

Tildelingsbeslutningen er efterfølgende annulleret af Køge Kommune og klagen herefter tilbagekaldt, således at delkendelsen er klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

EV Infra Denmark ApS
(advokat Pia Tavs Vistisen, Århus)

mod

Køge Kommune
(advokat Anders Nørgaard og advokat Nick Bronstein, København)

Klagenævnet har den 20. februar 2023 modtaget en klage fra EV Infra Denmark ApS (herefter "EV Infra").

EV Infra har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Køge Kommune har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har den 23. februar 2023 under hensyn til, at udbuddet er omfattet af koncessionsdirektivet, truffet afgørelse om at tillægge klagen midlertidig opsættende virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 3 og svarskrift med bilag A - B.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande ud over påstanden om opsættende virkning:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Køge Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved i tilbudsfasen ikke at have oplyst, på hvilken måde nystartede virksomheder kunne dokumentere deres finansielle og økonomiske formåen på, ud over at Køge Kommune ville foretage en ”konkret vurdering”.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Køge Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, ved ikke at have angivet kriterierne for bedømmelsen af og krav til tilbudsgivernes finansielle og økonomiske formåen, herunder med risiko for at differentiere mellem nystartede og etablerede tilbudsgivere.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Køge Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 159, stk. 5, om efterfølgende indhentning af dokumentation, samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, ved at erklære EV Infra Denmark ApS’ tilbud for ukonditionsmæssigt, uden at give klager mulighed for at supplere eller fuldstændiggøre sine finansielle oplysninger, idet udbudsbetingelsernes eneste krav var ”på anden måde godtgøre deres økonomiske og faglige formåen”, uden angivelse af form eller minimumskrav.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Køge Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 159, stk. 1, jf. nr. 5, ved at udelukke EV Infra Denmark ApS fra tilbudsfasen, inden Køge Kommune havde verificeret, om EV Infra Denmark ApS levede op til kravene fastsat i udbudsbekendtgørelse og det øvrige udbudsmateriale.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal - såfremt Køge Kommune har tildelt kontrakt(er) i henhold til det afholdte udbud inden fremsendelse af nærværende klageskrift - annullere Køge Kommunes tildelingsbeslutning.”

Andre oplysninger i sagen:

Ved koncessionsbekendtgørelse nr. 2022/S 246-712624 af 16. december 2022, offentliggjort den 21. december 2022, udbød Køge Kommune som offentligt udbud efter direktiv 2014/23/EU (koncessionsdirektivet) etablering og drift af ladestandere til el-biler i Køge Kommune.

Koncessionen er opdelt i seks delaftaler fordelt geografisk i kommunen.

I koncessionsmaterialet blev der stillet som minimumskrav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle kapacitet, at de skulle oplyse deres egenkapital for de tre seneste regnskabsår, og at egenkapitalen for de tre seneste regnskabsår skulle være positiv. Tilbudsgiverne skulle oplyse herom i ESPD'et. Derudover fremgår følgende af koncessionsbekendtgørelsens pkt. III.1.2), hvilket gentages i koncessionsbetingelsernes pkt. 5.2.:

”Vindende Tilbudsgiver vil blive anmodet om at fremsende dokumentation i form af de tre seneste reviderede regnskaber.

Nystartede virksomheder skal på anden måde godtgøre deres økonomiske og faglige formåen. Ordregiver vil foretage en konkret vurdering i forhold om Tilbudsgiver har redegjort tilstrækkeligt for deres økonomiske og faglige formåen i forhold til Tilbudsgiver er egnet.”

EV Infra afgav tilbud. EV Infra har ikke i forbindelse med tilbudsafgivningen støttet sin økonomiske eller finansielle formåen på andre enheder.

Af tilbuddet fra EV Infra fremgår:

”Da firmaet er opstartet i 2021 datterselskab kan vi ikke aflægge egenkapital for de seneste tre år. Selskabskapitalen for 2021 var DKK 40.002, Dertil skal nævnes Ev Infra Denmark ApS en gren af det tyske EDRI GmbH, som har en såkaldt ”domination and profit and loss pooling agreement” (DPLPA) Med dets moderselskab, som kæder sig op til E.ON SE. Som effekt heraf er der forpligtelse fra E.ON, om at alle tab fra EDRI GmbH (og i forlængelse heraf EV Infra Denmark) dækkes. Data for moderselskabet kan leveres efter aftale hvis det findes relevant.”

Den 10. februar 2023 meddelte Køge Kommune, at tilbuddet fra EV Infra var fundet ukonditionsmæssigt, idet EV Infra ikke havde angivet sin egenkapital for de seneste 3 år. Af begrundelsen for at erklære tilbuddet ukonditionsmæssigt fremgår endvidere:

” ...

Udbudsbetingelserne gav mulighed for at:

Nystartede virksomheder skal på anden måde godtgøre deres økonomiske og faglige formåen. Ordregiver vil foretage en konkret vurdering i forhold om Tilbudsgiver har redegjort tilstrækkeligt for deres økonomiske og faglige formåen i forhold til Tilbudsgiver er egnet.

Køge Kommune har på den baggrund vurderet jeres angivelse i ESPD, hvor det konkluderes at I ikke i tilstrækkelig grad på anden vis har godtgjort jeres økonomiske formåen, derfor erklæres I uegnet som tilbudsgiver.

Udbudsloven (lov nr. 1564 af 15. december 2015) §159 stk. 5 giver ordregiver mulighed for at lade en tilbudsgiver supplere, præcisere eller fuldstændiggøre sit tilbud. Imidlertid har Køge Kommune ikke her benyttet sig af denne mulighed, idet dette skal ske under iagttagelse af udbudslovens §2 principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

...”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

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

Køge Kommune 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 1-5 har EV Infra gjort gældende, at da virksomheden er nystartet, har den ikke mulighed for at dokumentere sin egenkapital for ”de seneste 3 regnskabsår”, og det fremgår ikke af udbudsbetingelserne, hvilken anden dokumentation tilbudsgiver skulle fremlægge, jf. hertil Retens dom af 10. december 2009 i sag T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen.

Ordlyden i koncessionsbetingelsernes pkt. 5.2 henviser snarere til, at Køge Kommune ville foretage en konkret vurdering af, hvad kommunen ville betragte som fyldestgørende dokumentation, og – i lighed med etablerede virksomheder – indhente dokumentation efterfølgende.

Køge Kommune kan således ikke afvise tilbuddet uden videre, men er forpligtet til at foretage en konkret vurdering af, om tilbudsgivers økonomiske og finansielle formåen er ”passende”, jf. også Klagenævnets kendelse af 15. juli 2021, Fineman A/S mod Region Hovedstaden.

Særligt vedrørende påstand 1 har Køge Kommune gjort gældende, at hverken udbudslovens § 154, stk. 2, eller de specielle bemærkninger til bestemmelsen indeholder en pligt for ordregiver til på forhånd at definere, hvad der udgør passende dokumentation for godtgørelse af økonomisk og finansiell formåen.

En ordregiver er ikke forpligtet til på forhånd at angive den alternative dokumentation for økonomisk eller finansiell formåen, som en nystartet virksomhed skal fremlægge med sin ansøgning eller sit tilbud. Dette er helt i tråd med den vide skønsbeføjelse, som tillægges ordregivende myndigheder ved bedømmelsen af en sådan alternativ dokumentation.

Der gælder heller ikke en sådan pligt ved udbud efter koncessionsdirektivet. Kommunen har dermed været berettiget til at underkaste den dokumentation, som EV Infra har fremlagt til støtte for sin økonomiske og finansielle formåen, en konkret vurdering, sådan som det er forudsat i koncessionsudbudsbetingelserne.

Kommunen har skønnet, at EV Infra ikke i tilstrækkeligt omfang har godtgjort sin økonomiske og faglige formåen. Kommunen har herved navnlig lagt vægt på, at en puljeaftale som den oplyste efter kommunens skøn ikke giver den fornødne sikkerhed for, at EV Infra har godtgjort sin økonomiske og finansielle formåen.

Ordregiver er overladt et ganske vidt skøn ved vurderingen af, om en anden dokumentation må anses for passende. Dette skøn er ikke overskredet, og EV Infra har ikke fremført dokumentation til støtte for, at kommunens skøn var båret af usaglige hensyn.

EV Infra har ikke vedlagt et ESPD fra de eventuelle koncernforbundne selskaber, som i givet fald skulle have indgået en puljeaftale som forudsat i EV Infras tilbud. Derimod har EV Infra entydigt erklæret i sit ESPD, at EV Infra ikke baserede sig på andre enheders finansielle og økonomiske formåen, herunder egenkapital.

Af denne yderligere årsag var kommunen såvel berettiget som forpligtet til ikke at tage tilbuddet fra EV Infra i betragtning.

Særligt vedrørende påstand 2 har Køge Kommune gjort gældende, at kommunen har oplyst kriterierne for sin vurdering af tilbudsgivernes finansielle og økonomiske formåen i koncessionsbetingelsernes pkt. 5.2.

Særligt vedrørende påstand 3 har Køge Kommune gjort gældende, at kommunen ikke er forpligtet til at berigtige eller supplere mangelfulde tilbud. Det må lægges til grund, at EV Infra ikke bestrider, at EV Infras tilbud var ukonditionsmæssigt, som det forelå uden supplement eller fuldstændiggørelse af de omhandlede oplysninger. Udbudslovens § 159, stk. 5, finder i øvrigt ikke anvendelse ved udbud efter koncessionsdirektivet.

Særligt vedrørende påstand 4 har Køge Kommune gjort gældende, at påstanden er indholdsløs. Køge Kommune har henvist til kommunens anbringender fremsat ad påstand 1-3 og har endvidere gjort gældende, at EV Infra ikke levede op til det fastsatte mindstekrav til økonomisk og finansiell formåen i udbudsbetingelsernes punkt 5.2.

Særligt vedrørende påstand 5 har Køge Kommune gjort gældende, at ingen af de påståede overtrædelser hver for sig eller tilsammen ville have haft betydning for tilbudsgivernes udformning af tilbud, for udbuddets forløb eller har påvirket udfaldet af tilbudsbedømmelsen. Der er derfor intet grundlag for at annullere Køge Kommunes tildelingsbeslutning.

Ad uopsættelighed

EV Infra har ikke anført anbringender til støtte for, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt.

Køge Kommune har gjort gældende, at det påhviler EV Infra at godtgøre, at EV Infra vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis EV Infra skal afvente afgørelsen i hovedsagen. EV Infra har ikke sandsynliggjort, at EV Infra vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Ad interesseafvejning

EV Infra har ikke anført anbringender til støtte for, at en interesseafvejning skal falde ud til EV Infras fordel.

Køge Kommune har gjort gældende, at en interesseafvejning bør falde ud til kommunens fordel. Koncessionsudbuddet omhandler kommunens lov-bundne etablering af infrastruktur til kommunens borgere. Hensynet til kommunen og dens borgere overstiger væsentligt hensynet til EV Infra.

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.

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

Det følger af koncessionsdirektivets artikel 38, stk. 1, 2. pkt., at kravene til deltagernes finansielle og økonomiske situation skal være relaterede og stå i et rimeligt forhold til behovet for at sikre, at koncessionshaveren er i stand til at gennemføre koncessionen under hensyntagen til genstanden for koncessionen og målet om at sikre en reel konkurrence.

Køge Kommune har i koncessionsbetingelserne stillet som eneste krav til tilbudsgivernes finansielle og økonomiske formåen, at tilbudsgivers egenkapital for de tre seneste regnskabsår skal være positiv.

Det i koncessionsbetingelserne stillede krav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen udelukker – når kravet står alene – alene tilbudsgivere, der inden for de seneste tre år har haft en negativ drift, som har medført, at egenkapitalen er tabt. Derudover udelukker kravet tilbudsgivere, der ikke har eksisteret længe nok til at kunne aflægge regnskab i tre regnskabsår. Kravet fører dog efter koncessionsbetingelserne ikke til, at nystartede virksomheder er udelukkede, idet det i koncessionsbetingelserne udtrykkeligt forudsættes, at der kan afgives tilbud af tilbudsgivere, der har eksisteret i mindre end tre regnskabsår.

EV Infra har oplyst, at selskabet blev stiftet i 2021, og at selskabet har en positiv egenkapital. Selskabet har dermed ikke haft en negativ drift, som har medført, at egenkapitalen er tabt. EV Infra har – dog uden at vedlægge den konkrete dokumentation – henvist til sit moderselskab, det tyske EDRI GmbH, og til forpligtelsen for E-ON til at dække tab fra EDRI GmbH og i forlængelse heraf fra EV Infra.

Køge Kommune har ikke i udbudsmaterialet eller foreløbigt i forbindelse med klagesagen redegjort nærmere for formålet med det stillede krav, herunder at kravet er relateret og står i rimeligt forhold til behovet for at sikre, at koncessionshaveren er i stand til at gennemføre koncessionen, og har heller ikke i forbindelse med udelukkelsen af EV Infra nærmere begrundet, hvorfor kommunen fandt, at EV Infra ikke i tilstrækkelig grad havde godtgjort sin økonomiske formåen.

Køge Kommune har herefter på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke godtgjort, at EV Infra ikke levede op til kravet om finansiel og økonomisk formåen i koncessionsbetingelsernes pkt. 5.2, og at det var berettiget at afvise tilbuddet fra EV Infra som ukonditionsmæssigt.

Betingelse nr. 1 er derfor opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at EV Infra ikke har oplyst nærmere om omstændigheder, som kan føre til, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt.

Betingelse nr. 2 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

Genpartens rigtighed bekræftes.

Katrine Kirkegaard Gade
nævnsssekretær