

## Klagenævnet for Udbud

(Nikolaj Aarø-Hansen, Kirsten Thorup, Steen Treumer, Birgitte Nellemann)

J.nr.: 18/09707

18. januar 2019

### K E N D E L S E

ALSTOM Transport Danmark A/S  
(advokat Gitte Holtsø, København)

mod

DSB  
(advokat Niels Karl Heilskov Rytter og advokat Morten Wahl Liljenbøl,  
København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 120-274572 af 22. juni 2018, offentliggjort den 26. juni 2018, udbød DSB som udbud med forhandling efter direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) en kontrakt om indkøb af ”New Trains – Supply and Maintenance of Electronic Trainsets” til en anslået værdi af 50 mia. kr.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 10. september 2018 havde 7 ansøgere, heriblandt ALSTOM Transport Danmark A/S (herefter Alstom), anmodet om prækvalifikation.

Alstom havde i sin ansøgning om prækvalifikation angivet at basere sig på følgende selskabers finansielle og økonomiske formåen, jf. udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.2:

1. ALSTOM Konstal S.A. (”AT Polen”)
2. ALSTOM Transport UK Limited (”AT UK”)
3. ALSTOM Transporte S.A.U. (”AT Spanien”)
4. ALSTOM Transport Holdings BV (”AT Holland”).

Alstom havde vedlagt sin ansøgning om prækvalifikation et ESPD for Alstom samt individuelle ESPD'er for de 4 nævnte virksomheder med oplysning om omsætning, balancesum, EBIT margin, gældsgrad og soliditetsgrad til opfyldelse af udbudsbetingelsernes mindstekrav til økonomisk og finansiel formåen.

Ved brev af 24. oktober 2018 til Alstom meddelte DSB, at følgende 4 virksomheder ud af i alt 5 konditionsmæssige ansøgere var blevet prækvalificeret til at deltage i udbuddet, jf. herved også udbudsbetingelsernes punkt II.2.9 om antallet af deltagere:

1. ALSTOM Transport Danmark A/S
2. Bombardier Transportation Denmark A/S
3. Siemens Mobility A/S
4. Stadler Bussnang AG

Ved samme brev anmodede DSB Alstom om senest den 5. november 2018 at fremsende dokumentation for sin opfyldelse af de fastsatte minimumskrav til økonomisk og finansiel 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.

Ved brev af 9. november 2018 til DSB anmodede Alstom 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 finansiel formåen.

Ved brev af 6. december 2018 afslog DSB at tillade, at Alstom erstattede "AT Holland" med "AT Holdings".

Den 12. december 2018 indgav Alstom klage til Klagenævnet for Udbud over DSB. Klagen har været behandlet skriftligt.

Alstom har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at DSB har overtrådt artikel 79, stk. 2, og/eller ligebehandlingsprincippet i artikel 36, stk. 1, i Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (forsyningsvirksomhedsdirektivet) ved den 6. december 2018 at have truffet afgørelse om at afslå Alstoms anmodning af 9. november 2018 om erstatning af selskabet ALSTOM Transport Holdings BV, som er et af flere med Alstom koncernforbundne selskaber, som Alstom har baseret sin økonomiske og finansielle formåen på for at opfylde de fastsatte minimumskrav til egnethed, med selskabet ALSTOM Holdings SA med henvisning til, at der ikke er juridisk grundlag for at tillade en sådan erstatning.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere DSB's beslutning af 6. december 2018, jf. § 13, stk. 1, nr. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, om at afslå Alstoms anmodning om erstatning af ALSTOM Transport Holdings BV med ALSTOM Holdings SA.

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

Klagenævnet har behandlet sagen som en hastesag.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbuddet omfatter to indbyrdes afhængige aftaler, en rammeaftale vedrørende anskaffelse af togsæt mv. ("*Supply Agreement*") og en rammeaftale om drift og vedligeholdelse mv. ("*Maintenance Agreement*"). Aftalerne skal tildeles samme leverandør, og rammeaftalen om drift og vedligeholdelse har en varighed på op til ca. 44 år, jf. udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.4, II.1.5 og II.2.4.

I udbudsbekendtgørelsens punkt III.1.2 er anført:

"...

The applicant must meet the following minimum requirements at the time of prequalification as an average of the last 3 financial years prior to the deadline for submission of application for

prequalification:

- (A) A total annual turnover of at least EUR 1,000 million
  - (B) A balance sheet total of at least EUR 1,500 million
  - (C) An EBIT margin of at least 5 % - calculated by dividing EBIT with turnover (EBIT/turnover\*100)
  - (D) A debt ratio of under 4 – calculated by dividing net interest bearing debt with EBITDA (net interest bearing debt/EBITDA)
  - (E) A solvency ratio of at least 20 % – calculated by dividing equity with total assets (equity/total assets\*100)
- ..."

Udbudsbetingelsernes punkt 10, Changes to the composition of a tenderer etc., lyder:

"It may occur that a tenderer, for various reasons, wishes to make changes to the composition of the tenderer during the tender process.

Firstly, if, during the tender procedure, a tenderer consisting of a group of economic operators (e.g. a consortium) wishes to change the composition of the consortium, this may only take place with the prior written consent of DSB. This includes the exit and/or entry of a member in the consortium.

A change may be accepted by DSB when a participant in a consortium is omitted unless such participant has had decisive influence on the prequalification of the consortium or the tender evaluation. Replacement of a participant in a consortium may be accepted when the reason for the replacement is demonstrably outside the control of the remaining participants, unless this participant has had decisive influence on the prequalification of the consortium or the tender evaluation. A merger or other type of company restructuring may also be accepted if neither the prequalification nor the tender evaluation would be affected.

Secondly, if, during the tender procedure, a tenderer who in the prequalification stage relied on the economic and financial ability and / or technical and professional capacity of other legal entities (e.g. a partner, a parent company or one or more affiliated companies) wishes to replace or omit such legal entity on which it has relied with another legal entity, this can only take place with the prior written consent of DSB.

Unless the replaced company has had decisive influence on the prequalification of the tenderer or the tender evaluation, a change may be ac-

cepted by DSB, when a tenderer replaces a company which the tenderer relies on concerning economic and financial ability and / or technical and professional capacity, if the replacement is demonstrably due to events outside the tenderer's control. A change may be accepted by DSB when a company which the tenderer relies on concerning economic and financial ability and / or technical and professional capacity is omitted unless the omitted company has had decisive influence on the prequalification of the tenderer or the tender evaluation. A merger or other type of company restructuring of a company that the tenderer relies on concerning economic and financial ability and / or technical and professional capacity may be accepted by DSB, if neither the prequalification nor the tender evaluation would be affected.

Thirdly, if, during the tender procedure, a tenderer participates in a merger or otherwise implements a company restructuring, the tenderer may only continue in the procurement process with the prior written consent of DSB. A merger or other type of company restructuring of the tenderer may be accepted by DSB if neither the prequalification nor the tender evaluation would be affected.

In any situation, it is at DSB's sole discretion to determine whether consent to a change will be given. In any event, DSB may only accept a change, if the tenderer after the change meets the minimum requirements for prequalification, if the change does not mean that the other tenderers are placed at a competitive disadvantage, and if the change can be implemented within the legal framework of applicable public procurement rules."

Til brug for ansøgninger om prækvalifikation havde DSB udarbejdet en vejledning, "Request for prequalification and Guide for the ESPD", hvoraf bl.a. fremgår:

"If the applicant is relying on the capacity of one or more other entities the turnover, balance sheet total, EBIT margin, debt ratio and solvency ratio will be calculated on the basis of the combined financial figures of the applicant and the supporting entities as stated in the ESPDs of the applicant and the supporting entity/entities respectively.

This means, in relation to solvency ratio for instance, that the calculation will be based on the combined total equity of the applicant and the supporting entities (calculated as an average of the latest 3 financial years) and the combined total assets of the applicant and the supporting entities (calculated as an average of the latest 3 financial years) (solvency ratio = average combined total equity / average combined total assets)."

Alstoms brev af 9. november 2018 med anmodning om tilladelse til at udskifte "AT Holland" med "AT Holdings" indeholder en redegørelse for, hvorledes mindstekravene til økonomisk og finansiell formåen efter Alstoms opfattelse vil være opfyldt efter udskiftningen, samt et excel ark med de nærmere udregninger. Det fremgår heraf, at den ansøgning fra Alstom, der bl.a. baserede sig på "AT Holland", ikke opfylder mindstekravet om, at gældsgraden beregnet over de seneste 3 regnskabsår ikke må overstige 4, mens en ansøgning, der i stedet bl.a. baserer sig på "AT Holdings", opfylder mindstekravet.

Ved brev af 6. december 2018 afslog DSB som nævnt at tillade, at Alstom i sin ansøgning om prækvalifikation erstattede "AT Holland" med "AT Holdings". I afslagsbrevet anføres:

"1. General remarks

By message of 24 October 2018 Alstom was asked to provide documentation for the information included in the ESPD regarding economic and financial standing for Alstom Transport Danmark A/S and all supporting entities on which the applicant had relied.

By message of 9 November 2018 Alstom has submitted documentation in response to this request.

In the letter of 9 November 2018 Alstom has stated that one of the minimum requirement for economic and financial standing is not met by the applicant and the supporting entities and requested a replacement of one of the supporting entities.

DSB has reviewed the material and compared the documentation with the information in the ESPD regarding economic and financial standing as well as the updated financial information in the letter of 9 November 2018. Based on the review, DSB has made a number of observations of issues that must be clarified, before DSB can verify if the minimum requirements are met or not.

Furthermore, DSB cannot allow a replacement of one of the supporting entities as there is no legal ground for such a replacement.

DSB has addressed these issues in detail below.

2. Corrections to the information included in the ESPD regarding economic and financial standing

When going through the documentation, DSB has made a number of observations where DSB is of the opinion that the information submitted in the ESPD is not correct. Furthermore, the financial figures for Alstom Transport Holdings BV stated in the letter of 9 November 2018 cannot be verified by DSB in the submitted documentation.

In the attached excel sheet DSB has specified which observations DSB has made for each entity included in the application. If the information stated in the ESPD can be verified in the submitted documentation it has been repeated and, if not, the information has been corrected. At the bottom of the sheet, DSB has highlighted issues and questions, if any.

Please note that – based on the corrections – Alstom does not meet the minimum Requirements for economic and financial standing.

However, DSB is currently not able to verify if the minimum requirements for economic and financial standing are met or not, as DSB can neither verify the information submitted in the ESPD or in the letter of 9 November 2018 for Alstom Transport Holdings BV in the provided documentation.

Below, DSB has explained the issues that must be resolved before DSB can verify if the minimum requirements for economic and financial standing are met or not.

...”

I brevets følgende afsnit har DSB redegjort for en række observationer vedrørende mangler og uklarheder i den fremsendte dokumentation og stillet en række opklarende spørgsmål til hvert af de ESPD'er, som er indleveret for henholdsvis Alstom Transport Danmark A/S (afsnit 2.1.), Alstom Transport Holdings BV (afsnit 2.2), Alstom Konstal S.A. (afsnit 2.3), Alstom Transport UK Limited (afsnit 2.4) og Alstom Transporte SAU (afsnit 2.5).

I afslagsbrevet anføres herefter:

### “3. Change of supporting entity

By letter of 9 November 2018 Alstom has requested that Alstom is allowed to replace one of the supporting entities, Alstom Transport Holdings BV, with Alstom Holdings SA, as the minimum requirement for a debt ratio of under 4 is not met by the applicant when relying on the economic and financial standing of the supporting entities included in the application for prequalification.

The below conclusion is based on the premise laid out in Alstom Transportation Danmark A/S' letter of 9 November 2018 (which DSB has not yet been able to confirm, cf. the above):

- a) Alstom Transportation Danmark A/S as an applicant together with the supporting entities does not meet the minimum requirement regarding debt ratio, as the ratio exceeds the requirement of a debt ratio under 4, and
- b) the net-interest bearing debt of Alstom Transport Holdings BV is greater than stipulated in the ESPD.

In summary, DSB has understood the purported legality of the replacement to rely on the fact that Alstom Holdings SA in every financial aspect is a stronger entity than Alstom Transport Holdings BV and that such a replacement would be legal under Section 144(5) of the Danish Public Procurement Act and, similarly, under the Article 79(2) of the EU Utilities Directive (Directive 2014/25/EU).

DSB is, however, of the opinion that article 79(2) of the Utilities Directive does not apply in this situation.

According to the wording of article 79(2), the rule applies in the situation where a supporting entity does not fulfil a selection criterion (or in respect of which there are grounds for exclusion).

Alstom Transport Holdings BV has not failed to meet a relevant selection criterion, as there are no selection criteria that apply to Alstom Transport Holdings BV as a single entity. Accordingly, there is no criterion or ground for exclusion that prohibits Alstom Transport Holdings BV from continuing as a supporting entity and, as a result Article 79(2) does not apply.

As the case is, the minimum requirements regarding debt ratio is calculated based on the combined financial figures of the applicant and all supporting entities which the applicant relies on. It is only in the combination of financial figures from Alstom Transportation Danmark A/S and all the entities which Alstom Transportation Danmark A/S as an applicant relies on that the relevant selection criterion can be or cannot be met. Article 79(2) does not apply in such a situation.

Further to this, Article 79(2) does not apply in a situation where replacement of a supporting entity is necessitated as a result of the applicant and the entities which the applicant has relied on having included information in the ESPD which was factually incorrect. This applies in particular where, had the correct information been included in the

ESPD, the applicant would not meet the selection criteria and as a result should not have been prequalified.

Finally, even if Article 79(2) did apply under the given circumstances, DSB does not find it possible to accept the replacement under the existing legal framework of applicable public procurement rules and the rules set out by DSB in TC.000 (Tender Conditions), section 10 (Changes to the composition of a tenderer etc.) which stipulates that a supporting entity can only be replaced, if the replacement is demonstrably due to events outside the applicant's control. In this case, the replacement is due to events which are not outside the applicant's control.

As a consequence, DSB finds that DSB is neither required nor allowed to accept such a replacement and can therefore not provide a prior written consent to the replacement suggested by Alstom Transportation Danmark A/S in its letter of 9 November 2018, cf. TC.000 (Tender Conditions), section 10 (Changes to the composition of a tenderer etc.).

The decision not to allow a replacement of the supporting entity may be appealed to:

Klagenævnet for Udbud (The Complaints Board for Public Procurement)

...

Until DSB has been able to verify if Alstom fulfills the minimum requirements for economic and financial standing as described above, DSB will not draw any consequences of the above and Alstom will until further notice be allowed to continue in the tender. For the sake of clarity, such continued participation will be at the risk and cost of Alstom should the verification of the documentation for economic and financial standing show that Alstom does not fulfill the minimum requirements for economic and financial standing. By continuing working on the tender Alstom accepts that no claim can be brought against DSB if the verification of the financial figures shows, that Alstom does not meet the minimum requirements and therefore will be excluded from the tender process.

#### 4. Deadline for answering questions

Due to the consequences of the above and due to the upcoming Christmas holidays, DSB has decided to grant Alstom an extended period for documentation of the economic and financial standing.

Alstom is thus kindly asked to reply to the questions raised above and submit the additional documentation and statements no later than 4 January 2019.

If Alstom is not able to revert within the stated deadline, Alstom is asked to state how much time is needed.

...”

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

Alstom har i første række gjort gældende, at DSB har overtrådt udbudsreglerne ved ikke at anvende forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, der i en situation som den foreliggende indebærer en forpligtelse for DSB til at kræve og dermed acceptere, at Alstom erstatter ”AT Holland” med ”AT Holdings”.

I anden række har Alstom gjort gældende, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, hjemler, at DSB tillader Alstom at erstatte ”AT Holland” med ”AT Holdings”, og at DSB ved helt at undlade at anvende forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, og således undlade at vurdere Alstoms ansøgning i medfør af denne bestemmelse har tilsidesat Alstoms rettigheder og herved overtrådt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, og/eller ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Det følger af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, at en ordregiver "skal kræve" udskiftning af en enhed, som ansøgeren har støttet sig på, men som ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium. Det vil sige, at der ifølge bestemmelsens ordlyd består en forpligtelse for ordregiveren til at kræve og dermed tillade, at en ansøger erstatter en enhed, som ansøgeren har baseret sin økonomiske og finansielle formåen på, såfremt det viser sig, at enheden ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium.

Alstom har henvist til den tilsvarende bestemmelse i direktiv 2014/24/EU (udbudsdirektivet) artikel 63, stk. 1, som er implementeret i dansk ret i § 144, stk. 4 og 5, i udbudsloven, og til forarbejderne hertil.

Alstom har i den forbindelse understreget, at begrebet "et relevant udvælgelseskriterium" som beskrevet i forarbejderne til udbudslovens § 144, stk. 5, som udgangspunkt henviser til det kriterium, der er årsagen til, at enheden er inddraget i ansøgningen om prækvalifikation til støtte for ansøgeren,

dvs. det er netop det kriterium, som ansøgeren ikke selv opfylder og derfor har behov for at henvise til en anden juridisk enhed for at opfylde. Bestemmelserne er altså ikke primært tilsigtet anvendt på den situation, hvor en støtteenhed ganske vist opfylder f.eks. det økonomiske kriterium, som er årsagen til inddragelsen af enheden som støtte, men denne enhed viser sig ikke at opfylde et andet kriterium, f.eks. en af udelukkelsesgrundene. Erstatningen skal og kan forekomme, når ansøgeren eller tilbudsgiveren har henvist til en enhed til støtte for et bestemt kriterium, som dermed er det for denne enhed relevante kriterium, og det viser sig, at enheden ikke opfylder dette relevante kriterium.

Eftersom udbudslovens § 144, stk. 4 og 5, er en implementering af udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, som svarer til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, må "et relevant udvælgelseskrav/minimumskrav" forstås på samme måde i forhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, det vil sige som det kriterium, for hvilket ansøgeren støtter sig til den pågældende enhed.

DSB har afvist, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, finder anvendelse, og DSB har derfor helt undladt at vurdere, om Alstoms ansøgning skal eller kan imødekommes i medfør af denne bestemmelse.

DSB har (i Alstoms gengivelse) som begrundelse for sin afgørelse henvist til tre forhold:

- a) forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, finder alene anvendelse, hvor en enkelt enhed, hvis formåen ansøger har støttet sig til for at opfylde et konkret minimumskrav, ikke opfylder dette krav, men "AT Holland" har ikke forsømt at opfylde et specifikt minimumskrav, fordi der ikke er et specifikt krav, som finder anvendelse på "AT Holland" alene.
- b) forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, finder ikke anvendelse på en situation, hvor oplysningen i ESPD'et er ukorrekt, og hvor en korrekt angivelse i ESPD'et ville have ført til, at DSB ikke var blevet prækvalificeret.
- c) udbudsbetingelsernes punkt 10 indebærer, at DSB er afskåret fra at tillade en erstatning, idet betingelserne angivet i punkt 10 ikke er opfyldte.

Alstom har ad a) – *betydningen af, at "AT Holland" er én blandt flere støtteenheder, som tilsammen skal opfylde egnethedskriterierne* – nærmere gjort gældende, at der ikke foreligger praksis om anvendelsen af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, eller de tilsvarende bestemmelser i udbudsdirektivet og udbudsloven.

Der er ikke grundlag for efter bestemmelsens ordlyd eller formål at konkludere, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, kun finder anvendelse i en situation, hvor ansøger alene har støttet sig til en enkelt enhed, for at denne støtteenhed kan opfylde et eller flere individuelle egnethedskriterier alene.

Det er gentagne gange fastslået i praksis fra EU-domstolen, at ordregiver skal tillade, at en ansøger støtter sig ikke blot på en enkelt, men også på flere andre enheder for at opfylde et eller flere egnethedskriterier, jf. således EU-domstolens dom af 7. april 2016 i sag C-324/14, Partner Apelski Dariusz v Zarząd Oczyszczania Miasta, præmis 33, og dom af 2. juni 2016 i sag C-27/15, Pippo Pizzo v CRGT srl, præmis 23-26.

Disse domme angår det tidligere udbudsdirektiv 2004/18/EF, og EU-domstolens praksis er nu kodificeret i udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, 1. pkt., udbudslovens § 144, stk. 1, og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 1. pkt. Disse bestemmelser foreskriver, at en ansøger og tilbudsgiver har ret til at basere sig på en eller flere andre enheders økonomiske og finansielle samt tekniske og faglige formåen.

Det har DSB da også tilladt i dette udbud. Det følger uundgåeligt heraf, at når en ansøger baserer sig på flere enheders formåen for at opfylde et eller flere kriterier, vil disses individuelle formåen kumuleres, således at det bliver den samlede formåen af disse enheders individuelle økonomiske og finansielle eller tekniske og faglige formåen, som er afgørende for, om et kriterium er opfyldt. De enkelte selskaber, hvis økonomiske og finansielle eller tekniske og faglige formåen inddrages som støtte, bliver i kombination til én samlet støtteenhed, som sikrer, at et bestemt kriterium eller flere kriterier opfyldes.

Det forhold, at en ansøger eller tilbudsgiver har ret til enten at basere sig på en anden enheds formåen eller til at basere sig på flere andre enheders formåen, indebærer, at der ikke kan være forskel på ansøgerens eller tilbudsgi-

verens retsstilling i øvrigt afhængigt af, om denne kan nøjes med én støtteenhed eller har måttet angive flere enheders formåen som støtte. Dette gælder også i forhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2. Det kan ikke være tilsigtet, at en ansøger eller tilbudsgiver skulle have en ringere retsstilling, blot fordi man har støttet sig til flere enheders formåen.

Udbudsbetingelserne indebærer intet krav om, at en ansøger skal støtte sig på kun én eller på flere enheder for at opfylde minimumskrav til økonomisk og finansiell formåen. Vælger ansøgeren imidlertid at støtte sig på andre enheder, indebærer udbudsbetingelserne ingen forskel på, om ansøgeren angiver én eller flere støtteenheder. I begge tilfælde skal den økonomiske og finansielle formåen af ansøgeren og den eller de angivne støtteenheder kumuleres, og den samlede enheds - ansøgerens samt støtteenhedens eller ansøgerens samt støtteenhedernes - formåen skal opfylde hvert af de enkelte minimumskrav. Det betyder, at selv hvis ansøgeren kun har henvist til en enkelt støtteenhed for at opfylde et specifikt minimumskrav, kan denne ene støtteenhed således heller ikke – ifølge DSB's ræsonnement – inden for rammerne af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, forsømme at opfylde et specifikt minimumskrav, fordi der ikke er et specifikt krav, som finder anvendelse i forhold til en enkelt støtteenhed alene. Alle krav finder anvendelse på en kombination af mindst to enheder, ansøgeren og støtteenheden.

Det ville indebære, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, *de facto* er sat ud af kraft i dette udbud som følge af udbudsbetingelserne, og det er naturligvis ikke foreneligt med udbudsreglerne. DSB skal tilpasse udbudsbetingelserne, således at de overholder udbudsreglerne og sikrer ansøgernes og tilbudsgivernes rettigheder i henhold hertil, hvilket indebærer, at DSB må tilpasse udbudsbetingelsernes regler om kumulativ opfyldelse af de økonomiske og finansielle kriterier, således at de respekterer og kan anvendes i overensstemmelse med DSB's forpligtelser i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2.

Dette kan anskues således, at ordregiveren skal kræve erstatning af den "kumulerede støtteenhed", som skal erstattes af en ny kumuleret enhed, som opfylder "det relevante kriterium". Det vil i det foreliggende tilfælde indebære, at "AT Polen, AT UK, AT Spanien og AT Holland" erstattes med "AT Polen, AT UK, AT Spanien og AT Holdings" formelt set. I realiteten

vil det dog kun være nødvendigt at erstatte et enkelt element i den kumulerede enhed, dvs. erstatning af ”AT Holland” med ”AT Holdings”.

Det kan også anskues således, at eftersom forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, utvivlsomt finder anvendelse i en situation, hvor en enkelt enhed, som en ansøger har baseret sig på for at opfylde et konkret kriterium, alligevel ikke opfylder netop dette relevante kriterium (hvilket udbudsbetingelserne dog som nævnt heller ikke muliggør), må bestemmelsen som "det mindre i det mere" også finde anvendelse i en situation, hvor en ansøger har støttet sig på flere enheder, der alle bidrager til ansøgerens opfyldelse af kravene til økonomisk og finansiell formåen, og hvor ansøgeren ved at erstatte en enkelt af disse enheder kan sikre opfyldelse af det relevante kriterium, samtidig med at de øvrige kriterier vedbliver at være opfyldt.

Bestemmelsen må med andre ord også finde anvendelse i en situation som den foreliggende, hvor Alstom netop kan identificere ”AT Holland” som den enhed, der er årsag til, at et relevant kriterium ikke er opfyldt, og hvor Alstom ved at erstatte ”AT Holland” med ”AT Holdings” kan sikre opfyldelse af kriteriet samtidig med, at de øvrige krav til økonomisk og finansiell formåen vedbliver at være opfyldt.

Det følger af forarbejderne til udbudslovens § 144, stk. 5, at det er en forudsætning for erstatningen, at den ikke kan have haft afgørende betydning for vurderingen i forhold til udvælgelsen, og at ansøgeren således også ville være blevet prækvalificeret, hvis den nye enhed havde været en del af den oprindelige ansøgning.

Af forarbejderne til udbudslovens § 144, stk. 5, følger endvidere, at såfremt den nye enhed har samme eller bedre formåen i forhold til minimumskravene til egnethed, skal ordregiver acceptere den nye enhed.

Denne betingelse er opfyldt i det foreliggende tilfælde, og DSB er dermed forpligtet til at kræve og – under de givne omstændigheder – acceptere, jf. nedenfor, erstatning af ”AT Holland” med ”AT Holdings”.

En erstatning af ”AT Holland” med ”AT Holdings” ændrer således ikke på prækvalifikationen af Alstom. Alstom ville også, hvis Alstom fra starten af havde baseret sin økonomiske og finansielle formåen på AT Holdings

(sammen med "AT Polen", "AT UK" og "AT Spanien"), være blevet prækvalificeret.

Dertil kommer endelig, at "AT Holdings" er en økonomisk væsentligt stærkere virksomhed end "AT Holland".

Alstom har ad b) – *betydningen af, at oplysningen i ESPD'et er ukorrekt, og at korrekt angivelse i ESPD'et ville have ført til, at Alstom ikke var blevet prækvalificeret* – nærmere gjort gældende, at ordlyden af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, ikke giver grundlag for at antage, at bestemmelsen ikke finder anvendelse i en situation, hvor den enhed, som ansøgeren har baseret sin formåen på, heller ikke på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om prækvalifikationen opfyldte "et relevant kriterium". Der er således ingen støtte i ordlyden af bestemmelsen for at antage, at den alene tilsigter at regulere den situation, at støtteenheden efter ansøgningens indgivelse mister den formåen, som kræves til opfyldelse af det relevante kriterium.

Det fremgår således alene af bestemmelsen, at ordregiveren skal kræve erstatning af en enhed, *"der ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium"*. Det er ikke angivet, og der er intet, der indikerer, at en sådan forståelse skulle være tilsigtet, eller at det er en forudsætning, at enheden på tidspunktet for ansøgningen om prækvalifikation har haft den formåen, som kræves til opfyldelse af det relevante udvælgelseskriterium.

Bestemmelsen er ikke i denne henseende uklart formuleret. Der er ingen anden betingelse for bestemmelsens anvendelse end, at den enhed, som ikke opfylder et relevant kriterium, skal erstattes. En betingelse om, at den manglende opfyldelse først må være indtrådt efter ansøgningens indgivelse, kan ikke indfortolkes i bestemmelsen.

Det vil endvidere være i strid med bestemmelsens formål, hvis den var begrænset til kun at finde anvendelse i en situation, hvor en støtteenhed på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om prækvalifikation har haft den formåen, som er årsagen til, at enheden er inddraget i ansøgningen om prækvalifikation, men på et tidspunkt efter ansøgningens indgivelse mister den pågældende formåen.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, samt de tilsvarende bestemmelser i udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, og udbudslovens § 144, stk. 5, er nyskabelser i forhold til de tidligere direktiver samt EU-domstolens praksis. Bestemmelserne skal ses i lyset af formålene med vedtagelsen af de nye udbudsregler, herunder særligt at skabe større fleksibilitet i forbindelse med gennemførelsen af offentlige indkøb samt sikre større konkurrence om offentlige indkøb. En fortolkning af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, hvorefter bestemmelsen er begrænset til alene at finde anvendelse i en situation, hvor støtteenheden efter ansøgningens indgivelse mister den formåen, som oprindeligt er årsagen til, at enheden er inddraget i ansøgningen om prækvalifikation til støtte for ansøger, harmonerer på ingen måde med disse formål.

Alstom har nærmere ad c) - *betydningen af udbudsbetingelsernes punkt 10* – gjort gældende, at det ikke er foreneligt med udbudsreglerne, at DSB i udbudsbetingelserne eliminerer eller indskrænker anvendelsen af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2. DSB skal tilpasse udbudsbetingelserne således, at de overholder udbudsreglerne og sikrer ansøgernes og tilbudsgivernes rettigheder i henhold hertil. DSB kan derfor ikke med henvisning til udbudsbetingelsernes punkt 10 afvise erstatningen af ”AT Holland” med ”AT Holdings”.

Alstom har i den forbindelse henvist til EU-domstolens praksis om retsstridig national lovgivning, der indskrænker anvendelsen af direktivernes bestemmelser, jf. EU-domstolens dom af 13. december 2012 i sag C-465/11, Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. vs Poczta Polska SA.

Udbudsbetingelsernes punkt 10 er tydeligt inspireret af den særlige danske regel i udbudslovens § 147, stk. 1. Denne bestemmelse gennemfører ikke en bestemmelse i direktivet og indebærer udelukkende et nationalt krav, som blev indført efter anbefaling af Udbudslovsudvalget. Denne nationale bestemmelse tilsigter naturligvis heller ikke at indskrænke anvendelsen af udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, som svarer til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2.

Udbudslovens § 147, stk. 1, omhandler således ikke den situation, hvor det på et senere tidspunkt i udbudsprocessen viser sig, at en enhed, som ansøgeren har baseret sin økonomiske og finansielle formåen på, ikke opfylder det kriterium, for hvilket ansøgeren har baseret sig på den pågældende enhed.

Denne situation reguleres af udbudslovens § 144, stk. 5, som det også fremgår af forarbejderne til § 147.

Det følger således udtrykkeligt af forarbejderne, at den situation, hvor en enhed, som ansøgeren har baseret sig på, viser sig ikke at opfylde det kriterium, for hvilket ansøgeren har baseret sig på den pågældende, skal bedømmes efter udbudslovens § 144, stk. 5. Der gælder i denne situation ikke noget krav om, at en erstatning alene kan foretages, såfremt den er forårsaget af forhold uden for ansøgerens kontrol.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, indeholder ligesom udbudslovens § 144, stk. 5, heller ikke en betingelse om, at en enhed alene kan erstattes, såfremt erstatningen er forårsaget af forhold uden for ansøgerens kontrol.

DSB kan således ikke i udbudsbetingelserne fravige forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, eller indskrænke anvendelsen heraf. Udbudsbetingelsernes punkt 10 kan derfor ikke påberåbes som støtte for at fratage eller indskrænke Alstoms (eller de øvrige ansøgere) rettigheder i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, ved – i strid med formålet med bestemmelsen, jf. forarbejderne til den tilsvarende bestemmelse i udbudsloven – at angive en yderligere betingelse for erstatning efter artikel 79, stk. 2, som ikke følger af bestemmelsen.

DSB har gjort gældende, at beslutningen om ikke at imødekomme Alstoms anmodning om udskiftning af ”AT Holland” var berettiget. DSB har netop anvendt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, og har fundet, at betingelserne for at anvende bestemmelsen ikke er til stede.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, som genfindes i udbudslovens § 144, stk. 5 (og udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, 2. afsnit), er en nyskabelse, som blev introduceret med 2014-direktiverne. Der findes endnu hverken rets- eller administrativ praksis, der behandler bestemmelsens rækkevidde.

Der findes i lovbemærkningerne til udbudslovens § 144, stk. 5, et vist fortolkningsbidrag til *denne* bestemmelse, men eftersom disse bemærkninger – i det omfang de ikke blot gentager direktivtekstens ordlyd – ikke har støtte i ordlyden af direktivbestemmelsen eller andre autoritative EU-retskilder,

kan de ikke tillægges nogen retskildemæssig værdi i forhold til fortolkningen af bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, afsnit 2. Der er således eksempelvis intet i ordlyden af bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivet, der indikerer, at bestemmelsen indebærer, at ordregiver er forpligtet til at acceptere en udskiftning af en støttevirksomhed, som ikke opfylder et minimumskrav, når blot den nye støttevirksomhed har samme eller bedre formåen i forhold til opfyldelse af minimumskravene som den støttenhed, der ønskes udskiftet. Endvidere angår lovbetragtningerne i vidt omfang samspillet mellem udbudslovens § 144, stk. 5, og udbudslovens § 147, som ikke finder anvendelse ved udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

I mangel af sådanne fortolkningsbidrag må bestemmelsens rækkevidde fastlægges ud fra (1) *dens ordlyd* og (2) *dens kontekst*, ligesom (3) *konsekvensbetragtninger* må kunne tillægges vægt. DSB gør gældende, at disse forhold taler for, at det er med rette – i en situation som den foreliggende – at DSB ikke har godkendt, at Alstom udskifter en af sine støttevirksomheder.

DSB har nærmere ad 1), *bestemmelsens ordlyd*, gjort gældende, at det af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, afsnit 2, fremgår, at pligten til at kræve en støttevirksomhed udskiftet bl.a. indtræder, når den pågældende enhed ”ikke opfylder et relevant udvælgelseskrITERIUM”. Ved ”udvælgelseskrITERIUM” forstås bl.a. krav til økonomisk og finansiell formåen, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 1 og 2, og henvisningen heri til udbudsdirektivets artikel 58.

DSB er enig med Alstom i, at Alstom i henhold til praksis fra EU-domstolen samt reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79 har ret til at basere sin opfyldelse af minimumskravene på en eller flere støttevirksomheder, og DSB gør da heller ikke gældende, at artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, kun finder anvendelse i en situation, hvor en ansøger alene støtter sig på en enkelt støtteenhed.

Den praksis, der er citeret af Alstom, er derfor ikke relevant al den stund, at DSB ikke gør gældende, at Alstom ikke kunne basere sin opfyldelse af minimumskravene på flere støttevirksomheder, eller at der er forskel på retstillingen afhængigt af, om ansøgere støtter sig på én eller flere støttevirksomheder. DSB gør derimod gældende, at ansøgeren ikke skal opnå en *bed-*

re retsstilling, fordi ansøgeren vælger at basere opfyldelse af minimumskravene på støtteenheder.

Bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, er efter sin ordlyd møntet på den situation, hvor der er stillet minimumskrav til *støttevirksomhedens (eller støttevirksomhedernes)* formåen. Det kunne f.eks. være tilfældet, hvis der stilles krav om, at støttevirksomheder hver især skal have en positiv egenkapital.

Omvendt finder bestemmelsen ikke anvendelse i en situation som den foreliggende, hvor der ikke er stillet minimumskrav til støttevirksomhedernes egnethed, men derimod alene til *ansøgerens* egnethed (som denne så kan opfylde ved hjælp af støttevirksomheder).

Manglende opfyldelse af minimumskravene til økonomisk og finansiel formåen kan i nærværende udbud ikke henføres til enkelte enheder. Dette er imidlertid ikke udtryk for, at de fastsatte minimumskrav til økonomisk og finansiel formåen indebærer en tilsidesættelse af reglen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, men er derimod blot udtryk for, at det aldrig har været hensigten med bestemmelsen, at ansøgere, der baserer sig på støtteenheder, skal være bedre stillet end ansøgere, der ikke baserer sig på støtteenheder.

En modsat fortolkning ville indebære, at ansøgeren havde frit valg i forhold til, hvilken støttevirksomhed der skulle udskiftes for at opfylde minimumskravet. Bestemmelsens ordlyd, hvorefter det er *ordregiver*, der skal kræve en bestemt støtteenhed udskiftet, viser også, at bestemmelsen ikke finder anvendelse i en situation, hvor det ikke er muligt at identificere, hvilken støtteenhed der i givet fald skal udskiftes.

I og med, at det er summen af ansøgerens og støttevirksomhedernes regnskabstal, der i dette udbud er afgørende for, om minimumskravene er opfyldt, er der ikke grundlag for at konkludere, at det er én støttevirksomhed frem for en anden, der ikke opfylder minimumskravet. Det er *ansøgeren*, altså Alstom, der i denne situation ikke opfylder minimumskravet, og betingelserne for bestemmelsens anvendelse er således ikke opfyldt.

Der er endvidere ikke tale om, at Alstom alene har baseret sin opfyldelse af minimumskravene til økonomisk og finansiel formåen på støttevirksomhe-

der (herunder ”AT Holland”) for så vidt angår opfyldelse af bestemte kriterier. Alstom har derimod baseret sin opfyldelse af samtlige minimumskrav til økonomisk og finansiel formåen på den samlede kapacitet for Alstom og alle støttevirksomheder, som Alstom baserer sig på i forhold til økonomisk og finansiel formåen. Dette indebærer også, at såfremt man ser bort fra oplysningerne om økonomisk og finansiel formåen fra ”AT Holland”, opfylder Alstom ganske rigtigt minimumskravet om en gennemsnitlig gældsgrad på under 4, men det har på den anden side den konsekvens, at ansøgeren uden ”AT Holland” ikke opfylder minimumskravet om balancesum på mindst EUR 1.500 mio. Dette viser også, at man ikke kan isolere den manglende opfyldelse af minimumskravene til ”AT Holland” eller støttevirksomhederne som sådan.

DSB har nærmere ad 2), *bestemmelsens kontekst*, gjort gældende, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, ikke finder anvendelse i en situation, hvor behovet for at anvende bestemmelsen alene skyldes en fejl fra ansøgerens side, særligt ikke, når denne fejl fører til, at ansøgeren aldrig har opfyldt minimumskravene og derfor slet ikke skulle have været prækvalificeret. Dette er ubestridt tilfældet.

Det følger af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 76, stk. 1, litra b, at ordregiver alene kan udvælge de ansøgere, der opfylder de objektive regler og kriterier, der er fastsat i medfør af direktivets artikel 78 og 80. DSB var således alene berettiget til at prækvalificere de ansøgere, der på tidspunktet for prækvalifikationen opfyldte alle de fastsatte minimumskrav, herunder kravet om en gennemsnitlig gældsgrad på under 4.

Ud fra de foreliggende oplysninger opfyldte Alstom på tidspunktet for prækvalifikationen ikke de objektive krav for udvælgelse fastsat i medfør af direktivets artikel 80, idet Alstom ikke opfyldte minimumskravet om en gennemsnitlig gældsgrad på under 4.

Alstom er således uretmæssigt blevet prækvalificeret, fordi Alstom i ESPD’et for ”AT Holland” afgav forkerte oplysninger om rentebærende gæld og EBITDA.

Det følger endvidere af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 76, stk. 4, i hvilke tilfælde der er mulighed for, at ordregiveren tillader, at en ansøgning ændres efter ansøgningsfristens udløb. Det er i medfør af denne be-

stemmelse alene tilladt at ændre ansøgningen, hvis dette kan ske under fuld overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

EU-domstolen har i dom af 10. oktober 2013, i sag C-336/12, Manova, præmis 31-36, fastlagt rammerne for, hvilke ændringer der lovligt kan foretages under overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Det følger således af praksis fra EU-domstolen, at en ændring ikke må føre til, at der i virkeligheden fremsættes en ny ansøgning. Såfremt Alstom udskifter ”AT Holland” med ”AT Holdings”, vil dette netop indebære, at Alstom fremsætter en ny ansøgning, jf. også EU-domstolens dom af 4. maj 2017 i sag C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o, præmis 41-43.

Det er heller ikke i strid med formålet med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, fortolkningsmæssigt at begrænse bestemmelsens anvendelse til situationer, hvor det er berettiget, at ansøgeren er blevet prækvalificeret. Der er således intet i bestemmelsens ordlyd eller i direktivets præambel eller i øvrigt, der underbygger, at formålet med bestemmelsen er at skabe større fleksibilitet i forbindelse med gennemførelse af offentlige udbud samt skabe større konkurrence om offentlige indkøb. Tværtimod synes bestemmelsen at være indført for at sikre, at en ansøger ikke kan basere sig på støtteenheder, der enten er omfattet af en udelukkelsesgrund eller ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium. Dermed synes bestemmelsen at være på linje med den øvrige del af artikel 79, herunder reglerne om, at støtteenheder i visse tilfælde skal udføre det pågældende arbejde, som er indført med det formål at skærpe reglerne/sikre realitet, når der anvendes støtteenheder.

Selv hvis bestemmelsen fandt anvendelse i en situation som den foreliggende, gør DSB gældende, at bestemmelsen ikke i sig selv indeholder en hjemmel til, at der kan ske en udskiftning. Med andre ord må bestemmelsen forudsætte, at en udskiftning efter bestemmelsen alene kan ske, hvis det er i overensstemmelse med udbudsreglerne, herunder princippet om ligebehandling.

Praksis fra EU-domstolen viser, at en sådan udskiftning som udgangspunkt vil stride imod ligebehandlingsprincippet, jf. bl.a. dom af 14. september 2017 i sag C-223/16, Casertana Costruzioni Srl, præmis 39-40.

Domstolens praksis viser dog også, at det er muligt for den nationale lovgiver eller for ordregiveren at opstille regler for ændringer i tilbudsgivernes sammensætning, jf. dom af 24. maj 2016, i sag C-396/14, MT Højgaard A/S, præmis 35-36.

Fastsættelse af nationale regler om ændringer i tilbudsgivernes sammensætning er for udbudslovens vedkommende sket i § 147. Eftersom tilsvarende regler ikke blev fastsat ved implementeringen af forsyningsvirksomhedsdirektivet, har DSB selv fastsat regler herom i udbudsbetingelserne (og henvist hertil i udbudsbekendtgørelsen), og disse regler baserede sig netop på udbudslovens § 147. Det fremgår heraf, at udskiftning af en støttevirksomhed alene vil kunne finde sted, når udskiftningen skyldes forhold, der påviseligt er uden for tilbudsgiverens kontrol ("*... the replacement is demonstrably due to events outside the tenderer's control...*"). Dette er ubestridt ikke tilfældet i nærværende sag.

Det ville således – uagtet indholdet af bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit – have været i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis DSB havde tilladt eller krævet, at Alstom udskiftede "AT Holland".

Eftersom artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, ikke i sig selv indeholder en hjemmel til, at der kan ske en udskiftning, var der heller ikke tale om, at DSB med de pågældende regler i udbudsbetingelsernes afsnit 10 eliminerede eller indskrænkede bestemmelsens anvendelse.

Alene det forhold, at Alstom også var blevet prækvalificeret, hvis Alstom havde ansøgt med "AT Holdings" som støttevirksomhed, er ikke tilstrækkeligt til, at ligebehandlingsprincippet kan anses opfyldt, som praksis fra EU-domstolen entydigt viser. Det er ganske vist en betingelse for, at udskiftning i det hele taget kan komme på tale, men der skal "noget mere til", jf. de tre ovenfor nævnte domme (Casertana, MT Højgaard og Esaprojekt). I dommen i sag C-396/14, MT Højgaard, var dette "mere" hensynet til at sikre en tilstrækkelig konkurrence, jf. dommens præmis 41.

Der kan i den forbindelse også henvises til udbudslovens § 147, stk. 1, nr. 1, som netop må ses som lovgivers forsøg på at udmønte nogle generelle

retningslinjer for, hvornår udskiftning af en støttevirksomhed vil være i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.

DSB gør sammenfattende gældende, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, skal læses således, at bestemmelsen pålægger ordregiveren en *handlepligt*, såfremt det konstateres, at en ansøgers/tilbudsgivers støttevirksomhed ikke opfylder minimumskravene til egnethed mv. Denne handlepligt består principalt i at kræve den pågældende støttevirksomhed udskiftet, *hvis* betingelserne herfor er opfyldt. Hvis ikke betingelserne er opfyldt, skal ordregiver udelukke den pågældende fra videre deltagelse i udbuddet. Modsætningsvis – og heri synes bestemmelsens hovedformål at ligge – indebærer bestemmelsen, at ordregiver ikke blot kan se igennem fingrene med, at en støttevirksomhed ikke opfylder minimumskravene til egnethed.

DSB har endelig ad 3), *konsekvensbetragtninger*, nærmere gjort gældende, at en accept af, at Alstom kan forlange at udskifte ”AT Holland” i en situation som den foreliggende, vil medføre en praksis, der er klart uforenelig med ligebehandlingsprincippet, allerede fordi ansøgere, der benytter sig af støttevirksomheder, i så fald får en bedre retsstilling end ansøgere, der ikke gør det, jf. også præmis 39-40 i *Casertana*.

Det er værd at bemærke, at bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, ikke efter sin ordlyd er begrænset i tidsmæssig henseende til bestemte faser i udbuddet. En fortolkning som den, Alstom anlægger, vil således f.eks. muliggøre, at en ansøger, der har benyttet sig af en støttevirksomhed, men som ikke er blevet prækvalificeret grundet manglende overholdelse af minimumskrav, blot kan kræve sin støttevirksomhed udskiftet med henblik på at få ”endnu et skud i bøssen”. Dette er i øvrigt ganske tæt på, hvad der skete i den foreliggende sag, blot med den forskel, at det først efter prækvalifikationsbeslutningen blev opdaget, at Alstom ikke opfyldte det omhandlede minimumskrav.

Dette princip vil f.eks. også kunne udnyttes af en ansøger, der forud for ansogningsfristen er forsinket med etableringen af sin sammenslutning. Her vil ansøgeren blot kunne alliere sig med en støttevirksomhed med dårlige økonomiske tal med henblik på at sikre, at man *ikke* opfylder de opstillede minimumskrav. Herefter kunne ansøgeren kræve at få lov til at udskifte støttevirksomheden og hermed få ekstra tid til at identificere en samar-

bejdspartner. Som en variant kunne ansøgeren også bevidst angive ”sminkede” tal i ESPD’et med henblik på at opnå prækvalifikation for herefter at meddele ordregiveren, at tallene var forkerte, og kræve udskiftning.

Man kan også forestille sig en situation, hvor der er tale om en tilbudsgiver, der alene fungerer som et såkaldt ”postkasseselskab”, og hvor den fulde re-alydelse leveres af en støttevirksomhed. Måtte det – f.eks. efter afgivelsen af (endelige) tilbud eller sågar efter kontrakttildelingen – konstateres, at tilbudsgiveren ikke opfylder et egnethedskrav, ville Alstoms fortolkning indebære, at den pågældende tilbudsgiver havde ret til at udskifte støttevirksomheden, hvilket reelt ville betyde, at tilbudsgiveren *som sådan* skifter identitet.

Konkret vil en anerkendelse af, at Alstom er berettiget til at udskifte ”AT Holland” med ”AT Holdings”, have den konsekvens, at to andre ansøgere, der havde opgivet korrekte oplysninger i ESPD’et, og som på baggrund heraf ikke opfyldte de fastsatte minimumskrav til økonomisk og finansiel formåen og dermed ikke kom i betragtning til prækvalifikationen, ikke får samme mulighed for at ændre deres ansøgning som Alstom. Endvidere bemærkes, at der som følge af Alstoms forkerte oplysninger i ESPD’et var en anden ansøger (som opfyldte minimumskravene), der blev frasorteret (ved udvælgelsen). Denne ansøger ville altså være blevet prækvalificeret, hvis Alstom havde oplyst de korrekte tal i sin ansøgning.

En sådan retsstilling – der oplagt synes at stride mod ligebehandlingsprincippet – kan næppe have været tilsigtet fra EU-lovgiver, og også dette forhold understøtter derfor, at Alstoms fortolkning af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, skal forkastes.

### Ad påstand 2

Alstom har gjort gældende, at DSB ved at afslå Alstoms anmodning om erstatning af ”AT Holland” med ”AT Holdings” har overtrådt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2 og/eller ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1. Der er således grundlag for at annullere DSB’s beslutning af 6. december 2018 om at afslå Alstoms anmodning om erstatning, jf. § 13, stk. 1, nr. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.

DSB har med henvisning til det, der er anført ad påstand 1, gjort gældende, at det er med rette, at DSB har afslået Alstoms anmodning om at udskifte ”AT Holland” med ”AT Holdings”, og DSB har dermed ikke handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, og/eller ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36. stk. 1. Der er dermed ikke grundlag for at annullere DSB’s beslutning om ikke at tillade en udskiftning af ”AT Holdings”.

### Retsgrundlag

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, lyder som følger:

” 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.”  
(Fremhævelse tilføjet)

Den samme bestemmelse lyder i en række andre sprogudgaver således:

Fransk	Engelsk	Tysk
Lorsque, conformément à l’article 80 de la présente directive, les entités adjudicatrices ont invoqué des critères d’exclusion ou de sélection prévus dans la directive	Where, pursuant to Article 80 of this Directive, contracting entities have referred to exclusion or selection criteria provided for under Directive 2014/24/EU, contracting entities shall verify	Haben die Auftraggeber gemäß Artikel 80 der vorliegenden Richtlinie die in der Richtlinie 2014/24/EU vorgesehenen Ausschlussgründe oder Auswahlkriterien an-

<p>2014/24/UE, elles vérifient, conformément à l'article 80, paragraphe 3, de la présente directive, si les autres entités aux capacités desquelles l'opérateur économique entend avoir recours remplissent les critères de sélection applicables ou s'il existe des motifs d'exclusion qui ont été invoqués par les entités adjudicatrices, en vertu de l'article 57 de la directive 2014/24/UE. <b>L'entité adjudicatrice exige que l'opérateur économique remplace une entité qui ne remplit pas un critère de sélection applicable</b> ou à l'encontre de laquelle il existe des motifs d'exclusion obligatoires invoqués par l'entité adjudicatrice. L'entité adjudicatrice peut exiger ou peut être obligé par l'État membre à exiger que l'opérateur économique remplace une entité à l'encontre de laquelle il existe des motifs d'exclusion non obligatoires invoqués par l'entité adjudicatrice.</p>	<p>in accordance with Article 80(3) of this Directive whether the other entities on whose capacity the economic operator intends to rely fulfil the relevant selection criteria or whether there are grounds for exclusion, to which the contracting entities have referred, pursuant to Article 57 of Directive 2014/24/EU. <b>The contracting entity shall require that the economic operator replaces an entity which does not meet a relevant selection criterion</b>, or in respect of which there are compulsory grounds for exclusion to which the contracting entity has referred. The contracting entity may require or may be required by the Member State to require that the economic operator replaces an entity in respect of which there are non-compulsory grounds for exclusion to which the contracting entity has referred.</p>	<p>gegeben, so überprüfen sie gemäß Artikel 80 Absatz 3 der vorliegenden Richtlinie, ob die anderen Unternehmen, deren Kapazitäten der Wirtschaftsteilnehmer in Anspruch nehmen will, die einschlägigen Auswahlkriterien erfüllen oder ob von ihnen genannte Ausschlussgründe gemäß Artikel 57 der Richtlinie 2014/24/EU vorliegen. <b>Der Auftraggeber muss vorschreiben, dass der Wirtschaftsteilnehmer ein Unternehmen ersetzt, das ein einschlägiges Auswahlkriterium nicht erfüllt</b> oder bei dem zwingende Ausschlussgründe vorliegen, auf die der Auftraggeber Bezug genommen hat. Der Auftraggeber kann vorschreiben, oder ihm kann durch den Mitgliedstaat vorgeschrieben werden, vorzuschreiben, dass der Wirtschaftsteilnehmer ein Unternehmen ersetzt, bei dem nicht-zwingende Ausschlussgründe vorliegen, auf die der Auftraggeber Bezug genommen hat.</p>
--	--	---

Svensk	Italiensk	Hollandsk
<p>En upphandlande enhet som i enlighet med artikel 80 i det här direktivet har hänvisat till kriterier för uteslutning eller urval som föreskrivs i direktiv 2014/24/EU ska i enlighet med artikel 80.3 i det här direktivet kontrollera om de övriga enheter vars kapacitet den ekonomiska aktören avser att åberopa uppfyller de relevanta urvalskriterierna eller om det finns skäl för uteslutning, som upphandlande enhet har hänvisat till, i enlighet med artikel 57 i direktiv 2014/24/EU.</p> <p><b>Den upphandlande enheten ska begära att den ekonomiska aktören byter ut en enhet som inte uppfyller ett relevant urvalskriterium</b> eller för vilken det föreligger obligatoriska skäl för uteslutning som upphandlande enhet har hänvisat till. Den upphandlande enheten får begära, eller får av medlemsstaten åläggas att begära, att den ekonomiska aktören byter ut en enhet för vilken det föreligger icke-obligatoriska skäl för uteslutning som upphandlande enhet har hänvisat till</p>	<p>Se, ai sensi dell'articolo 80 della presente direttiva, hanno fatto riferimento ai criteri di esclusione o di selezione di cui alla direttiva 2014/24/UE, gli enti aggiudicatori verificano, conformemente all'articolo 80, paragrafo 3, della presente direttiva se gli altri soggetti, sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento, soddisfanno i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione, cui gli enti aggiudicatori hanno fatto riferimento, ai sensi dell'articolo 57 della direttiva 2014/24/UE. <b>L'ente aggiudicatore impone all'operatore economico di sostituire gli enti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione</b> o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione cui l'ente aggiudicatore ha fatto riferimento. L'ente aggiudicatore può imporre o essere obbligato dallo Stato membro a imporre all'operatore economico di sostituire gli enti in merito ai quali sussistono motivi non obbligatori</p>	<p>Wanneer aanbestedende instanties overeenkomstig artikel 80 van deze richtlijn een beroep hebben gedaan op de in Richtlijn 2014/24/EU bedoelde uitsluitings- of selectiecriteria, gaan zij in overeenstemming met artikel 80, lid 3, van deze richtlijn na of de andere entiteiten op wier draagkracht de ondernemer zich wil beroepen, aan de betrokken selectiecriteria voldoen dan wel of er gronden tot uitsluiting zijn, die de aanbestedende instanties hebben vermeld, overeenkomstig artikel 57 van Richtlijn 2014/24/EU. <b>De aanbestedende instantie eist dat de ondernemer een entiteit die niet voldoet aan een betrokken selectiecriteria</b>, of ten aanzien waarvan gronden tot uitsluiting bestaan die de aanbestedende instantie heeft vermeld, <b>vervangt</b>. De aanbestedende instantie kan eisen, of de lidstaat kan eisen dat zij eist, dat de ondernemer een entiteit ten aanzien waarvan door de instantie genoemde niet-dwingende gronden tot uitsluiting bestaan, die de aanbestedende</p>

	di esclusione cui l'ente aggiudicatore stesso ha fatto riferimento.	dende instantie heeft vermeld, vervangt.
--	---	--

(Fremhævelse tilføjet)

EU-domstolen har i dom af 14. september 2017 i sag C-223/16, Casertana Construzioni Srl, om forholdet mellem artikel 48 i det tidligere udbudsdirektiv og det nye udbudsdirektivs artikel 63, stk. 1, 2. afsnit, der er enslydende med bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, bl.a. udtalt:

- ”24 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 skal fortolkes under hensyntagen til indholdet af artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24, som udgør den artikel, der bl.a. svarer til nævnte artikel 48, stk. 3, skal det bemærkes, at den sidstnævnte bestemmelse er formuleret i generelle vendinger og ikke udtrykkeligt angiver de betingelser, hvorunder en økonomisk aktør kan basere sig på andre enheders formåen inden for rammerne af en offentlig udbudsprocedure (dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 87 og 88).
- 25 Derimod fastsætter artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24 nu, at de økonomiske aktører kun kan basere sig på andre enheders kapacitet, »når sidstnævnte skal udføre de bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, for hvilke disse kapaciteter kræves« (dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 89), og at »[d]en ordregivende myndighed skal kræve, at den økonomiske aktør erstatter en enhed, der ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium, eller med hensyn til hvilken der foreligger udelukkelsesgrunde«.
- 26 Selv om direktiv 2014/24, som det er anført i anden betragtning til dette direktiv, har til formål at præcisere grundlæggende begreber og koncepter med henblik på at sikre retssikkerheden og integrere visse aspekter af Domstolens faste retspraksis, forholder det sig ikke desto mindre således, at det nævnte direktivs artikel 63 indebærer væsentlige ændringer hvad angår en økonomisk aktørs ret til at basere sig på andre enheders formåen i forbindelse med en offentlig kontrakt (dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 90).
- 27 Langt fra blot at indgå som et led i artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 og præcisere rækkevidden heraf, indeholder artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24 således nye betingelser, som ikke var fastsat under den tidligere retlige ordning (dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 91).
- 28 Under disse omstændigheder kan den pågældende bestemmelse i direktiv 2014/24 ikke anvendes som fortolkningsparameter for artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18, da det i nærværende sag ikke drejer sig om at afklare en fortolkningsmæssig tvivl vedrørende indholdet af denne sidstnævnte bestem-

melse (dom af 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, præmis 92).” (Understregning tilføjet)

Der ses hverken i præamblen til forsyningsvirksomhedsdirektivet eller udbudsdirektivet at være betragtninger, der redegør for formålet med bestemmelserne i artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, eller den tilsvarende bestemmelse i udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, 2. afsnit.

Udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, 2. afsnit, 2. pkt., er implementeret i dansk ret i udbudslovens § 144, stk. 5:

”Stk. 5. Opfylder en enhed, som en ansøger eller tilbudsgiver baserer sig på, ikke et relevant minimumskrav til egnethed, jf. § 140, eller er enheden omfattet af en udelukkelsesgrund, jf. §§ 135-137, skal ordregiveren kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren erstatter enheden. Ordregiveren skal fastsætte en passende tidsfrist for ansøgeren eller tilbudsgiveren til at erstatte enheden, som er omfattet af en udelukkelsesgrund, jf. §§ 135-137.”

I de specielle bemærkninger til bestemmelsen i det bagvedliggende lovforslag (lovforslag nr. L 19 af 7. oktober 2015) hedder det bl.a. :

”§ 144 gennemfører direktivets artikel 63, og tilføjer ny regulering i forhold til gældende ret. ... Ordregiver skal verificere om de enheder, som en økonomisk aktør baserer sig på, opfylder de relevante krav til egnethed, og om de er omfattet af en udelukkelsesgrund, og ordregiver skal kræve en enhed erstattet, såfremt den ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium, eller er omfattet af en af de obligatoriske udelukkelsesgrunde....

...

Det følger af bestemmelsens stk. 5, at ordregiveren skal kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren erstatter enheden, hvis enheden ikke opfylder ikke et relevant minimumskrav til egnethed, eller er enheden omfattet af en udelukkelsesgrund, jf. §§ 135-137.

Ordregiveren skal i forbindelse med stk. 5 fastsætte en passende tidsfrist for ansøgeren eller tilbudsgiveren til at erstatte enheden. Alle ansøgere eller tilbudsgivere, som befinder sig i denne situation, skal have en passende tidsfrist til at erstatte enheden, som ikke lever op til de stillede krav.

Hvis ordregiveren efter udvælgelsen, jf. § 145 konstaterer, at en enhed, som ansøgeren baserer sig på, ikke opfylder et relevant minimumskrav til egnethed, jf. § 140, eller er enheden omfattet af en udeluk-

kelsesgrund, jf. §§ 135-137, begrænses muligheden for at erstatte enheden på samme måde som i § 147, stk. 1, nr. 1, hvorefter ordregiveren alene kan acceptere en erstattende enhed, når det vurderes, at erstatningen ikke kan have haft afgørende betydning for vurderingen i forhold til udvælgelsen.

Det vil sige, at hvis ordregiveren kræver, at en udvalgt ansøger erstatter en enhed, må den nye enhed ikke have en formåen, som ville have medført, at ansøgeren ikke var blevet udvalgt, hvis enheden havde været en del af den oprindelige ansøgning.

Hvis ordregiveren i henhold til denne bestemmelse kræver, at enheden skal erstattes, f.eks. fordi denne enhed er omfattet af udelukkelsesgrunde i §§ 135-137, kan ordregiveren alene acceptere den nye enhed, hvis denne lever op til de relevante minimumskrav til egnethed. I henhold til udelukkelsesgrundene i § 137, stk. 1, nr. 1-7, er disse udelukkelsesgrunde alene relevante, hvis ordregiveren i henhold til § 137, stk. 1, har anført, at det vil medføre udelukkelse, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren er omfattet af disse udelukkelsesgrunde.

Hvis den nye enhed har samme eller bedre formåen i forhold til minimumskravene til egnethed, udvælgelsen eller tilbudsevalueringen, eller ansøgeren eller tilbudsgiveren på anden måde godtgør, at erstatningen af enheden ikke har haft afgørende betydning for vurderingen af egnethed, udvælgelse eller tilbud, skal ordregiveren acceptere, at enheden erstattes.

Reglerne om dokumentation af pålidelighed jf. 138 finder også anvendelse i forbindelse med enheder, som en ansøger eller tilbudsgiver baserer sig på.”

I Udbudslovsudvalgets rapport (rapport af december 2014 fra Udvalget om dansk udbudslovgivning), side 749-750, der dannede grundlag for implementeringen af udbudsdirektivet i dansk ret, er der om bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 63, stk. 2, andet afsnit, anført følgende<sup>1</sup>:

<sup>1</sup> De i citatet anførte fodnoter lyder således:

Note 609: ”Dette kontrolleres i henhold til artikel 59 (fælles europæisk udbudsdokument) og artikel 60 (dokumentation), jf. afsnit 4.38,”

samt artikel 61 (e- Certis) omtalt i nærværende afsnit.

Note 610: ”Dette kontrolleres i henhold til artikel 57 (udelukkelsesgrunde), jf. afsnit 4.36.”

Note 611: I direktivteksten henvises blot til "udelukkelsesgrunde", men af den konkrete sammenhæng (jf. herunder den efterfølgende sætning i bestemmelsen) fremgår det, at der må være tale om "obligatoriske" udelukkelsesgrunde. I den engelske version står der da også "compulsory grounds for exclusion".

Note 612: ”I direktivteksten anvendes i de to forskellige situationer henholdsvis ordet "erstatter" og "udskifter", men det kan næppe antages at indebære nogen realitetsforskel.”

”Artikel 63, stk. 1, 2. afsnit, indeholder en ny bestemmelse om, at ordregiver skal kontrollere om de enheder, som en økonomisk aktør baserer sig på, opfylder de relevante krav til egnethed<sup>609</sup>, og om der foreligger udelukkelsesgrunde<sup>610</sup>. Ifølge bestemmelsen skal ordregiver kræve en enhed erstattet, såfremt den ikke opfylder et relevant udvælgelseskræterium, eller den er omfattet af en af de obligatoriske<sup>611</sup> udelukkelsesgrunde.

Det fremgår ikke nærmere af bestemmelsen, hvordan det skal afgøres, om et udvælgelseskræterium er "relevant" i relation til den pågældende enhed. Det må dog antages, at begrænsningen til de "relevante" egnethedskrav er indsat for ikke unødigt at hindre ansøgers/tilbudsgivers adgang til at basere sig på andre enheders kapacitet. De "relevante" egnethedskrav skal derfor forstås som kun omfattende de krav til egnethed, for hvilke ansøgeren/ tilbudsgiveren støtter sig til den anden enhed, og de eventuelle øvrige egnethedskrav, der direkte relaterer sig hertil. Det vil herefter være den økonomiske aktør, der vurderer, hvad der er relevante krav til egnethed, idet det er den økonomiske aktør, der beslutter, hvor denne vil basere sig på en anden økonomisk aktørs økonomiske og tekniske formåen. Herefter kan ordregiver tjekke, om der er tilstrækkelig dokumentation for den støttende økonomiske aktørs økonomiske og tekniske formåen på de områder, hvor den økonomiske aktør baserer sig på denne økonomiske aktør. For så vidt angår opgaver, der har en central betydning for den udbudte kontrakt, og hvor ansøgeren/tilbudsgiveren baserer sig på en anden enheds tekniske kapacitet, kan ordregiver stille visse krav til den anden enheds økonomiske og finansielle formåen. Selvom ansøgeren/tilbudsgiveren opfylder de økonomiske/finansielle krav til egnethed og er hovedansvarlig for kontrakten, har ordregiver en legitim interesse i at sikre sig, at også en enhed, der som underleverandør skal udføre centrale dele af kontrakten, er tilstrækkeligt økonomisk rustet til opgaven. Sådanne krav kan derfor også kunne anses for omfattet af de "relevante" egnethedskrav, idet ordregiver dog i givet fald på forhånd skal oplyse herom.

For så vidt angår enheder, der opfylder de relevante egnethedskrav, men som er omfattet af frivillige udelukkelsesgrunde, fremgår det, at ordregiver kan kræve enheden udskiftet<sup>612</sup>. Endvidere fremgår det, at medlemsstaterne kan gøre det obligatorisk for ordregiver også at kræve enheden udskiftet i denne situation. I udbudsloven er der valgt en model, hvorefter ordregiveren skal skabe størst gennemsigtighed ved på forhånd at fastslå, hvilke af de frivillige udelukkelsesgrunde, der vil medføre udelukkelse. Hvis ordregiveren har anført, at en frivillige udelukkelsesgrund vil medføre udelukkelse, skal ordregiveren kræve, at enheder der er omfattet af disse udelukkelsesgrunde erstattes.

De nærmere betingelser for en sådan udskiftning af enheder, som en økonomisk aktør baserer sig på, fremgår ikke af bestemmelsen, men det må i hvert fald antages, at udskiftning kun kan tillades, hvis dette sker i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.”

Klagenævnet udtaler:

### Ad påstand 1

#### *Indledning*

Som anført handler sagen om, hvorvidt Alstom har ret til at udskifte en økonomisk støttevirksomhed efter prækvalifikationen, fordi det i forbindelse med indhentelse af dokumentation for oplysningerne i ESPD’et har vist sig, at oplysningerne i ESPD’et for en af støtteenhederne var forkerte, hvorved Alstom ikke opfylder et af minimumskravene til økonomisk kapacitet.

Alstom gør med henvisning til forsyningsvirksomhedsdirektivet (2014/25/EU) artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, gældende, at Alstom har ret til at udskifte den pågældende støtteenhed med en anden støtteenhed, hvorved Alstom vil opfylde minimumskravene til økonomisk kapacitet.

DSB gør på den anden side gældende, at det er med rette, at DSB har afvist, at støttevirksomheden udskiftes, da der ikke er pligt til at acceptere ændringen i medfør af artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, og da en sådan udskiftning ikke er tilladt under de givne omstændigheder.

Klagenævnet skal herefter i første række tage stilling til, om bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, finder anvendelse i den foreliggende situation, hvor Alstom som ansøger baserer sig på støtteenheder for at opfylde de fastsatte minimumskrav til finansiel formåen, og som i ESPD’et for støtteenheden har afgivet forkerte oplysninger, der indebærer, at ansøgeren ikke opfylder de fastsatte minimumskrav.

Såfremt bestemmelsen finder anvendelse, vil klagenævnet for det andet skulle tage stilling til, om en udskiftning vil kunne tillades inden for rammerne af ligebehandlingsprincippet.

Såfremt dette er tilfældet, finder klagenævnet, at DSB er forpligtet til at tillade denne ændring.

*Finder artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, i forsyningsvirksomhedsdirektivet anvendelse i den konkrete situation?*

Efter ordlyden af artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, 2. pkt., ”skal” den ordregivende myndighed kræve, at den økonomiske aktør ”udskifter en enhed, der ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium”. Bestemmelsen er ny i forhold til det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, direktiv 2004/17/EF.

Bestemmelsen angår efter sin ordlyd udtrykkeligt 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 som nævnt hverken i præambelen til forsyningsvirksomhedsdirektivet eller til udbudsdirektivet betragtninger, der redegør nærmere for formålet med bestemmelsen. Efter bestemmelsens indhold, systematiske placering i direktivet, herunder navnlig samspillet med reglerne om anvendelse af ESPD-oplysninger som foreløbigt bevis for ansøgeres/tilbudsgiveres 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 i direktivets artikel 76, stk. 1, litra a.

Formuleringen af bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, og i hvert fald en række andre sprogudgaver af direktivet, er ikke ganske klar. Det skyldes først og fremmest, at udtrykket ”udvælgelseskriterium” efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 76, stk. 1, litra a og b, (jf. artikel 80, jf. udbudsdirektivets artikel 58) angår de mindstekrav til egnethed for deltagelse i udbuddet, der stilles til ansøgere og tilbudsgivere. Disse udvælgelseskriterier angår således ikke – i hvert fald ikke direkte – krav til de virksomheder, som ansøgere eller tilbudsgivere støtter sig på for, at de kan leve op til udvælgelseskriterierne. Kriterierne angår di-

rekte alene de økonomiske aktører, der selv ønsker at deltage i udbuddet som ansøgerne eller tilbudsgivere, og de gælder således alene indirekte for de virksomheder, som ansøgerne eller tilbudsgiverne støtter sig til.

DSB har gjort gældende, at bestemmelsen på denne baggrund efter sin ordlyd må fortolkes således, at den angår den situation, at ordregiveren har stillet særlige mindstekrav til støttevirksomhederne. Klagenævnet kan imidlertid ikke tiltræde denne fortolkning. Det skyldes, at sådanne krav til støttende virksomheder ikke ville kunne anses for ”udvælgelseskriterier” fastsat i henhold til udbudsdirektivets artikel 80, som bestemmelsen udtrykkeligt angår, og at bestemmelsen dermed reelt ville være uden indhold i relation til udvælgelseskriterier. Bestemmelsen kan – i modsætning til bestemmelsens andet led, der angår de støttende virksomheder, der omfattes af obligatoriske udelukkelsesgrund, jf. udbudsdirektivets artikel 57 – heller ikke meningsfyldt forstås som et krav om, at de enkelte støttende virksomheder hver for sig skulle leve op til de (relevante) stillede udvælgelseskriterier. Det skyldes, at de støttende virksomheders funktion i ansøgninger og tilbud som nævnt er at bidrage til ansøgerens/tilbudsgiverens opfyldelse af de stillede egnethedskrav og ikke (nødvendigvis) selv at opfylde dem. Klagenævnet finder på den baggrund, at udtrykket ”en enhed, der ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium”, må forstås således, at den angår en situation, hvor det viser sig, at en støttende virksomhed (enhed) ikke (som forudsat i ansøgningen/tilbuddet) bidrager tilstrækkeligt til ansøgerens/tilbudsgiverens opfyldelse af det relevante udvælgelseskriterium. Efter klagenævnets opfattelse indebærer bestemmelsen i relation til udvælgelseskriterier herefter, at ordregiveren har pligt til at anmode om udskiftning af en støttende virksomhed, såfremt ansøgeren eller tilbudsgiveren ellers ikke vil opfylde det udvælgelseskriterium, som den pågældende virksomhed er angivet at skulle understøtte ansøgerens/tilbudsgiverens opfyldelse af. Det bemærkes, at denne fortolkning i det væsentlige svarer til den forståelse, der er angivet i bemærkningerne til udbudslovens § 144, stk. 5, der implementerer den tilsvarende bestemmelse i udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, 2. afsnit, 2. pkt.

DSB har endvidere gjort gældende, at bestemmelsen ikke finder anvendelse i den foreliggende situation, hvor prækvalifikationen af Alstom er foretaget på grundlag af oplysningerne i de fremsendte ESPD'er, og hvor det efterfølgende viste sig, at (nogle af) disse oplysninger var forkerte. Hertil bemærkes for det første, at der ikke i bestemmelsens ordlyd eller systematiske placering i direktivet er holdepunkter for en indskrænkende fortolkning,

hvorefter den alene finder anvendelse, indtil prækvalifikation er foretaget. Det må således antages, at bestemmelsen efter omstændighederne finder anvendelse såvel før som efter prækvalifikation. Bestemmelsen angår som ovenfor nævnt den situation, at et relevant mindstekrav til egnethed ikke er opfyldt, og dermed også den situation, at den pågældende ansøger (hvis ikke udskiftning havde været tilladt før eller efter prækvalifikation) ville være blevet udelukket af udbuddet.

Spørgsmålet er herefter for det andet, om bestemmelsen kun finder anvendelse i den situation, hvor den manglende overholdelse af udvælgelseskriteriet kan konstateres alene på grundlag af oplysningerne i et ESPD – og dermed, at den, som anført af DSB, ikke finder anvendelse, hvor det viser sig, at oplysninger heri er forkerte. Der er imidlertid ikke i ordlyden af bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, 2. pkt., holdepunkter for en sådan fortolkning.

Den foregående sætning i artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, fastsætter ganske vist en pligt for ordregiverne til at kontrollere ”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”. Direktivets artikel 80, stk. 3, fastsætter, at udbudsdirektivets artikel 59 om ESPD og 61 om e-Certis finder anvendelse ved anvendelse af bestemmelserne i artikel 80, stk. 1 og 2, om ordregivernes fastsættelse af bl.a. udvælgelseskriterier. I og med, at bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 59, stk. 4, 1. afsnit, fastsætter, at en ordregivende myndighed når som helst i løbet af proceduren kan anmode tilbudsgiverne og ansøgerne om at fremlægge hele eller en del af de krævede supplerende dokumenter, hvis dette er nødvendigt for at sikre, at proceduren gennemføres korrekt, og at der i andet afsnit stilles krav om kontrol af ESPD-oplysningerne for den virksomhed, som ordregiveren agter at tildele ordren, kan denne henvisning imidlertid ikke føre til en fortolkning, hvorefter pligten til at kræve udskiftning af en støttende virksomhed, der på baggrund af en foretaget kontrol viser sig ikke at leve op til et relevant udvælgelseskriterium, alene skal afgøres på grundlag af ESPD’ets oplysninger. Bestemmelsen finder således også anvendelse i tilfælde, hvor ESPD’ets oplysninger viser sig at være forkerte. Der er ikke grundlag for at fastslå, at bestemmelsen ikke skulle finde anvendelse på oprindelige mangler ved oplysningerne i ESPD’et, men kun skulle finde anvendelse på ændringer, der er opstået *efter* afgivelsen af dette.

DSB har videre gjort gældende, at bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, 2. pkt., forudsætter, at ordregiveren entydigt kan konstatere, at en bestemt støttende enhed ikke opfylder det pågældende mindstekrav, og at det således ikke kan overlades til ordregiveren at vælge, hvilken blandt flere støttende enheder der skal udskiftes. DSB har herved tillige gjort gældende, at det relevante mindstekrav efter Alstoms ansøgning skal opfyldes ved summen af flere støttende enheder, og at det derfor ikke er muligt at afgøre, hvilken af disse støttende enheder der (gør, at Alstom) ikke lever op til mindstekravet. Klagenævnet bemærker hertil, at det i hvert fald i den foreliggende situation, hvor det har vist sig, at oplysninger i et ESPD vedrørende en bestemt støttende virksomhed ("AT Holland") var forkerter, og at dette ubestridt isoleret fører til, at ansøgeren ikke lever op til det relevante mindstekrav til egnethed, entydigt kan afgøres, at det er denne enhed, DSB efter bestemmelsen skal kræve udskiftet.

Klagenævnet finder på den baggrund, 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.

*Er ligebehandlingsprincippet til hinder for, at der kan ske udskiftning af "AT Holland" med "AT Holdings"?*

Som anført i Udbudslovsudvalgets rapport regulerer bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, 2. afsnit, og den enslydende bestemmelse i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, ikke de nærmere betingelser for en sådan udskiftning af enheder, som en økonomisk aktør baserer sig på. Det følger heraf, at en sådan tilladelse til udskiftning kun kan ske i overensstemmelse med de grundlæggende udbudsretlige principper, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36. Det må imidlertid med bestemmelsen anses for forudsat, at selve det forhold, at der gives en ansøger/tilbudsgiver, som baserer sig på andre enheders kapacitet mht. opfyldelse af fastsatte mindstekrav til egnethed, mulighed for at ændre sin ansøgning eller sit tilbud ved at imødekomme ordregiverens krav i henhold til artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, 2. pkt., om udskiftning af en støttende virksomhed ikke *i sig*

*selv* vil være i strid med disse principper. DSBs synspunkt om, at en tilladelse til ændring kræver ”noget mere” kan under hensyn til bestemmelsen i artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, ikke tiltrædes. Om ligebehandlingsprincippet konkret er til hinder for at tillade udskiftning, må herefter bero på de nærmere omstændigheder ved det pågældende udbud, herunder hvornår i processen ordregiveren får pligt til at anmode om udskiftning, og hvilken virksomhed ansøgeren/tilbudsgiveren ønsker at indsætte i stedet.

DSB har for det tilfælde, at bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, finder anvendelse, gjort gældende, at udskiftning af en støttende virksomhed i den foreliggende situation er udelukket, da det vil være i strid med udbudsbetingelsernes punkt 10 og dermed i strid med ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36. Det nævnte afsnit i udbudsbetingelserne angår situationer, hvor *”a tenderer, for various reasons, wishes to make changes to the composition of the tenderer during the tender process”*, og det fastsættes i relation til udskiftning af enheder, som en tilbudsgiver har støttet sig til under prækvalifikationsfasen, at en tilladelse bl.a. forudsætter, at *”the replacement is demonstrably due to events outside the tenderer’s control”*. Som anført af DSB er fejlen i Alstoms ansøgning i ESPD’et vedrørende ”AT Holland” ubestridt ikke uden for Alstoms kontrol.

Hertil bemærkes indledningsvis, at en ordregiver ikke kan begrænse sine forpligtelser i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet ved at regulere de samme forhold anderledes i udbudsbetingelserne. Punkt 10 i udbudsbetingelserne tager sigte på situationer, hvor en tilbudsgiver af egen drift bl.a. anmoder om tilladelse til at ændre på sammensætningen af støttende virksomheder, og punkt 10 regulerer efter sin ordlyd således ikke de situationer, hvor ordregiveren efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, er forpligtet til at kræve en udskiftning af en støttende virksomhed. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, indeholder ikke en betingelse om, at en enhed alene kan erstattes, såfremt erstatningen er forårsaget af forhold uden for ansøgerens kontrol. I den foreliggende situation, hvor DSB som fastslået er forpligtet til at anmode om en udskiftning af en bestemt støttende enhed, kan udbudsbetingelsernes punkt 10 allerede derfor ikke antages at være til hinder for, at udskiftning kan ske. Det forhold, at Alstom selv bragte spørgsmålet om udskiftning på bane og i den forbindelse under henvisning til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, anmodede DSB om tilladelse til at udskifte ”AT Holland”, kan under

de nævnte omstændigheder ikke føre til en anden vurdering. Overført til udbudsloven svarer det anførte i øvrigt til forholdet mellem udbudslovens § 147, som punkt 10 ubestridt er inspireret af, og § 144, stk. 5, der implementerer udbudsdirektivets artikel 61, stk. 1, 2, afsnit, som er enslydende med bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit. I bemærkningerne til udbudslovens § 147 hedder det således: ”*Det kan også opstå situationer, hvor ordregiveren er forpligtet til at kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren erstatter en virksomhed, som denne baserer sig på. Ordregiveren skal, jf. § 144, stk. 5, kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren skal erstatte en enhed, som denne baserer sig på, hvis enheden ikke opfylder et fastsat relevant minimumskrav til egnethed ... Se hertil bemærkningerne til § 144, stk. 5.*”

DSB har endvidere gjort gældende, at det vil være i strid med ligebehandlingsprincippet at tillade den omtvistede ændring, idet en udskiftning af ”AT Holland” med ”AT Holdings” vil have den konsekvens, at to andre ansøgere, der havde opgivet korrekte oplysninger i ESPD’et, og som på baggrund heraf ikke opfyldte de fastsatte minimumskrav til økonomisk og finansiel formåen og dermed ikke kom i betragtning til prækvalifikationen, ikke har fået samme mulighed for at ændre deres ansøgning som Alstom, og at der som følge af Alstoms forkerte oplysninger i ESPD’et var en anden ansøger (som opfyldte minimumskravene), der blev frasorteret (ved udvælgelsen). Denne ansøger ville altså være blevet prækvalificeret, hvis Alstom havde oplyst de korrekte tal i sin ansøgning.

Klagenævnet finder, at spørgsmålet om, hvorvidt Alstoms fortsatte deltagelse med ”AT Holdings” som støttende virksomhed i stedet for ”AT Holland” er i strid med ligebehandlingsprincippet, må bero på, om dette vil medføre en forringelse af de øvrige ansøgerens/tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling m.h.p. at blive tildelt den udbudte kontrakt, jf. herved 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.

Hertil bemærkes, at artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, gælder for alle ansøgere og tilbudsgivere i de tilfælde, bestemmelsen regulerer. I relation til potentielle ansøgere/tilbudsgivere bemærkes, at reglen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, fremgår af forsyningsvirksomhedsdi-

rektivet, og at alle potentielle ansøgere/tilbudsgivere således har kunnet tage højde herfor i forbindelse med overvejelser om deltagelse i udbuddet.

Alle ansøgere og tilbudsgivere har endvidere haft mulighed for at tage højde for bestemmelsen ved udformningen af deres ansøgning eller tilbud.

Særligt i relation til de ikke-prækvalificerede ansøgere bemærkes, 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 AT Polen, AT UK og AT Spanien). Der er efter det foreliggende heller ikke i øvrigt grundlag for at antage, at Alstom konkret har fået en uberettiget konkurrencemæssig fordel i forhold til disse ansøgere.

I relation til de øvrige tilbudsgivere bemærkes, at disse virksomheders konkurrencemæssige stilling – som anført i klagenævnets ovennævnte kendelse af 20. juni 2017 – ikke kan anses for forringet blot som følge af, at antallet af tilbudsgivere ikke måtte blive formindsket ved diskvalificering af Alstom. Der er efter det foreliggende heller ikke i øvrigt grundlag for at antage, at Alstom konkret har fået en uberettiget konkurrencemæssig fordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere.

Bevisbyrden for, at en udskiftning af ”AT Holland” med ”AT Holdings” ikke vil indebære, at Alstom får en uberettiget konkurrencemæssig fordel, er således løftet.

Klagenævnet finder på den baggrund, at det vil være i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet at imødekomme Alstoms ønske om at erstatte ”AT Holland” med ”AT Holdings”. DSB har ikke gjort gældende, at det skulle være i strid med andre udbudsretlige bestemmelser at tillade Alstom at udskifte ”AT Holland” med ”AT Holdings”.

Da DSB efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, var forpligtet til at anmode Alstom om at udskifte ”AT Holland”, da Alstom har anmodet om udskiftning af ”AT Holland” med ”AT Holdings”, og da denne udskiftning ikke var i strid med ligebehandlingsprincippet i direktivets artikel 36 eller andre udbudsretlige regler, finder Klagenævnet, at DSB var forpligtet til at tillade udskiftningen.

Klagenævnet tager herefter påstanden til følge.

#### Ad påstand 2

Efter klagenævnets afgørelse vedrørende påstand 1 tager nævnet tillige annullationspåstanden til følge.

Efter sagens udfald, forløb og omfang, herunder at hver part alene har indgivet ét processkrift, skal DSB betale sagsomkostninger til ALSTOM Transport Danmark A/S med 50.000 kr. til udgifter til advokatbistand.

#### Herefter bestemmes:

##### Ad påstand 1

DSB har overtrådt artikel 79, stk. 2, og/eller ligebehandlingsprincippet i artikel 36, stk. 1, i Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (forsyningsvirksomhedsdirektivet) ved den 6. december 2018 at have truffet afgørelse om at afslå Alstoms anmodning af 9. november 2018 om erstatning af selskabet ALSTOM Transport Holdings BV, som er et af flere med Alstom koncernforbundne selskaber, som Alstom har baseret sin økonomiske og finansielle formåen på for at opfylde de fastsatte minimumskrav til egnethed, med selskabet ALSTOM Holdings SA med henvisning til, at der ikke er juridisk grundlag for at tillade en sådan erstatning.

##### Ad påstand 2

DSB's beslutning af 6. december 2018 om at afslå Alstoms anmodning om erstatning af ALSTOM Transport Holdings BV med ALSTOM Holdings SA annulleres.

DSB skal i sagsomkostninger til ALSTOM Transport Danmark A/S betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig