prækvalificeret ved den første beslutning, som ABB Power Grids.

Som det mindre i det mere indeholder påstanden mulighed for, at klagenævnet kan tage påstanden delvis til følge, nemlig i den udstrækning den angår beslutningen om at afvise ABB Power Grids ansøgning om prækvalifikation.

Særligt vedrørende påstand 4 har Femern gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere Femerns beslutning om at prækvalificere Bravida-Efacec-GE-Gonsortium, Elecnor og Siemens-Aarsleff og afvise ABB Power Grids' ansøgning om prækvalifikation, jf. det ad påstand 1 og 2 anførte.

Særligt i relation til påstand 2 kan det af ABB Power Grids anførte ikke føre til, at beslutningen om at afvise ABB Power Grids skal annulleres. ABB Power Grids har således ikke redegjort for, at ABB Power Grids kan – eller ville kunne have – anvist en anden økonomisk støtteenhed, der medfører, at ABB Power Grids sammen med denne enhed opfylder minimumskravene. Uden dette er der ikke grundlag for at konstatere, at det var forkert, at Femern afviste ansøgningen.

Påstand 4 må under alle omstændigheder være begrænset til beslutningen vedrørende ABB Power Grids, da ABB Power Grids ikke har anført nogen argumenter for, at Femerns beslutning om at prækvalificere de tre andre nævnte ansøgere skulle kunne tilsidesættes.

Særligt vedrørende påstand 5 har ABB Power Grids gjort gældende, at en fastsættelse af ulovlige minimumskrav som anført i påstand 3 indebærer en sådan overtrædelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet, at der ikke kan træffes en lovlige beslutning om prækvalifikation, endsige en lovlige beslutning om tildeling, på grundlag af udbudsbekendtgørelsen, og udbudsforretningen må derfor annulleres, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

Særligt vedrørende påstand 5 har Femern gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere udbuddet, jf. det ad påstand 3 anførte.

Ad uopsættelighed

ABB Power Grids har gjort gældende, at Femerns overtrædelse af udbudsreglerne, jf. det ovenfor ad påstand 1-3 anførte, er åbenbar og grov og indebærer en alvorlig tilsidesættelse af principperne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36. Som følge af overtrædelsens karakter skal betingelsen om uopsættelighed allerede af den grund anses for opfyldt.

Der foreligger endvidere uopsættelighed i en situation som den foreliggende, hvor Femerns overtrædelse af reglerne afskærer ABB Power Grids fra deltagelse i udbudsprocessen, og hvor ABB Power Grids' tab ved at miste muligheden for tildeling af kontrakten ikke kan erstattes, fordi ABB Power Grids ikke får mulighed for at godtgøre eller sandsynliggøre, at ABB Power Grids ville, kunne eller burde have fået tildelt kontrakten.

Det ændrer ikke herpå, at Femern har givet ABB Power Grids mulighed for at deltage i processen, selvom Femern har afvist ABB Power Grids' ansøgning om deltagelse. Rent bortset fra at der kan stilles spørgsmålstegn ved, om Femern lovligt kan lade ansøgere, hvis ansøgning formelt er afvist, deltage i udbudsproceduren og dermed påvirke dennes forløb, har ABB Power Grids også et rimeligt krav på, at ABB Power Grids ikke skal ofre de meget betydelige omkostninger som deltagelse i udbudsprocessen indebærer, på et grundlag, hvor Femern har afvist ABB Power Grids' ansøgning om deltagelse.

Femern har gjort gældende, at Femern ikke har overtrådt udbudsreglerne, og at der således ikke foreligger en tilsidesættelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet og således ikke en åbenbar og grov tilsidesættelse, jf. det ad påstand 1-3 anførte.

Det følger af fast EU-praksis og klagenævnspraksis, at det påhviler klageren at godtgøre, at klageren vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klager skal afvente afgørelsen i hovedsagen. ABB Power Grids har ikke fremført vægtige grunde, der understøtter, at ABB Power Grids ikke kan afvente, at der træffes afgørelse i sagen, eller ført bevis for et alvorligt og uopretteligt tab. Betingelsen om uopsættelighed er derfor ikke opfyldt, og ABB Power Grids' begæring om opsættende virkning skal også af den grund ikke tages til følge.

Det bemærkes desuden, at ABB Power Grids i henhold til Femerns brev af 16. juli 2021 har fået foreløbig adgang til udbudssystemet – og dermed udbudsmaterialet og al korrespondance vedrørende udbuddet – ligesom Femern har opfordret ABB Power Grids til at deltage i det videre forløb af udbudsprocessen på et foreløbigt grundlag, indtil klagenævnet har afsagt kendelse i sagen.

Femern har dermed i videst muligt omfang forsøgt at imødekomme ABB Power Grids' interesse i at deltage i udbudsproceduren, mens klagesagen vareser, sådan at udbudsprocessen kan fortsætte uden risiko for forsinkelse af TPS-kontrakten.

### Ad interesseafvejning

ABB Power Grids har gjort gældende, at hensynet til ABB Power Grids' interesse i opsættende virkning vejer tungere end Femerns interesse i at kunne videreføre den igangværende udbudsprocedure, eftersom ABB Power Grids' interesse ikke vil kunne varetages gennem et krav om erstatning.

Interesseafvejningen skal desuden efter klagenævnets faste praksis som udgangspunkt falde ud til klagerens fordel, medmindre der er helt særlige omstændigheder, som taler for ordregiverens interesse, hvilket ikke er tilfældet i nærværende sag.

Femern har bestridt, at en interesseafvejning kan føre til, at klagenævnet skal tillægge klagen opsættende virkning, og at interesseafvejningen efter klagenævnets faste praksis som udgangspunkt skal falde ud til klagerens fordel. Tværtimod understøtter praksis fra klagenævnet, at interesseafvejningen navnlig inden for forsyningsvirksomhedsområdet ofte vil medføre, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, jf. f.eks. kendelse af 1. maj 2012, Rail & Road Protect GmbH mod DSB.

Femern – og samfundet i øvrigt – har en betydelig interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning. Kontrakten er en del af etableringen af Femernforbindelsen, og den udgør en kritisk del af de samlede arbejder. Kontraktens indgåelse er af afgørende betydning for at sikre den planmæssige fremdrift i etableringen af Femernforbindelsen, og forsinkes denne indgåelse, er der risiko for, at hele projektet forsinkes med den konsekvens, at det forventede åbningstidspunkt for tunnelen i 2029 kan blive forsinket.

Denne interesse vejer tungere end ABB Power Grids' interesse i at få klagen tillagt opsættende virkning. Også en interesseafvejning tilsiger derfor, at ABB Power Grids' begæring om opsættende virkning ikke skal tages til følge.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet følgende:

### Ad påstand 1

I forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 3, er det fastsat, at udbudsdirektivets bestemmelser i artiklerne 59 (Fælles europæisk udbudsdokument) og 61 (Onlinecertifikatbase) finder anvendelse i forhold til bestemmelsens stk. 1 og 2. Der henvises i bestemmelsen derimod ikke til udbudsdirektivets artikel 60 (Dokumentation), som for så vidt angår stk. 3 er implementeret i udbudslovens § 154, og denne artikel finder derfor ikke anvendelse i forhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Udbudslovens § 154 finder ikke direkte anvendelse på forsyningsvirksomhedsdirektivet, da henvisningen i § 11 i bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester om anvendelsen af udbudslovens § 148 efter sin ordlyd alene kan forstås således, at det er selve brugen af det fælles europæiske udbudsdokument, der gøres anvendeligt som foreløbigt bevis for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde, og for at ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder kravene til egnethed i forbindelse med udvælgelse, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 78.

Femern har i udbudsbekendtgørelsens afsnit III.1.2) fastsat følgende mindstekrav til ansøgernes økonomiske og finansielle kapacitet:

”As a minimum requirement, an equity to total assets ratio is required of at least 20 % in each of the three latest annual reports/financial statements available at the time limit for submitting requests for participation, cf. section IV.2.2).

...

As a minimum requirement, a total annual turnover of at least EUR 100 million is required in each of the three latest annual reports/financial statements available at the time limit for submitting requests for participation, cf. section IV.2.2).”

Mindstekravene i udbudsbekendtgørelsen var fastsat således, at det krævede niveau til omsætning og soliditetsgrad skulle være til stede i hvert af de seneste tre ”financial years”, og der var således ikke stillet krav til længden af regnskabsperioderne i årsregnskaberne.

ABB Power Grids oplyste i sit ESPD alene ét omsætningstal på 171.909.000 kr., svarende til ca. 23.117.500 euro, for perioden 12. september 2018 til 31. december 2019. Da selskabet ikke selv opfyldte de stillede krav til omsætning og soliditetsgrad, baserede selskabet sin ansøgning om prækvalifikation i relation til disse nøgletal på sit moderselskab, Hitachi ABB, som støttende enhed.

Hitachi ABB oplyste et omsætningstal i sit ESPD for perioden 1. september 2018 til 31. december 2018 på [REDACTED] CHF, et omsætningstal for perioden 1. januar 2019 til 31. december 2019 på [REDACTED] CHF, svarende til ca. [REDACTED] euro, og et omsætningstal for perioden 1. januar 2020 til 30. juni 2020 på [REDACTED] CHF, svarende til ca. [REDACTED] euro.

Ifølge udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.2) skal omsætningen beregnes på følgende måde, såfremt ansøgeren støtter sig på en anden enhed:

“If the candidate relies on the financial capacities of other entities, the turnover is to be calculated as the total turnover of the candidate and such other entities in each of the three latest annual reports/financial statements available (naturally taking into account any consolidated financial accounts such that any turnover, etc., is not counted twice). For groups of operators (e.g. a consortium), the turnover is calculated as the total turnover of the operators in each of the three latest annual reports/financial statements available. The information is to be stated in section IV.B of the ESPD.”

Efter indholdet af ESPD'erne for henholdsvis ABB Power Grids og Hitachi ABB opfyldte ABB Power Grids således alene omsætningskravet på mindst 100.000.000 euro for regnskabsåret 2019.

Det er klagenævnets foreløbige vurdering, at Femern allerede på denne baggrund var berettiget til at afvise ABB Power Grids' ansøgning om prækvalifikation, da ABB Power Grids således ikke opfyldte det fastsatte minimumskrav til omsætning.

Det er endvidere klagenævnets foreløbige vurdering, at det ud fra oplysningerne afgivet af ABB Power Grids og Hitachi ABB i ESPD'erne umiddelbart fremstår klart, at ABB Power Grids ikke opfyldte minimumskravene til omsætning, og at Femern efter de foreliggende oplysninger ikke var forpligtet til at foretage en nærmere undersøgelse heraf. Det er endvidere klagenævnets



foreløbige vurdering, at de omstændigheder, som ABB Power Grids har henvist til vedrørende tidspunktet for og forløbet op til etableringen af selskaberne, ikke kan føre til, at Femern har været forpligtet til at vurdere mindstekravenes opfyldelse anderledes end fastsat eller over en kortere periode, herunder da en nedjustering af omsætningskravet/periodens længde vil medføre en ændring af mindstekravet, som vil være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Klagenævnet finder herefter ikke anledning til på nuværende tidspunkt tillige at udtale sig om, hvorvidt mindstekravet vedrørende soliditetsgrad var opfyldt.

Der er derfor på det foreløbige foreliggende grundlag ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

### Ad påstand 2

I forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, hedder det:

”Hvis ordregivende enheder i henhold til artikel 80 i nærværende direktiv har henvist til udelukkelses- eller udvælgelseskriterierne i direktiv 2014/24/EU, kontrollerer de ordregivende enheder i overensstemmelse med artikel 80, stk. 3, i nærværende direktiv, om de andre enheder, hvis kapacitet den økonomiske aktør agter at basere sig på, opfylder de relevante udvælgelseskriterier, eller om der er udelukkelsesgrunde, som de ordregivende enheder har henvist til i henhold til artikel 57 i direktiv 2014/24/EU. Den ordregivende enhed skal kræve, at den økonomiske 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. Den ordregivende enhed kan kræve, eller kan blive underlagt et krav fra medlemsstaten om at kræve, at den økonomiske aktør udskifter en enhed, med hensyn til hvilken der foreligger ikkeobligatoriske udelukkelsesgrunde, som de ordregivende enheder har henvist til.”

Som anført i klagenævnets kendelse af 18. januar 2019, ALSTOM Transport Danmark A/S mod DSB, må formålet med bestemmelsen antages at være at imødegå den risiko for tab af transaktionsomkostninger for såvel ordregivere som tilbudsgivere 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 efter reglerne herom i direktivets artikel 76, stk. 1, litra a.

Ved kendelsen fandt klagenævnet, at udtrykket ”en enhed, der ikke opfylder et relevant udvælgelseskraterium”, måtte 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 udvælgelseskraterium.

Efter indholdet af henholdsvis ABB Power Grids’ og Hitachi ABB’s ESPD’er, der ikke indeholdt forkerte oplysninger, må eller burde det – sådan som mindstekravene er fastsat – have stået ABB Power Grids klart, at i hvert fald kravet til niveauet for omsætning ikke var opfyldt, og ABB Power Grids kan på den baggrund ikke have haft en forudsætning om, at Hitachi ABB bidrog tilstrækkeligt til opfyldelsen af mindstekravet.

Under disse omstændigheder findes de hensyn, der ligger bag forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, i den foreliggende situation ikke at kunne føre til, at Femern var forpligtet til at give ABB Power Grids mulighed for at udskifte Hitachi ABB.

De forhold, som ABB Power Grids har henvist til vedrørende tidspunktet for og forløbet op til etableringen af selskabet og Hitachi ABB, kan ikke føre til et andet resultat.

Der er derfor på det grundlag, der foreløbigt foreligger, ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

### Ad påstand 3

Efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 2, jf. stk. 1, kan ordregiveren ved fastsættelsen af objektive kriterier for udvælgelsen af økonomiske aktører i begrænsede udbud anvende de udvælgelseskraterier, der er fastsat i udbudsdirektivets artikel 58 på de vilkår og betingelser, som er fastsat deri, navnlig med hensyn til grænser for krav til årlig omsætning, som omhandlet i artiklens stk. 3, andet afsnit.

I udbudsdirektivets artikel 58, stk. 3, står der:

”Hvad angår økonomisk og finansiel formåen, kan de ordregivende myndigheder pålægge krav, så det sikres, at de økonomiske aktører har tilstrækkelig økonomisk og finansiel kapacitet til at opfylde kontrakten. Med henblik herpå kan de ordregivende myndigheder navnlig kræve, at de økonomiske aktører har en vis minimumsårsomsætning, herunder en vis minimumsomsætning inden for det område, som kontrakten dækker. Ordregivende myndigheder kan desuden kræve, at de økonomiske aktører fremlægger oplysninger om deres årsregnskab, der viser forholdet mellem f.eks. aktiver og passiver. De kan endvidere kræve et tilstrækkeligt niveau af erhvervsansvarsforsikring.”

Femern kunne på den baggrund fastsætte krav til henholdsvis omsætning og soliditetsgrad og bestemme, at ansøgerne skulle fremlægge oplysninger herom i deres årsregnskab.

Det forhold, at ikke alle virksomheder kunne opfylde mindstekravet til økonomisk og finansiel kapacitet, medfører ikke i sig selv, at minimumskravene er i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og ligebehandlingsprincippet stiller således ikke krav om, at ethvert vilkår i udbudsmaterialet skal være konkurrenceneutralt for alle økonomiske aktører.

Ifølge udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.2) kunne virksomheder, der ikke opfyldte de fastsatte krav til omsætning og soliditet, støtte sig på andre enheders økonomiske formåen, jf. også forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79.

Femern har under sagen nærmere redegjort for, hvorfor det var nødvendigt at fastsætte de økonomiske nøgletal for en periode på tre år tilbage i tid og har herved henvist til TPS-kontraktens størrelse og betydning for etableringen af Femernforbindelsen.

ABB Power Grids har heroverfor ikke godtgjort, at de fastsatte minimumskrav er usaglige, irrelevante eller uproportionale.

Klagenævnet finder herefter ikke grundlag for at tilsidesætte Femerns vurdering af behovet for kapitalberedskab i forhold til størrelsen af omsætningen og soliditetsgraden, samt at oplysningerne skulle gå tre år tilbage, og det er på denne baggrund klagenævnets foreløbige vurdering, at de fastsatte krav til økonomisk formåen var sagligt begrundede, proportionale og i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Ad påstand 4 og 5

Som følge af det under påstand 1-3 anførte er der på det grundlag, der foreløbigt foreligger, ikke udsigt til, at påstandene vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Jakob O. Ebbensgaard

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen  
specialkonsulent