

NY KENDELSE VEDRØRENDE BERETTIGELSEN AF ØKONOMISKE MINDSTEKRAV SAMT ORDREGIVERS FORPLIGTELSE TIL AT ANMODE OM UDSKIFTNING AF STØTTEENHEDER

Klagenævnet for Udbud har den 9. september 2021 afsagt delkendelse vedrørende en klage fra en afvist ansøger, der ikke opfyldte mindstekravene til egnethed. Kendelsen vedrører dels mindstekravs berettigelse, dels rækkevidden af ordregivers forpligtelse til at anmode en ansøger om at udskifte sin støttevirksomhed.

Kendelsen sammenfatter tre forhold vedrørende mindstekrav til økonomisk egnethed:

- det er ikke automatisk i strid med udbudsreglerne, når ordregiver kræver, at der skal foreligge tre afsluttede regnskabsår, så længe dette krav er sagligt og proportionalt ift. den udbudte kontrakt
- ordregiver er ikke automatisk forpligtet til at beregne et andet mindstekrav for de ansøgere, der ikke kan opfylde det stillede mindstekrav
- ordregivers forpligtelse til at anmode ansøger om at udskifte en støtteenhed gælder ikke, såfremt ansøger er i "ond tro" om, hvorvidt støttevirksomheden faktisk kan opfylde egnethedskravet

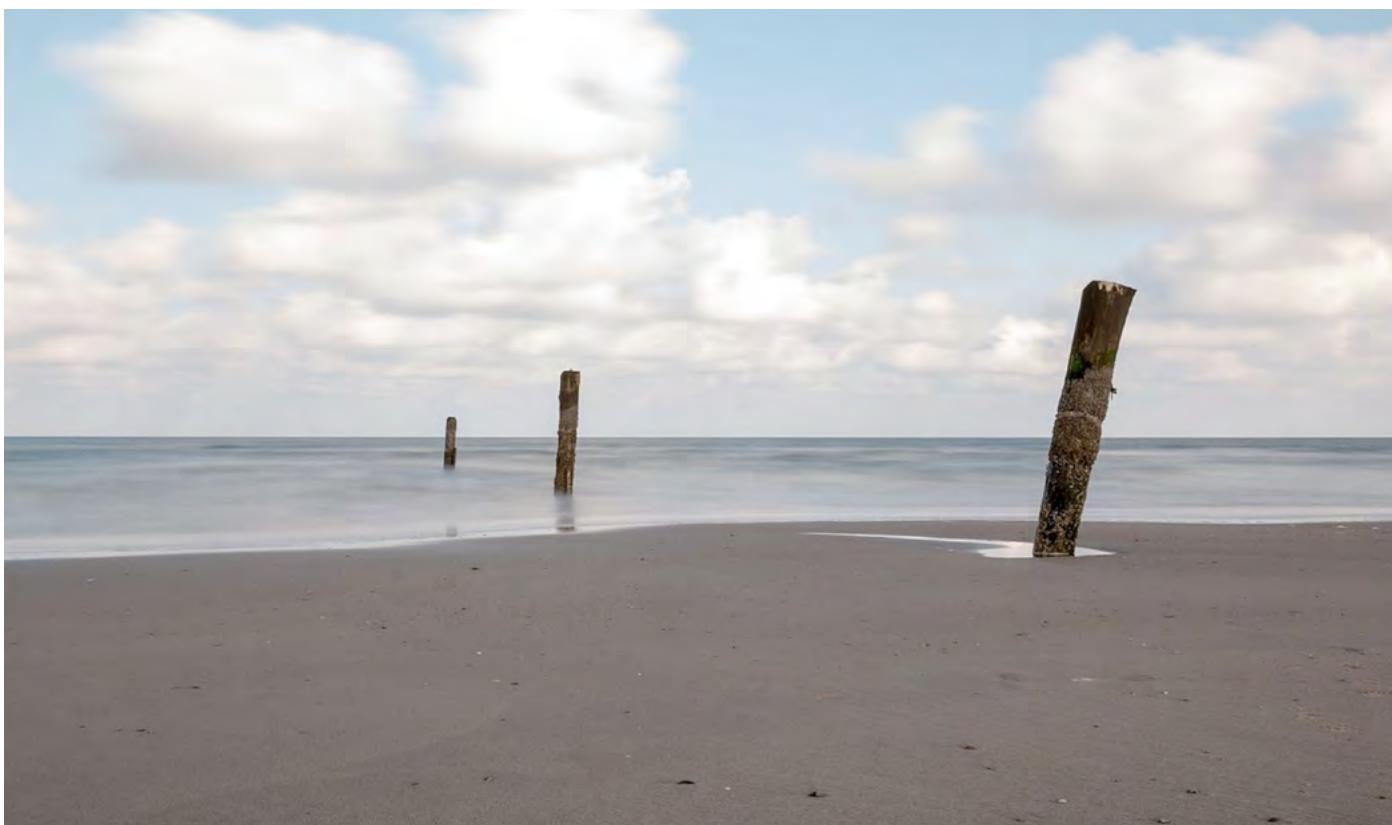


Foto: Dietmar Rabich / Wikimedia Commons / "Norderney, Nordsee am Oststrand"

Klagen vedrører Femern Bælt A/S' udbud af kontrakten vedrørende etablering af en transformerstation til brug for strømforsyningen til den kommende tunnels elektriske installationer. Udbuddet gennemføres som udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Der var i udbuddet fastsat mindstekrav til egnethed, der skulle være opfyldt i forbindelse med prækvalifikationen. Der var herved stillet mindstekrav til den økonomiske og finansielle formåen, hvorefter ansøger skulle have en soliditetsgrad på minimum 20 % og en årlig omsætning på minimum 100 mio. EUR, begge dele for hvert af de tre seneste aflagte regnskabsår.

Klager, ABB Power Grids Denmark A/S, klagede over at være blevet afvist som egnet grundet manglende opfyldelse af de stillede mindstekrav til økonomisk formåen.

Klager havde baseret sin ansøgning i forhold til de økonomiske nøgletal på sit moderselskab. Både klager og dennes moderselskab var etableret i 2018, og ingen af dem havde på ansøgningstidspunktet derfor tre afsluttede regnskabsår. Samlet opfyldte de alene de økonomiske mindstekrav for ét regnskabsår.

Ordregiver gjorde gældende, at klager derfor ikke opfyldte de fastsatte minimumskrav til egnethed.

Klager gjorde gældende, at ordregiver var forpligtet til at tage hensyn hertil i forbindelse med evaluering af prækvalifikationsansøgningerne. Klager henviste i den forbindelse til udbudslovens § 154, stk. 2 om, at en ansøger kan godtgøre sin økonomiske formåen på anden måde, hvis ansøgeren af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge de dokumenter, som ordregiver forlanger.

Klagenævnet slår i sin kendelse fast, at udbudslovens § 154, stk. 2, ikke finder direkte anvendelse på udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Endvidere anfører klagenævnet, at ordregiver ikke var forpligtet til at foretage en nærmere undersøgelse af forholdene, da det ud fra de afgivne oplysninger allerede var klart, at ansøger og dennes støttevirksomhed ikke ville kunne opfylde de stillede mindstekrav til økonomisk egnethed.

Endelig afviser klagenævnet, at ordregiver var forpligtet til at foretage en anden vurdering af mindstekravet ved ansøgere, der ikke kunne opfylde kravet om tre afsluttede regnskabsår. Herved lægger klagenævnet vægt på, at en nedjustering af kravet for en kortere periode end de anførte tre år ville være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Som påstand 2 havde klager gjort gældende, at ordregiver havde været forpligtet til at anmode klager om at udskifte sin støttevirksomhed, da denne ikke opfyldte egnethedskravet. Klager henviste i den forbindelse til klagenævnets kendelse af 18. januar 2019, Alstom Transport Danmark A/S mod DSB, hvor klagenævnet netop var kommet frem til, at ordregiver var forpligtet til at anmode klager om at udskifte sin støttevirksomhed.

Ordregiver gjorde hertil gældende, at der i Alstom-kendelsen var tale om, at ansøgeren faktisk havde en forventning om, at dennes støttevirksomhed opfyldte mindstekravene til egnethed, hvorimod det i den foreliggende sag var klart for ansøger, at egnethedskravene ikke var opfyldt.

Klagenævnet har i sin kendelse bekræftet, at ordregiver ikke altid er forpligtet til at anmode ansøger om at udskifte sin støttevirksomhed, men at dette alene gør sig gældende i de situationer, hvor ansøgeren faktisk må antages at have forudsat, at støttevirksomheden opfyldte kravet eller bidrager til, at ansøgeren opfylder kravet. Dette er ikke tilfældet, når det er helt åbenlyst, at mindstekravet ikke er opfyldt.

Klagenævnet har således med sin kendelse indført en form for "ond tro" vurdering, når det skal afgøres, om ordregiver er forpligtet til at anmode om udskiftning af støttevirksomheden.

Endelig havde klager nedlagt påstand om, at de stillede mindstekrav var i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Dette har klagenævnet afvist og har angivet, at det forhold, at ikke alle virksomheder kan opfylde økonomiske mindstekrav, gør ikke i sig selv, at kravene er i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet, så længe kriterierne er saglige, relevante og proportionale i forhold til den udbudte kontrakt, hvilket klagenævnet i den foreliggende sag vurderede var opfyldt.

Klager har efter delkendelsen tilbagekaldt klagen, hvorfor delkendelsen er klagenævnets endelige kendelse.

Har du kommentarer eller spørgsmål til artiklen, er du velkommen til at kontakte Ilka Bödewadt Lauritzen, ibl@viltoft.dk.

Artiklen kan ikke erstatte juridisk rådgivning.

September 2021