



## UDBUDSRETTLIGT NYHEDSBREV

I nyhedsbrevet kan I læse et udvalg af de senest offentliggjorte afgørelser fra EU-Domstolen samt kendelser fra Klagenævnet for Udbud, som skønnes at have mere generel interesse for udbudspraktikere. Vi erindrer endvidere om vores seminar, som vi afholder i vores lokaler **torsdag d. 25. april 2019**, hvor vi blandt andet vil gennemgå ny rets- og klagenævnspraksis, herunder praksis fra EU-Domstolen. Link til seminaret [her](#).

**Rammeaftaler skal fra begyndelsen fastlægge den maksimale mængde varer eller tjenesteydelser, der kan være genstand for efterfølgende kontrakter.**

EU-domstolens dom af 19. december 2018 i sagen C-216/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust og Coopservic mod Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST) m.fl.*

Dommen er EU-Domstolens svar i en præjudiciel forelæggelse indgivet af den øverste domstol i forvaltningsretlige sager i Italien i forbindelse med en sag om en rammeaftale vedr. renovation, indsamling og bortskaffelse af affald.

Rammeaftalen blev oprindeligt udbudt med én ordregivende myndighed, en lokal myndighed for sundhed og social omsorg i Garda (ASST del Garda) som kontraktspart. Efter kontrakten kunne en eller flere af de organer, der var nævnt i klausulen, "Udvidelse af kontrakt", anmode leverandøren om at udvide kontrakten

til at omfatte dem. Klausulen nævnte blandt andre en lokal myndighed for sundhed og social omsorg i Valcamonica – Sebino, Italien (ASST Valcamonica).

Da ASST Valcamonica benyttede sig af den nævnte klausul om "Udvidelse af kontrakt", anlagde både Coopservice Soc. coop. Arl (Coopservice), der indtil da havde udført rengøringen af ASST Valcamonicas lokaler, og konkurrencemyndighederne i Italien (AGCM) begge sag med påstand om annullation af de nationale retsakter, der muliggjorde tildeling af kontrakterne, da disse bl.a. ansås som værende i strid med pligten til at afholde et udbud.

I forbindelse med appelsagen blev der stillet følgende præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen:

Skal det gamle udbudsdirektiv (2004/18) fortolkes således, at de tillader indgåelse af en rammeaftale, hvor

- 1) en ordregivende myndighed handler i eget navn og på vegne af andre specifikt angivne ordregivende myndigheder, der imidlertid ikke er direkte parter i denne rammeaftale, og
- 2) mængden af de ydelser, som de ordregivende myndigheder, der ikke indgår rammeaftalen, kan bestille ved deres indgåelse af efterfølgende kontrakter baseret på denne rammeaftale, ikke er fastlagt eller er fastlagt gennem en henvisning til deres sædvanlige behov.

I relation til spørgsmål 1) konkluderede EU-Domstolen (sammentrængt gengivet), at der ikke er krav om, at en sekundær ordregivende myndighed såsom ASST Valcamonica i hovedsagen har deltaget i rammeaftalens undertegnelse for efterfølgende at kunne indgå en kontrakt. Det er tilstrækkeligt, at en sådan ordregivende myndighed fremgår som værende en potentiel part i den udbudte rammeaftale ved at være specifikt anført i udbudsdokumenterne, herunder enten i selve rammeaftalen eller i et andet dokument såsom en udvidelsesklausul i udbudsbetingelserne, dog såfremt kravene om offentlighed og retssikkerhed og følgelig gennemsigtighed er overholdt.

I relation til spørgsmål 2) udtaler EU-Domstolen, at formuleringen, hvorefter rammeaftaler har til formål at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der skal indgås i løbet af en given periode, især med hensyn til pris og *i givet fald* påtænkte mængder, kan hentyde, at det er valgfrit, om en ordregiver vil angive mængden af ydelser, som aftalen vedrører, men at en sådan fortolkning imidlertid ikke kan tiltrædes. I den forbindelse henviser EU-Domstolen til flere andre bestemmelser i det gamle udbudsdirektiv og bilag hertil, der angiver, at rammeaftaler fra begyndelsen skal fastlægge den maksimale mængde varer eller tjenesteydelser, der kan være genstand for efterfølgende kontrakter. Endvidere udtaler EU-Domstolen, at dette sikrer overholdelsen af de grundlæggende principper, der gælder for indgåelse af offentlige kontrakter, og at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ville blive påvirket, såfremt den ordregivende myndighed, der oprindeligt var part i aftalen, ikke præciserede den samlede mængde, som en sådan aftale vedrører.

EU-Domstolen konkluderer således, at de ordregivende myndigheder, der ikke konkret underskriver rammeaftalen, skal fastlægge og oplyse mængden af de ydelser, der kan bestilles, når de indgår kontrakter i henhold til rammeaftalen i forbindelse med udbuddet af rammeaftalen. En sådan fastlæggelse kan ikke ske via en henvisning til deres sædvanlige behov.

I sine præmisser til besvarelsen af spørgsmål 2), udtaler EU-Domstolen endvidere, at det følger af direktivets art. 32, stk. 3, at den ordregivende myndighed, der oprindeligt var part i rammeaftalen, kun kan forpligte sig i eget navn og på vegne af andre ordregivende myndigheder, der er klart udpeget i denne aftale, inden for grænserne af en bestemt mængde, og at når denne grænse er nået, vil den pågældende aftale have udtømt sine virkninger.

#### *Kommentar*

Selvom dommen vedrører bestemmelser efter det gamle udbudsdirektiv, må EU-Domstolens udtalelser (delvist) være udtryk for generelle udbudsretlige principper.

EU-Domstolens svar på spørgsmål 1) er ikke overraskende. Udbudslovens § 96, 1. pkt. angiver da også følgende:

*Det skal angives i udbudsbekendtgørelsen, hvilke ordregivere der skal kunne gøre brug af rammeaftalen.*

I forarbejderne til bestemmelsen fremgår det, at dette er en videreførelse af gældende ret, og det kan således ikke overraske, at EU-Domstolen også er nået til den konklusion, at andre ordregivende myndigheder end udbyderen af en rammeaftale kan trække på rammeaftalen, når det ved udbuddet af rammeaftalen klart fremgår, at de kan gøre det.

Heller ikke besvarelsen af spørgsmål 2) ses at afvige fra almindelig praksis. Dog er EU-Domstolens udtalelse om, at når en ordregiver har trukket på rammeaftalen op til den angivne maksimale mængde varer eller tjenesteydelser, og rammeaftalens grænse er nået, vil den pågældende aftale have udtømt sine virkninger, værd at bemærke sig, da EU-Domstolen ikke tidligere har udtalt sig så præcist om, at der ikke længere kan trækkes på en rammeaftale, når den forud i udbudsbekendtgørelse angivne grænse er nået.

Dommen fra EU-Domstolen understreger, at der ikke er frit slag til blot løbende at udvide en rammeaftales anvendelsesområde i dens løbetid, når blot genstanden for rammeaftalen er den samme. I praksis har en del ordregivere fortolket dette meget lempeligt. Med EU-Domstolens dom er der sat fokus på, at dette ikke er lovligt og i praksis vil kunne føre til, at der indgås ulovlige kontrakter baseret på rammeaftalerne. Dette svarer til indgåelse af en kontrakt uden forudgående udbud, og sanktionerne for en sådan adfærd vil være den samme, nemlig uden virkning og bøder.

Link til dommen [her](#).

**Tilbudsgiver havde ikke haft en utilbørlig konkurrencefordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere i kraft af sin udarbejdelse af et indledende designkoncept, da designkonceptet indgik i udbudsmaterialet og således var tilgængeligt for de øvrige tilbudsgivere.**

Klagenævnet for Udbuds Kendelse af 1. november 2018, *Subsea Engineering Associates Pty Ltd mod Energinet*

Klagen angår Energinets indkaldelse af tilbud med henblik på at etablere en kvalifikationsordning for tekniske rådgivningsydelser efter forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2014/25/EU) til brug for et projekt om opførelse af en gasrørledningsforbindelse til transport af gas fra Norge til Polen via Danmark.

Energinet opfordrede ved udbudsbrev de fem virksomheder, som blev optaget på kvalifikationsordningen, til at afgive tilbud på detailprojekteringen af gasrørledningen mellem Norge og Danmark. Energinet modtog herefter indledende tilbud fra alle fem virksomheder, herunder Subsea Engineering Associates Pty Ltd (herefter Subsea) og IKM Ocean Design AS (herefter IKM). IKM havde bistået ved udarbejdelsen af et indledende designkoncept, der indgik som bilag i udbudsmaterialet.

Efter gennemførte forhandlinger med tilbudsgiverne meddelte Energinet, at Energinet have besluttet at tildele kontrakten til IKM.

Subsea indgav klage til Klagenævnet for Udbud med påstande om, at Energinet havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1 ved at have begået fejl i forbindelse med den kvalitative tilbudsevaluering, herunder blandt andet ved at have tildelt point i modstrid med de givne begrundelser, ved at tillægge forhold, som gør sig gældende for begge tilbud, negativ vægt i evalueringen af Subsea's tilbud, men ikke i det vindende tilbud, samt ved uretmæssigt at lægge vægt på en række forhold, som ikke er beskrevet i udbudsmaterialet. Subsea nedlagde endvidere påstand om, at Klagenævnet for Udbud skulle annullere Energinets tildelingsbeslutning.

Klagenævnet for Udbud angiver indledningsvist i sin kendelse, at ordregiveren efter helt fast klagenævns- og retspraksis har et vidt skøn ved evalueringen af tilbuddene i relation til de kvalitative kriterier, og at Klagenævnet for Udbud kun tilsidesætter evalueringen, såfremt ordregiveren har overskredet grænserne for skønnet eller i øvrigt har handlet usagligt. Endvidere anfører Klagenævnet for Udbud, at Klagenævnet ikke erstatter ordregiverens skøn med sit eget.

Klagenævnet for Udbud henviste endvidere til sin egen praksis samt praksis fra Domstolen, hvorefter ordregiver kan lægge vægt på forhold, som ikke udtrykkeligt er anført i udbudsmaterialet, hvis underkriteriet udtrykkeligt giver grundlag herfor. Der er ikke krav om, at ordregiveren udtømmende oplister samtlige forhold, der tillægges vægt ved vurderingen af et underkriterium. Det er derimod et krav, at der oplyses om forhold, der lægges afgørende vægt på, samt forhold, der efter sædvanlig forståelse af, hvad der ligger inden for rammerne af det pågældende kriterium, må anses for usædvanligt at tillægge betydning.

Klagenævnet for Udbud tog herefter ingen af Subsea's klagepunkter til følge, herunder ej heller påstanden om, at Klagenævnet for Udbud skulle annullere Energinets tildelingsbeslutning.

Afslutningsvist udtalte Klagenævnet for Udbud:

*“der er heller ikke grundlag for at fastslå, at IKM i kraft af sin udarbejdelse af det indledende designkoncept for Gassco har haft en utilbørlig konkurrencefor-*

*del i forhold til de øvrige tilbudsgivere. Designkonceptet indgik således i udbudsmaterialet, og den information, som IKM har haft til rådighed, er derfor tilgængeligt for de øvrige tilbudsgivere."*

#### *Kommentar*

Kendelsen er som sådan ikke udtryk for noget nyt, idet Klagenævnet for Udbud følger sin faste praksis, hvorefter der skal meget til, førend Klagenævnet for Udbud tilsidesætter en ordregivers skøn ved den kvalitative tilbudsvurdering. Udtalelserne i kendelsen om tilbudsevalueringen er således standard praksis, og der findes en lang række kendelser fra Klagenævnet med lignende generelle tilkendegivelser.

Dog er Klagenævnets udtalelse vedr. designkonceptet - udarbejdet af en tilbudsgiver - nok værd at skrive sig bag øret. Det følger af ligebehandlingsprincippet, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre det er objektivt begrundet og proportionalt. Det betyder, at der alene må ske forskelsbehandling mellem ansøgere og tilbudsgivere, når dette er sagligt begrundet. I samme tråd følger det tillige af ligebehandlingsprincippet, at en ordregiver har pligt til igennem hele udbudsproceduren at behandle alle tilbudsgivere lige, hvilket betyder, at ordregiver lige fra de forberedende faser til og med kontraktindgåelsen skal sikre, at alle tilbudsgiverne får mulighed for at konkurrere på lige fod. En ordregiver er således forpligtet til at udligne en tilbudsgivers eventuelle konkurrencefordele.

Udbudsreglerne indeholder endvidere bestemmelser, hvorefter ordregiver skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis virksomhedens deltagelse i den indledende markedsundersøgelse medfører en konkurrencefordrejning. Virksomheden skal kun udelukkes, hvis det ikke er muligt at afhjælpe konkurrencefordrejningen med mindre indgribende foranstaltninger. Ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om udbudsreglerne kan mindre indgribende foranstaltninger end udelukkelse fx være fremlæggelse af relevant information for alle potentielle ansøgere eller tilbudsgivere, hvilket kan sikre, at alle ansøgere eller tilbudsgivere har de samme informationer til rådighed mht. udarbejdelse af ansøgning eller tilbud.

Klagenævnet for Udbuds bemærkning om designkonceptet udgør således et konkret eksempel som forudsat i vejledningen fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Idet designkonceptet var indgået og offentliggjort i udbudsmaterialet, og den information, som IKM havde haft til rådighed, dermed var tilgængeligt for de øvrige tilbudsgivere, havde IKM ikke haft en utilbørlig konkurrencefordel som følge af, at denne havde deltaget ved udarbejdelsen af designkonceptet, som indgik i udbudsmaterialet.

Link til kendelsen [her](#).

**Ordregiver havde ikke på en gennemsigtig måde beskrevet, hvad der ville blive lagt vægt på ved evalueringen af referencerne i forhold til det kvalitative underkriterium og ej heller anvendt en egnet matematisk model til at understøtte udvælgelsen.**

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. december 2018, *KMD A/S mod Københavns Kommune, Socialforvaltningen*

Kendelsen er Klagenævnet for Udbuds stillingtagen til, om den konkrete klage skulle tillægges opsættende virkning. Da klageren senere har tilbagekaldt klagen, er delkendelsen om opsættende virkning blevet Klagenævnet for Udbuds afgørelse i sagen.

Kendelsen vedrører Københavns Kommunes udbud af en kontrakt om levering, vedligeholdelse, drift, support og videreudvikling af en social- og sundhedsfaglig løsning til Københavns Kommune. Udbuddet blev foretaget som udbud med forhandling efter udbudsloven.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgik det blandt andet, at ansøgerne skulle vedlægge et udfyldt ESPD blandt andet indeholdende en referenceliste over ansøgernes betydeligste leverancer af lignende tjenesteydelser. Ansøgerne kunne maksimalt angive fem referencer.

Det fremgik endvidere, at såfremt flere end fire ansøgere opfyldte kravene til egnethed, ville ordregiver udvælge de fire ansøgere, som var bedst egnede, på baggrund af en vurdering af de mest relevante referencer. Ordregiver ville i den forbindelse lægge størst vægt på bred erfaring med samtlige (otte) referencemråder.

KMD A/S (KMD) indgav ansøgning om prækvalifikation og vedlagde i alt tre referencer. De fem øvrige ansøgere havde alle henvist til fem referencer.

Københavns Kommune valgte ikke at prækvalificere KMD, og angav i brevet med meddelelse om, at KMD ikke var blevet prækvalificeret blandt andet, at det havde haft en stor betydning for vurderingen, at KMD alene havde vedlagt tre referencer.

Af evalueringsrapporten fremgik det endvidere, at Københavns Kommune havde anvendt en metode ved udvælgelsen af de bedst kvalificerede ansøgere, hvorefter antallet af referencer i sig selv blev udslagsgivende for, hvilken pointtildeling og vurdering ansøgerne opnåede.

KMD indgav klage og nedlagde blandt andet påstand om (påstand 1), at Klagenævnet for Udbud skulle konstatere, at Københavns Kommune havde handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2 ved at have lagt afgørende vægt på antallet af referencer, uanset dette kriterium ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen. KMD nedlagde endvidere påstand om (påstand 3) annullation af beslutningen om prækvalifikation samt påstand om (påstand 4), at klagen blev tillagt opsættende virkning.

Under Klagenævnet for Udbuds vurdering af om betingelsen om *fumus boni juris* (om klagen har noget på sig) var opfyldt, henviser Klagenævnet for Udbud til de specielle bemærkninger til udbudslovens § 145, hvorefter

*[...] såfremt ordregiveren vil udvælge de bedste egnede ansøgere på baggrund af de mest relevante referencer, skal det beskrives i udbudsmaterialet, hvad der konkret tillægges betydning ved bedømmelsen af referencerne. Hvis ordregive-*

*ren lægger vægt på flere forskellige forhold, skal det fremgå klart af udbudsmaterialet, hvordan de enkelte forhold prioriteres eller vægtes. Det er ikke et krav, at kriterierne skal vægtes, men det skal være gennemsigtigt, hvordan udvælgelsen vil ske.*

[...]

*Kriterierne skal i henhold til bestemmelsens stk. 3, nr. 3, fastsættes under hensyntagen til principperne i § 2. Som en konsekvens heraf skal kriterierne være objektive og ikkediskriminerende. Formålet bag bestemmelsen er at sikre gennemsigthed for potentielle ansøgere ved, at det fremgår, hvilke oplysninger der vil indgå i udvælgelsen og, hvordan oplysningerne vil blive vurderet.*

Klagenævnet for Udbud udtaler, at Københavns Kommune ikke på en gennemsigtig måde havde beskrevet, hvad der ville blive lagt vægt på ved evalueringen af referencerne i forhold til det kvalitative underkriterium, samt at den matematiske model ikke havde været egnet til at understøtte udvælgelsen af de ansøgere, som havde "de mest relevante referencer, set i forhold til den udbudte opgave", og at der således var udsigt til, at Klagenævnet for Udbud ville tage påstand 1 til følge.

Som en konsekvens af ovenstående var der udsigt til, at Københavns Kommunes prækvalifikationsbeslutning ville blive annulleret, og betingelsen om "fumus boni juris" var derfor opfyldt.

Vedrørende betingelsen om uopsættelighed bemærker Klagenævnet for Udbud, at da KMD's klage vedrører, at selskabet med urette ikke blev prækvalificeret til at deltage i udbuddet, er KMD ikke tilstrækkeligt beskyttet af de almindelige erstatningsregler, såfremt KMD ved en endelig afgørelse måtte få medhold i klagen. KMD, der ikke havde afgivet tilbud, ville således i sagens natur ikke kunne kompenseres med erstatning i form af negativ kontraktinteresse eller positiv opfyldelsesinteresse. Da opsættende virkning ville være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for KMD, forelå der således uopsættelighed.

Klagenævnet for Udbud fandt endvidere, at betingelsen om, at en interesseafvejning skal tale for opsættende virkning, tillige var opfyldt.

Klagenævnet for Udbud tillagde således klagen opsættende virkning.

Læs kendelsen [her](#).

**Ordregiver har pligt til at anmode ansøgere/tilbudsgivere om at udskifte en støttende enhed, som ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium.**

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. januar 2019, *ALSTOM Transport Danmark A/S mod DSB*

Kendelsen vedrører DSB's udbud af en kontrakt om indkøb af "New Trains – Supply and Maintenance of Electronic Trainsets" til en anslået værdi af DKK 50 mia. Udbuddet blev foretaget som udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2014/25/EU).

DSB modtog blandt andet ansøgning om prækvalifikation fra ALSTOM Transport Danmark A/S (Alstom). Alstom havde i sin ansøgning om prækvalifikation angivet at basere sig på fire selskabers finansielle og økonomiske formåen, herunder ALSTOM Transport Holdings BV (AT Holland). Alstom havde vedlagt sin ansøgning om prækvalifikation et ESPD for Alstom samt individuelle ESPD'er for de fire støttende virksomheder.

DSB prækvalificerede Alstom og tre andre ansøgere og anmodede på samme tid om fremsendelse af dokumentation for opfyldelse af de fastsatte minimumskrav til økonomisk og finansiell formåen.

Alstom blev herefter opmærksom på, at der i ESPD'et for AT Holland var angivet en gældsgrad på 0, hvilket imidlertid hvilede på, at intern gæld ikke var medtaget i beregningen. Såfremt intern gæld blev inddraget i beregningen, ville den samlede gennemsnitlige gældsgrad for Alstom og de fire virksomheder, som Alstom baserede sin ansøgning på, i de seneste 3 år efter den beregningsmetode, som skulle anvendes, herefter overstige 4 og dermed ikke opfylde et minimumskrav i udbudsbekendtgørelsen.

Alstom anmodede herefter om tilladelse til at erstatte AT Holland med selskabet ALSTOM Holdings A/S (AT Holdings), hvilket efter Alstoms opfattelse ville medføre, at minimumskravet til gældsgrad ville være opfyldt og i øvrigt ikke påvirke opfyldelsen af de øvrige minimumskrav til økonomisk og finansiell formåen. Denne anmodning blev afvist af DSB med henvisning til, at der ikke var juridisk grundlag for at tillade en sådan erstatning.

Alstom klagede her efter til Klagenævnet for Udbud og nedlagde påstand om, at Klagenævnet skulle konstatere, at DSB overtrådte artikel 79, stk. 2, og/eller ligebehandlingsprincippet i artikel 36, stk. 1, i forsyningsvirksomhedsdirektivet ved at have truffet afgørelse om at afslå Alstoms anmodning om erstatning af selskabet AT Holland med selskabet AT Holdings. Alstom nedlagde endvidere påstand om, at Klagenævnet for Udbud skulle annullere DSB's beslutning om at afslå Alstoms anmodning om erstatning af selskabet AT Holland med selskabet AT Holdings.

Klagenævnet for Udbud indleder med at undersøge, om art. 79, stk. 2, 2. afsnit, i forsyningsvirksomhedsdirektivet finder anvendelse i den konkrete situation. Art. 79, stk. 2, 2. afsnit, i forsyningsvirksomhedsdirektivet lyder som følger:

*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.*

(Bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 79, stk. 2, 2. afsnit, findes tilsvarende i udbudsdirektivets art. 63, stk. 1, 2. afsnit. Udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, 2. afsnit, 2. pkt., er endvidere implementeret i dansk ret i udbudslovens § 144, stk. 5.)



Klagenævnet udtaler, at bestemmelsen efter sin ordlyd udtrykkeligt angår en situation, hvor et relevant udvælgelseskriterium ikke er opfyldt. I en sådan situation ville udgangspunktet være, at den pågældende ansøgning eller det pågældende tilbud måtte anses for ukonditionsmæssigt. Bestemmelsen fastsætter imidlertid, at ordregiveren i en sådan situation skal anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at udskifte den virksomhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har angivet at ville basere sin opfyldelse af et af mindstekravene til egnethed på, hvis virksomheden ikke opfylder dette krav. Der er hverken i præambelen til forsyningsvirksomhedsdirektivet eller til udbudsdirektivet betragtninger, der redegør nærmere for formålet med bestemmelsen. Efter bestemmelsens indhold, systematiske placering i direktivet, og samspillet med reglerne om anvendelse af ESPD-oplysninger som foreløbigt bevis for ansøgers/tilbudsgivers overholdelse af mindstekrav til egnethed og for, at der ikke foreligger grunde til udelukkelse fra udbuddet, herunder i relation til andre enheder, som ansøgeren/tilbudsgiveren baserer sig på, 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.

Klagenævnet fandt, efter afvisning af modsatrettede anbringender fra DSB, at bestemmelsen i artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, 2. pkt., finder anvendelse i relation til Alstoms anmodning om udskiftning af AT Holland som støttende virksomhed. DSB havde herefter pligt til at anmode Alstom om at udskifte AT Holland som støttende virksomhed.

Herefter tog Klagenævnet for Udbud stilling til, om en udskiftning vil kunne tillades inden for rammerne af ligebehandlingsprincippet.

Klagenævnet udtaler, at dette spørgsmål må bero på, om udskiftningen vil medføre en forringelse af de øvrige ansøgers/tilbudsgivers konkurrencemæssige stilling m.h.p. at blive tildelt den udbudte kontrakt.

I den forbindelse angiver Klagenævnet for Udbud, at det er ubestridt, at Alstom også ville være blevet prækvalificeret, såfremt selskabet i stedet for AT Holland havde baseret sin opfyldelse af de finansielle mindstekrav til egnethed på AT Holdings (sammen med de tre øvrige støttende selskaber), samt at der efter det foreliggende heller ikke i øvrigt er grundlag for at antage, at Alstom konkret havde fået en uberettiget konkurrencemæssig fordel i forhold til de ikke-prækvalificerede ansøgere.

Klagenævnet fandt herefter, at det ville være i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet at imødekomme Alstoms ønske om at erstatte AT Holland med AT Holdings, og Klagenævnet for Udbud tog herefter påstand 1 til følge.

Klagenævnet for Udbud tog her efter tillige annullationspåstanden til følge.

#### *Kommentar*

Kendelsen er principiel, da der er tale om fortolkning af en bestemmelse, der ikke tidligere har været en del af udbudsreglerne.

I kendelsen angiver Klagenævnet for Udbud, at der hverken i præambelen til forsyningsvirksomhedsdirektivet eller udbudsdirektivet ses at være betragtninger, der redegør for formålet med bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, eller den tilsvarende bestemmelse i udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, 2. afsnit, og kendelsen udgør således et væsentligt redskab ved fortolkningen af denne bestemmelse, der, som angivet ovenfor, er implementeret ved udbudslovens § 147, og som dermed gælder for udbud både efter forsyningsvirksomhedsdirektivet og udbudsloven.

Link til kendelsen [her](#).

**LOTTE HUMMELSHØJ**  
ADVOKAT (L)  
[LH@NNLAW.DK](mailto:LH@NNLAW.DK)



**SEBASTIAN PEDERSEN**  
ADVOKAT  
[SAP@NNLAW.DK](mailto:SAP@NNLAW.DK)



Tilmeld/frameld dig nyhedsbrevet på [www.nnlaw.dk](http://www.nnlaw.dk)

DETTE NYHEDSBREV KAN IKKE ERSTATTE JURIDISK RÅDGIVNING. NIELSEN NØRAGER ADVOKATPARTNERSELSKAB OG DE OVENNÆVNTE JURISTER PÅTAGER SIG INTET ANSVAR FOR TAB SOM DIREKTE ELLER INDIREKTE FØLGE AF BRUG AF NYHEDSBREVET, HERUNDER FOR TAB SOM FØLGE AF UTILSTRÆKKELIGE ELLER FEJLAGTIGE INFORMATIONER, VURDERINGER ELLER ANDRE FORHOLD I FORBINDELSE MED NYHEDSBREVET. NIELSEN NØRAGER ADVOKATPARTNERSELSKAB YDER RÅDGIVNING I FORBINDELSE MED KONKRETE SPØRGSMÅL I OVERENSSTEMMELSE MED DE ADVOKATETISKE REGLER.