



Specialeafhandling:

Udskiftning af støttende enheder under offentlige udbudsprocedurer

Indholdsfortegnelse

ABSTRACT	5
1. KAPITEL: INTRODUKTION.....	6
1.1 Afgrænsning	9
1.2 Struktur	11
1.3 Metode	12
1.3.1 Overvejelser om retskildeværdi	14
2. KAPITEL: REGLERNES INDHOLD.....	17
2.1 Typer af samarbejder mellem økonomiske aktører	17
2.2 Alstom-sagen – det konkrete eksempel	19
2.3 Reglerne om udskiftning af støttende enheder - ordlydsfortolkning	23
2.3.1 Kontrol af <i>enheder</i> , økonomisk aktør og udskiftning af <i>en enhed</i>	25
2.3.2 Relevant udvælgelseskriterium/egnethedskrav og udelukkelse	28
2.3.3 ”Der”	35
2.3.4 Ordregiver ”skal kræve”	35
2.3.5 Passende frist	37
2.4 Ordregivers <i>mulighed</i> for at udskifte enheder	39
2.4.1 Baggrunden for Udbudslovens § 147 – MTH-sagen	40
2.4.2 Formålet med § 147 og sammenhængen med § 144, stk. 5 – udskiftning som undtagelse	43
2.5 Delkonklusion	45
3. KAPITEL: REGLERNES FORMÅL.....	46
3.1 Formål med reglerne om udskiftning af støttende enhed(er)	46
3.1.1 Lovforarbejdet i EU	46
3.1.2 Formål i Udbudsdirektivet og bestemmelsens kontekst	49
3.2 EU-retlige grundprincipper	51
3.2.1 Ligebehandlingsprincippet	51
3.2.2 Gennemsigtighedsprincippet	52
3.2.3 Proportionalitet	53
3.3 Øvrige hensyn	55
3.3.1 Hensyn til SMV’ere	55
3.3.2 Hensynet til et bredt konkurrencefelt	56
3.3.3 Hensynet til fleksibilitet	57
3.3.4 Hensyn til lavest mulige transaktionsomkostninger - værdispildsbetragtninger	59
3.4 Delkonklusion	61
4. KAPITEL: DISKUSSIONER OG PERSPEKTIVERINGER	63

4.1	Koncipistreglen	63
4.2	Muligheden for at supplere og ændre i ansøgninger/tilbud.....	65
4.3	ESPD som foreløbigt bevis.....	70
4.4	Sammenslutninger versus virksomheder med støttende enheder	75
4.5	Flere støttende enheder	80
4.6	Dokumentation i dynamiske indkøbssystemer og rammeaftaler	82
4.7	Tidsmæssige udfordringer	84
4.7.1	Hvor meget kan tidsfrister rykkes.....	84
4.7.2	Hvornår kan og skal udskiftning ske?.....	86
4.8	Spekulation og angivelse af urigtige oplysninger	87
4.9	Delkonklusion.....	90
5.	KAPITEL: KONKLUSIONER	92
	LITTERATURLISTE	96
	OVERSIGT OVER SAGER	97
	EU-Domstolens og Rettens sager.....	97
	Klagenævnet for Udbuds kendelser	98

Abstract

This thesis aims to structure, clarify and discuss the provisions on reliance on the capacities of other entities embedded in the public procurement rules found in the Danish Law on public procurement that implements Directive 2014/24 on public procurement. The focus of the thesis is the provisions stating that a contracting authority shall require that the economic operator replaces an entity, which does not meet a relevant selection criterion, or in respect of which there is compulsory grounds for exclusion. The aim is to clarify *de lege lata* by answering the following research question:

“How is replacement of entities, on whose capacity a tenderer or candidate rely in regards to a public procurement procedure, regulated?”

The provisions on replacement of entities, on whose capacity a tenderer or candidate rely, were introduced with the revision of the procurement rules in 2014. There exist no notices in the preparatory works, nor in the recitals of the relevant directives on the purpose of the provisions, and it is thus not possible to identify how, why and when exactly the provisions were included in the directives – and for what reason(s).

In a case handled by the Danish Procurement Review Body, the body determined that a contracting authority shall require the replacement of an entity if the combined entities, on whose capacities an economic operator rely, fail to meet a relevant selection criterion. The contracting authority had unsuccessfully argued that the authority was neither required, nor permitted to indicate another suitable entity to replace a former. The argument was based on the fact, that untruthful declarations had been made in the European Standard Procurement Document, for which reason it was not possible to determine which of the entities, on whose capacities the economic operator relied, that caused the economic operator not to meet the selection criterion. In relation to the latter, the contracting authority unsuccessfully argued, that the provisions on replacement are only applicable in cases where an individual selection criterion concerns the entities, on whose capacity a tenderer or candidate rely.

A number of potential questions and uncertainties are raised following the conclusions made by the Danish Procurement Review Body. Furthermore, an Italian court has referred a preliminary question to the European Court of Justice concerning the interpretation of the rules on replacement.

This thesis sets out to examine the provisions on replacement in order to clarify applicable law.

1. Kapitel: Introduktion

Den 18. januar 2019 afsagde Klagenævnet for Udbud ("KLFU") kendelse i sagen ALSTOM Transport Danmark A/S ("Alstom") mod DSB, herefter "Alstom-sagen/-kendelsen".¹ Sagen omhandlede ansøgeres/tilbudsgiveres ret og ordregivende myndigheders pligt til at udskifte en støttende enhed² og vedrørte konkret fortolkning af Forsyningsvirksomhedsdirektivets³ artikel 79.

Der findes parallelle regler om pligt til udskiftning i Udbudsdirektivets⁴ artikel 63, som er implementeret i Udbudslovens⁵ § 144, stk. 5.⁶ Reglerne har ikke eksisteret tidligere, og EU-Domstolen har selv i Partner-dommen⁷ fra 2016 (præmis 90) udtalt, at *"artikel 63 indebærer væsentlige ændringer hvad angår en økonomisk operatørs ret til at basere sig på andre enheders formåen i forbindelse med en offentlig kontrakt"*⁸ (uden dog at uddybe dette nærmere).

I Alstom-kendelsen slog KLFU fast, at DSB havde pligt til at tillade udskiftning af en af Alstoms støttende enheder, som ikke støttede Alstom i tilstrækkelig grad til, at Alstom opfyldte et fastsat krav om maksimal gældsgrad. Alstom var selv blevet opmærksom på den manglende støtte, da Alstom i forbindelse med indhentning af dokumentation konstaterede, at enhedens gældsgrad havde

¹ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. januar 2019, ALSTOM Transport Danmark A/S mod DSB.

² "Støttende enhed" eller "støtteenhed" benyttes som gennemgående term for at lette læsningen. Termen oprinder ikke fra reglerne, men benyttes bl.a. af Klagenævnet for Udbud i kendelsen.

³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester, herefter

"Forsyningsvirksomhedsdirektivet".

⁴ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud, herefter "Udbudsdirektivet". Fælles betegnelse for dette direktiv og Forsyningsvirksomhedsdirektivet er "direktiverne".

⁵ Lov nr. 1564 af 15. december 2015, herefter "Udbudsloven".

⁶ Mere om reglernes parallelitet i afsnit 2.3.

⁷ EU-Domstolens dom af 7. april 2016 i sag C-324/14, Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta.

⁸ Se modsat EU-Domstolens dom af 23. januar 2003 i sag C-57/01, Makedoniko Metro og Michaniki AE mod Elliniko Dimosio, hvor Domstolen fastslog, at udbudsreglerne (konkret Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter) ikke på daværende tidspunkt var til hinder for nationale bestemmelser, der forbød ændringer i sammensætningen af en sammenslutning efter indgivelse af tilbud.

været angivet forkert i det fælles europæiske udbudsdokument (herefter ”ESPD”⁹). Således havde Alstom altså i ESPD angivet forkerte oplysninger om den støttende enheds gældsgrad.

Umiddelbart synes KLFU’s kendelse at være udtryk for en ren ordlydsfortolkning af Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, og kendelsen synes af denne grund ikke i første omgang overraskende. Kendelsen satte dog alligevel gang i drøftelser om, i hvilket omfang en ordregivende myndighed har pligt til at acceptere udskiftning af støttende enheder, samt hvilke enheder der kan/skal udskiftes.¹⁰

Den primære årsag til, at bestemmelserne om udskiftning af støttende enheder findes interessante og vanskelige, er, at det ikke umiddelbart er muligt at forstå formålet bag og hensigten med bestemmelserne.

Der eksisterer nemlig en åbenlys konflikt mellem muligheden for at korrigere i en ansøgning/et tilbud via udskiftningen af en støtteenhed og den i øvrigt normale tilgang i forhold til ansøgere og tilbudsgivere, som følger af dels forhandlingsforbuddet, dels koncipistreglen¹¹; at ansøger/tilbudsgiver selv bærer ansvaret for a) de fejl, ansøger/tilbudsgiver begår i forbindelse med aflevering af ansøgninger og tilbud under en udbudsproces, og b) at sikre aflevering af den bedst mulige ansøgning og det bedst mulige tilbud.

Normalt er det således kun i begrænsede tilfælde fx ved åbenlyse fejl i en ansøgning eller et tilbud, at ordregivende myndigheder kan søge at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre selvsamme

⁹ ESPD står for ”Standard European Procurement Document” og tjener som foreløbigt bevis for egnethed og foreløbig erklæring om udelukkelse. Se mere om dette i afsnit 4.3.

¹⁰ Se bl.a. Michael Steinicke, ”Skal ordregiver finde sig i udskiftninger hos deltagerne?”. Artiklen findes på: <http://publicure.dk/da/articles/201901/skal-ordregiver-finde-sig-i-udskiftninger-hos-deltagerne>.

¹¹ Se mere om forhandlingsforbuddet og koncipistreglen i afsnit 4.1 og 4.2. Begrebet ”koncipist-reglen” er den danske term, der anvendes i afhandlingen, men der er tale om et grundlæggende princip om, at ved tvivl om forståelsen af en tekst sker fortolkning imod (til skade for) den, der har skrevet teksten (*contra proferentem* eller *in dubio contra stipulatorem*).

ansøgning/tilbud.¹² Og her har ordregivere alene en mulighed for, men ikke pligt til, at søge afdækning og genopretning af en eventuel fejl.

Samtidig rejser pligten til (og muligheden for) at foretage udskiftning af støttende enheder en række spørgsmål relateret til grundlæggende principper om især ligebehandling samt effektiv og fair konkurrence om offentlige kontrakter. Dette skyldes bl.a., at bestemmelserne om udskiftning er afgrænset til alene at gælde i de tilfælde, hvor der anvendes støttende enheder. Således kan fx konsortier, der deltager i samme konkurrence, ikke på samme vis støtte ret på bestemmelserne.¹³

I marts 2020 indgav den italienske domstol, Consiglio di Stato, et præjudicielt spørgsmål til EU-Domstolen¹⁴ om netop pligten til at udskifte støttende enheder. Spørgsmålet vedrører konkret betydningen af urigtige angivelser i ESPD og lyder således:

Er artikel 63 [...] til hinder for [at en] ordregivende myndighed altid skal udelukke tilbudsgiveren fra en udbudsprocedure, hvis dennes hjælpevirksomhed indgiver urigtige erklæringer [...], uden at tilbudsgiveren pålægges eller gives mulighed for at udpege en anden egnet hjælpevirksomhed, som erstatter den førstnævnte [...]?

Spørgsmålet fra den italienske domstol sætter netop en af ovennævnte udfordringer på spidsen: Hvilken betydning har fejl fra støtteenhedens side for muligheden for - såvel som pligten til - at foretage udskiftning af selvsamme støtteenhed. Således stiller den italienske domstol samtidig indirekte spørgsmål til sammenhængen mellem forbuddet mod forhandling samt koncipistreglen og reglerne om udskiftning af støttende enheder.

EU-Domstolens besvarelse af spørgsmålet kan, afhængigt af svaret, indebære, at KLFU's kendelse i Alstom-sagen ikke længere vil have retskildeværdi, fordi der netop i Alstom-kendelsen var tale om fejl i ESPD.

¹² Reglerne herom findes i Udbudsdirektivets, artikel 56, stk. 3, der er en kodificering af EU-Domstolens tidligere praksis, bl.a. EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S. Tilsvarende regler findes i Udbudslovens § 159, stk. 5.

¹³ Mere om dette i afsnit 4.4.

¹⁴ Sag C-210/20: Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Consiglio di Stato (Italien) den 30. marts 2020 — Rad Service Srl Unipersonale m.fl. mod Del Debbio SpA m.fl. Der forventes dom i sagen torsdag d. 3. juni 2021, jf. Domstolens retsliste.

En nærmere afdækning af reglerne om udskiftning af støttende enheder, herunder særligt formålet med reglerne, vurderes både nødvendig og meget aktuel. Særlig relevant er det, om KLFU's fortolkning af reglerne i Alstom-kendelsen forventes opretholdt.

Denne afhandling foretager afdækningen ved at søge at besvare følgende problemformulering:

Hvad er gældende ret i relation til udskiftning af støttende enheder i forbindelse med aflevering af ansøgninger om deltagelse i konkurrencen om og afgivelse af tilbud på kontrakter ved offentlige udbud¹⁵?

1.1 Afgrænsning

Der findes regler om udskiftning af støttende enheder i både Forsyningsvirksomhedsdirektivet, Udbudsdirektivet samt i Udbudsloven. Det vurderes, at reglerne i direktiverne skal fortolkes og anvendes ensartet, ligesom reglerne i Udbudsloven naturligvis skal fortolkes EU-konformt.

I denne afhandling vil der af afgrænsningsmæssige hensyn primært blive henvist til reglerne i Udbudsloven og dermed Udbudsdirektivet, hvorfor der afgrænses fra en nærmere analyse af Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Hvor der er forskelle, angives dette dog.

Det bemærkes, at der i reglerne anvendes forskellig terminologi. Termene ”egnethed”/”egnethedskrav” anvendes i Udbudsloven, mens termene ”udvælgelse/udvælgelseskrav/minimumskrav til udvælgelse” anvendes i direktivteksterne.¹⁶ Der foretages ikke en nærmere analyse af valget af terminologi, idet begreberne sidestilles og benyttes

¹⁵ Det bemærkes, at termen ”offentlige udbud” ikke skal forstås som proceduren ”offentligt udbud”, men som en samlebetegnelse for udbud gennemført af ordregivere.

¹⁶ Termen ”egnethed” var også anvendt i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (”2004-Udbudsdirektivet”) i relation til formåen. Egnethed figurer fortsat i Udbudsdirektivet, men ikke i relation til krav til formåen. Her anvendes termen ”udvælgelse” i stedet. Se også Niels Karl Heilskov Rytter og Rasmus Holm Hansen, ”Økonomiske egnethedskrav i udbud”, i UfR.2021B.34, s. 34, hvor forfatterne berører terminologiforvirringen.

synonymt.¹⁷ Ligeledes sidestilles begreberne ”erstatning” og ”udskiftning”,¹⁸ om end begrebet ”udskiftning” vil være den gennemgående term i denne afhandling.¹⁹ Også andre termer kan give anledning til forvirring, fx termene ”væsentlig ændring” og ”ændring af grundlæggende element”. Der foretages ikke nærmere analyser af forskelle i termen, men det vil undervejs i afhandlingen fremgå, når der anvendes flere termer og overlappende begreber, og det vil blive angivet, hvilke(n) term(er), der anvendes.

Der afgrænses generelt for redegørelse for grundlæggende udbudsretlige begreber, gennemgang af procedurer mv., idet kendskab hertil forudsættes.

Fokus i afhandlingen er på udskiftning af støttende enheder forud for kontraktindgåelse og således ikke på regler om ændringer af udbudte kontrakter. Praksis herom inddrages dog i diskussioner og perspektivering.

Endvidere afgrænses der fra nærmere analyse af de regler, der giver ordregivende myndigheder ret til at kræve udskiftning i andre situationer, end der hvor de er forpligtede hertil. Der vil dog være en analyse af grænserne mellem pligt og ret.²⁰

Ligeledes afgrænses der fra analyse af konkurrencereglerne og disses betydning i forhold til dels brugen af støttende enheder dels udskiftningen heraf. Regler og praksis om ansvarsfordeling mellem deltagere i en udbudt kontrakt, herunder kædeansvar, berøres heller ikke.

Der anvendes pga. forfatterens sproglige kompetencer foruden de danske versioner af direktiverne alene sproglige versioner på engelsk, svensk og tysk.

Endelig er analysens fokus på materielle og ikke processuelle regler.

¹⁷ Der henvises i øvrigt til Forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Bobek fremsat den 24. november 2016 i sag C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie, der i præmis 40 sidestiller ”egnethed ” og ”formåen”.

¹⁸ Der redegøres kort for terminologien i afsnit 2.3 om reglernes indhold.

¹⁹ Termen ”erstatning” eller ”erstatte” benyttes i de danske lovforarbejder og anvendes, når disse citeres.

²⁰ Se afsnit 2.4.

1.2 Struktur

Kapitel 1 introducerer emnet for denne afhandling, herunder problemstillingen, problemformuleringen, afgrænsning, metode og struktur.

Kapitel 2 omhandler reglernes indhold og giver en grundigere introduktion til afhandlingens emne. I afsnit 2.1 introduceres afhandlingens emne, nemlig brugen af og særligt praktikken omkring brugen af støttende enheder samt de mulige konstellationer, samarbejder mellem ansøgere, tilbudsgivere mv. kan antage. I afsnit 2.2 redegøres for og analyseres Alstom-kendelsen. Analysen af kendelsen tjener primært til belysning af konkrete og praktiske omstændigheder henholdsvis udfordringer, og ses i den forbindelse som et væsentligt bidrag til nærmere introduktion til afhandlingens emne. Afsnit 2.3 omhandler de relevante retsregler og den konkrete ordlyd heraf. I kapitlet foretages ligeledes en analyse af forskellige sproglige versioner. I afsnit 2.4 konkluderes på kapitel 2.

Kapitel 3 vedrører formålet/formålene med reglerne om udskiftning. I afsnit 3.1 analyseres forarbejderne til Udbudsloven såvel som til Udbudsdirektivet med henblik på at fastlægge hensynet bag reglerne om udskiftning af støttende enheder. I afsnit 3.2 analyseres almindelige EU-retlige principper. I afsnit 3.3 analyseres øvrige hensyn baseret på særligt EU-Domstolens praksis med henblik på at identificere (yderligere) formål med reglerne om udskiftning og i den sammenhæng skabe forståelse for reglernes kontekst. I afsnit 3.4 konkluderes på formål.

Kapitel 4 indeholder diskussioner og perspektivering. I kapitlet analyseres og diskuteres en række praktiske udfordringer med reglerne om udskiftning, sådan som de blev fortolket i Alstom-kendelsen. I afsnit 4.1 og 4.2 er fokus på udfordringer med dels koncipistreglen dels mulighederne for at indhente supplerende oplysninger. I afsnit 4.3 diskuteres betydningen af ESPD som foreløbigt bevis. I afsnit 4.4 sammenlignes mulighederne for udskiftning af enheder i konsortier henholdsvis udskiftning af støttende enheder. I afsnit 4.5 diskuteres udfordringerne med flere støttende enheder, og i afsnit 4.6 diskuteres reglerne om dokumentation i dynamiske indkøbssystemer og på rammeaftaler. I afsnit 4.7 ses der på tidsmæssige udfordringer, og i afsnit 4.8 er fokus på risikoen for spekulation i reglerne. I afsnit 4.9 samles der op på alle udfordringerne og diskussionerne, og der konkluderes herpå.

I kapitel 5 findes afhandlingens samlede konklusion og besvarelse af problemformuleringen.

1.3 Metode

For at besvare problemformuleringen anvendes traditionel retsdogmatisk metode til at bestemme *de lege lata*/beskrive retstilstanden²¹ ved analyse af relevante retskilder. Der benyttes ”fortolkning og argumentation” i forhold til retskilderne for at komme frem til, hvad der må anses som gældende ret.²²

På grund af forpligtelsen til EU-konform fortolkning²³ samt EU-rettens forrang²⁴ er EU-retskilder centrale for forståelsen af gældende ret. Da praksis fra KLFU dog i høj grad fortolker på konkrete og praktiske problemstillinger, inddrages denne samt naturligvis bestemmelser i Udbudsloven, der implementerer Udbudsdirektivets regler.

Retskilderne fortolkes efter ordlyd (objektivitet), formål (subjektivitet)²⁵ og kontekst, og i den forbindelse inddrages forarbejder til såvel Udbudsloven som EU-direktiverne.

I forhold til EU-retlige retskilder bemærkes det, at EU-Domstolen benytter såkaldt teleologisk fortolkning,²⁶ der bedst udtrykkes som en dynamisk fortolkning med udgangspunkt i formål og kontekst.²⁷ *Effet utile* princippet er en integreret del af teleologisk fortolkning. Princippet indebærer, at der ved fortolkning skal fokuseres på den bedst mulige opnåelse af EU-rettens formål.²⁸ I

²¹ Peter Blume, ”Retssystemet og juridisk metode”, 2. udgave, 2014, s. 40.

²² Ruth Nielsen, ”Ph.d.-afhandlingen og disputatsen” i Thomas Riis & Jan Trzaskowski, ”Skriftlig Jura – den juridiske fremstilling”, 1. udgave, 2013, s. 280.

²³ Se bl.a. Carina Risvig Hamer, ”Grundlæggende udbudsret”, 1. udgave, 2016, s. 45, og Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, ”Retskilder og retsteorier”, 5. udgave, 2017, s. 37.

²⁴ Domstolens Dom af 15. juli 1964, i sag C-6/64, Flaminio Costa mod ENEL, d. 15. juli 1964. Se endvidere om EU-rettens forrang i Karsten Engsig Sørensen, Poul Runge Nielsen, Jens Hartig Danielsen, ”Uddrag af EU-retten”, 6. udgave, 2014, s. 162.

²⁵ Peter Blume, ”Juridisk metode og argumentation” i Thomas Riis & Jan Trzaskowski, ”Skriftlig Jura – den juridiske fremstilling”, 1. udgave, 2013, S. 34-35.

²⁶ Ibid.

²⁷ Se EU-Domstolens dom af 6. oktober 1982 i sag C-283/81, Srl CILFIT og Lanificio di Gavardo SpA mod Sundhedsministeriet., hvor Domstolen i præmis 20 udtalte: ”...*de enkelte EF-regler vurderes i deres rette sammenhæng og fortolkes i lyset af EF-rettens bestemmelser som helhed, den bagved liggende målsætning og EF-rettens udviklingstrin på tidspunktet for de pågældende bestemmelsers anvendelse.*”

²⁸ Se bl.a. T. Millet, ”Rules of Interpretation of E.E.C. Legislation”, i Statute Law Review 10(3), s. 163.

afhandlingens analyser er der fokus på denne fortolkningsstil, både i relation til vurdering af retskildeværdi af fx tidligere domme, jf. nedenfor, og i relation til fortolkning af direktivernes regler om udskiftning af støttende enheder.

Ordlydsfortolkning kan være både indskrænkende, præciserende og udvidende.²⁹ Alle tre fortolkningsformer anvendes konkret i analysen. I forhold til indskrænkende fortolkning gælder det generelt, at undtagelser fortolkes indskrænkende³⁰. Den præciserende fortolkning handler om ”*den naturlige sproglige forståelse*” af ordlyden, mens den udvidende naturligt handler om at læse ud over den naturlige sproglige forståelse.³¹

Ved ordlydsfortolkning af direktiverne inddrages forskellige sproglige versioner til at klarlægge regler, termer og juridisk fortolkning, idet alle sproglige versioner af EU-direktiver er gældende.

I formålsfortolkningen inddrages lovforarbejder til Udbudsloven samt Udbudslovsudvalgets rapport, der også betragtes som lovforarbejde.³² For formålsfortolkning erindres det, at det er udgangspunktet i EU-retten, at formålene kan læses direkte af lovteksten.³³ Det undersøges desuagtet, hvorvidt der er udtrykt noget i det forberedende arbejde til EU-direktiverne om formålet med bestemmelserne om udskiftning.

I forhold til formål inddrages endvidere analyse af almindelige EU-retlige principper som bl.a. ligebehandling og gennemsigtighed, jf. teleologisk fortolkning. Disse findes i selve direktivteksten, men betegnes også som grundlæggende principper³⁴ og må af denne grund anses for havende højere retskildeværdi end direktiver (sekundær ret).³⁵

²⁹ Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, ”Retskilder og retsteorier”, 5. udgave, 2017, s. 227 ff.

³⁰ Carsten Munk-Hansen, ”Retsvidenskabsteori”, 2. udgave, 2018, s. 296.

³¹ Carsten Munk-Hansen, ”Retsvidenskabsteori”, 2. udgave, 2018, s. 296.

³² Udvalget havde ansvar for at udarbejde udkast til det regelsæt, der skulle implementere Udbudsdirektivet, og som altså i dag er blevet til Udbudsloven. Rapporten findes her: <https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/>.

Udbudslovsudvalgets kommissorium fremgår i øvrigt af rapporten s. 12-13.

³³ Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, ”Retskilder og retsteorier”, 5. udgave, 2017, s. 251.

³⁴ Grith Ølykke og Ruth Nielsen, ”EU’s udbudsregler – i dansk kontekst”, 2. udgave, 2017, s. 105 og s. 123.

³⁵ Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, ”Retskilder og retsteorier”, 5. udgave, 2017, s. 97 ff.

Juridisk litteratur inddrages som fortolkningsbidrag. Ligeledes inddrages Generaladvokatens forslag til afgørelser i relevante EU-domme som fortolkningsbidrag, hvor Generaladvokatens forslag bidrager til forståelse.³⁶

Tilgangen i afhandlingen er ikke egentlig retspolitisk, men perspektivering kan danne første skridt i forhold til en videre retspolitisk analyse.

1.3.1 Overvejelser om retskildeværdi

Ved analyse af retskilderne kan det være nødvendigt at forholde sig til retskildeværdien af de enkelte kilder, fx hvis der er modstrid mellem retskilderne, eller hvis en retskilde skaber præcedens. Ret skildeværdien afgøres for så vidt angår regulering af den konkrete regulering (lov, direktiv mv.) placering i reguleringshierarkiet³⁷, mens dommes retskildeværdi afgøres af, dels i hvilken retsinstans en dom er afsagt, dels i visse tilfælde i hvilken afdeling (fx den store afdeling) en dom er afsagt.³⁸ Ret skildeværdien afgøres i øvrigt efter almindelige fortolkningsprincipper som bl.a. *lex posterior*³⁹, således at nyere lovgivning har højere retskildeværdi end ældre lovgivning. Tilsvarende fortolkningsprincip gælder i forhold til domme, hvis en nyere dom skaber nye præjudikater.⁴⁰ I denne afhandling anvendes så vidt muligt de nyeste domme, særligt fordi reglen om udskiftning kun har eksisteret siden 2014. Hvor gældende ret er fastlagt i ældre domme, henvises dog til disse, som fx ses med henvisningen til Costa mod Enel, jf. ovenfor.

Visse kilders retskildeværdi kan diskuteres, bl.a. præamblers retskildeværdi.⁴¹ Da præamblens betragtninger i denne afhandling primært inddrages i analysen af formålet med reglerne om udskiftning, og da formålet som nævnt ovenfor oftest er anført i præamblen, er diskussionen konkret irrelevant.

³⁶ Det bemærkes, at der ikke i alle sager foreligger forslag til afgørelse fra Generaladvokaten.

³⁷ Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, "Ret skilder og retsteorier", 5. udgave, 2017, fx s. 33 og s. 48.

³⁸ Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, "Ret skilder og retsteorier", 5. udgave, 2017, s. 141 ff.

³⁹ Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, "Ret skilder og retsteorier", 5. udgave, 2017, s. 38.

⁴⁰ Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, "Ret skilder og retsteorier", 5. udgave, 2017, s. 239 ff.

⁴¹ Se bl.a. EU-Domstolen dom af 19. november 1998, i sag C-192/97, Straffesag mod Gunnar Nilsson, Per Olov Hagelgren og Solweig Arrborn, præmis 54.

Retskildeværdien af KLFU's kendelser er helt central, da kendelsen i Alstom-sagen pt. er den eneste, der vedrører reglerne om udskiftning. En vigtig del af analysen i denne afhandling omhandler således retskildeværdien af kendelsen, og om den kan anses som udtryk for gældende ret.

Klagenævnet er et uafhængigt, domstolslignende nævn, der fungerer parallelt med domstolene,⁴² men hvis kendelser ligeledes kan indbringes for domstolene inden for 8 uger fra afsigelse, jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 8.⁴³ KLFU afsiger mange kendelser og afgør langt de fleste udbudssager i Danmark. Nævnets kendelser indeholder (i modsætning til EU-Domstolens domme) konkret subsumption. Retskildeværdien af KLFU's kendelser er hierarkisk set lav, men praksis fra nævnet er dog fra en rent praktisk synsvinkel vigtig pga. det store antal kendelser, der afsiges af KLFU.⁴⁴

I denne afhandling anvendes, som nævnt, i et vist omfang lovforarbejder, EU-retlige såvel som danske. Retskildeværdien af lovforarbejder kan også diskuteres.⁴⁵ EU-forarbejder er meget begrænsede i omfang og har betydeligt lille retskildeværdi. Danske forarbejder kan anderledes have en vis retskildeværdi, særligt når forarbejderne gengiver direktivtekst.⁴⁶ Da forarbejderne i denne afhandling alene anvendes til dels at forstå reglernes oprindelse (i EU-retten) og formål, dels som fortolkningsbidrag, er diskussionen om forarbejdernes retskildeværdi i udgangspunktet mindre relevant. Forarbejdernes retskildeværdi har dog indirekte betydning, idet KLFU inddrager disse i

⁴² Det er muligt at anlægge sag om overtrædelse af udbudsreglerne direkte ved de almindelige domstole, medmindre en klage indgives i stand-still, jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 5, stk. 1.

⁴³ Lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016 af lov om Klagenævnet for Udbud.

⁴⁴ Grith Skovgaard Ølykke & Ruth Nielsen, "EU's udbudsregler – i dansk kontekst", 2. udgave, 2017, s. 69.

⁴⁵ Carina Risvig Hamer og Rasmus Horskjær Nielsen, "Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?", UfR.2020B.114.

⁴⁶ Se i denne forbindelse EU-Domstolens dom af 7. maj 2020 i sag C-478/99, Kommissionen mod Sverige, der omhandlede svensk implementering af et bilag til Rådets direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugerftaler via forarbejder samt EU-Domstolens dom af 14. december 2016 i sag C-171/15, Connexxion Taxi Services BV mod Nederlandene, der omhandlede et hollandsk krav om proportionalitetsvurdering forud for udelukkelse med henvisning til alvorlig fejl i forbindelse udførelsen af erhverv. Dette krav fremgik alene af forarbejderne til den bekendtgørelse, der implementerede det dagældende direktiv.

kendelsen i Alstom-sagen, og da kendelser baseret på de danske lovforarbejder alt andet lige har lavere retskildeværdi, end kendelser baseret på fx EU-Domstolens praksis.⁴⁷

Retskildemæssige overvejelser inddrages undervejs i den retsdogmatiske analyse, hvor det er relevant.

⁴⁷ KLFU har i øvrigt selv i flere tilfælde sat spørgsmålstegn ved forarbejdernes retskildeværdi, se Carina Risvig Hamer og Rasmus Horskjær Nielsen, ”Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?”, UfR.2020B.114.

2. Kapitel: Reglernes indhold

2.1 Typer af samarbejder mellem økonomiske aktører

Når økonomiske aktører deltager i udbudsprocedurer kan det ske via forskellige typer af samarbejder - i forskellige konstellationer. I Udbudsloven såvel som i Udbudsbudsdirektivet sondres der primært mellem, om ansøgere/tilbudsgivere deltager alene i procedurerne, deltager med underleverandører/-entreprenører, deltager med *støttende enheder* eller deltager via såkaldte *sammenslutninger* (i mange sammenhænge betegnet ”konsortier”). Sondringen mellem de to sidstnævnte er relevant for denne afhandling.

Valg af konstellation kan afhænge af, hvorvidt et samarbejde etableres for at sikre, at den økonomiske aktør opfylder egnethedskrav, for at stille den økonomiske aktør bedre i forhold til udvælgelse,⁴⁸ eller for at stille aktøren bedre i selve konkurrencen om kontrakten.⁴⁹ Endvidere kan valg af konstellation afhænge af mulighederne for at etablere selve konstellationen. Valget vil måske også i visse tilfælde komme til at afhænge af mulighederne for at ændre i konstellationen undervejs i udbudsprocessen.⁵⁰

Udbudsloven indeholder flere regler om de forskellige former for samarbejde mellem økonomiske aktører. § 139 vedrører økonomiske aktørers retlige form, og det gælder efter stk. 2, at ordregivere ikke kan kræve, at *sammenslutninger* af økonomiske aktører skal have en bestemt retlig form i

⁴⁸ Der gøres opmærksom på terminologi-forskellene, som også berørt i afsnit 1.1.

⁴⁹ Der er forskel på egnethed/udvælgelse og konkurrence. Dette skyldes, at ordregivere for så vidt angår økonomisk og finansiell formåen (egnethed og udvælgelse) kan kræve solidarisk hæftelse, jf. § 144, stk. 6. Endvidere skal enheder, der støtter (egnethed og udvælgelse) med uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer/erfaringer, udføre de bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, for hvilke disse kapaciteter kræves, jf. § 144, stk. 3. Hvis en økonomisk aktør ønsker at basere sig på andre enheders kapaciteter (til egnethed og/eller udvælgelse), skal den endvidere godtgøre over for den ordregivende myndighed, at den råder over de nødvendige ressourcer, f.eks. ved at fremlægge et tilsagn fra disse enheder i denne forbindelse, jf. § 144, stk. 2. Disse regler fordrer et noget tættere samarbejde, hvorimod det i højere grad vil være muligt at benytte mere løse former for samarbejde, fx i form af underleverandører, hvis sammenarbejdet primært er tænkt til at styrke selve tilbuddet. Vær opmærksom på afgrænsningen fra konkurrencereglerne og regler om kædeansvar.

⁵⁰ Mere om dette i afsnit 4.4 og 4.8.

udbudsprocessen.^{51,52} Parallelt hermed gælder det efter § 144, stk. 1, at ansøgere og tilbudsgivere kan basere sig på *andre enheders formåen*, uanset den retlige forbindelse mellem ansøger/tilbudsgiver og *enheden/erne*.

Disse regler implementerer Udbudsdirektivets artikel 19, stk. 2 (om økonomiske aktører) og artikel 63 (om udnyttelse af andre enheders kapacitet).

Begrebet ”støttende enhed” - eller ”enhed” for den sags skyld - som er analysegenstand i denne afhandling, er ikke nærmere defineret i Udbudsloven eller i Udbudsdirektivet.

Begrebet ”sammenslutning(er) af økonomiske aktører” er heller ikke nærmere defineret, men det er til gengæld ”økonomisk aktør”, jf. nedenfor, såvel som ”tilbudsgiver” og ”ansøger”. Ud fra disse sidstnævnte definitioner konstateres det, at en tilbudsgiver/ansøger kan være en *sammenslutning*, og at en sammenslutning er en form for *samarbejde*, der adskiller sig fra et samarbejde ved brug af *støttende enheder*.

I Udbudsdirektivets Bilag V: ”Oplysninger, der skal angives i bekendtgørelser og meddelelser”, Del D: ”Oplysninger, der skal angives i bekendtgørelser om indgåede kontrakter”, nævnes ”typer af sammenslutning” som ”fx *joint ventures, konsortier eller andet*.”

På baggrund heraf konkluderes det, at udnyttelse af en støttende enhed indebærer et løsere samarbejde end det, der etableres i en sammenslutning og dermed fx via et konsortium. Når der samarbejdes ved brug af støttende enheder, er ”ansøger”/”tilbudsgiver” en enhed, der er forskellig fra støtteenhederne. Når der samarbejdes ved brug af en sammenslutning, så indgår alle aktørerne i enheden ”sammenslutningen”.⁵³

⁵¹ Dette følger også af de tidligere udbudsregler samt af EU-Domstolens praksis, bl.a. dom af 14. januar 2016 i sag C-234/14, *Ostas celtnieks SIA mod Talsu novada pašvaldība Iepirkumu uzraudzības birojs.*, Ordregivere kan dog kræve, at sammenslutninger af økonomiske aktører antager en bestemt retlig form, når de har fået tildelt kontrakten, i det omfang en sådan ændring er nødvendig for at sikre en tilfredsstillende opfyldelse af kontrakten, jf. § 139, stk. 5.

⁵² Ordregivere kan for visse kontrakttyper (bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter eller monterings- og installationsarbejde i forbindelse med en vareindkøbskontrakt) kræve, at centrale opgaver udføres direkte af den vindende tilbudsgiver selv eller af en specifik deltager i en sammenslutning, jf. § 144, stk. 8.

⁵³ En ”sammenslutning” kan også benytte sig af støttende enheder, jf. mere herom i afsnit 4.4.

”Økonomisk aktør” dækker en bred gruppe af aktører i udbudsprocesser, og således: *”Enhver fysisk eller juridisk person, offentlig enhed eller sammenslutning af sådanne personer og enheder, herunder en midlertidig sammenslutning af virksomheder, som tilbyder udførelse af arbejder eller bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser på markedet.”*

2.2 Alstom-sagen – det konkrete eksempel⁵⁴

I juni 2018 udbød DSB via udbud med forhandling en kontrakt om dels indkøb af nye tog, dels drift og vedligeholdelse heraf. Syv ansøgere havde anmodet om prækvalifikation. En af disse var ALSTOM Transport Danmark A/S (”Alstom”), som baserede sin ansøgning på fire koncernforbundne selskaber, herunder ALSTOM Transport Holdings BV (”AT Holland”). I oktober prækvalificerede DSB fire ansøgere, heriblandt Alstom, og anmodede i samme forbindelse om dokumentation for opfyldelse af fastsatte egnethedskrav (til ansøger), herunder krav om en gældsgrad på under 4.

Konkret gjaldt det i udbuddet, at nøgletal - ved udnyttelse af andre enheder økonomiske kapacitet - (konkret soliditets- og gældsgrad) skulle beregnes som samlede økonomiske tal⁵⁵. Således skulle gældsgraden beregnes som den samlede rentebærende nettogæld⁵⁶ hos ansøger og alle dennes eventuelle støtteenheder delt med den samlede EBITDA⁵⁷.

Alstom konstaterede i forbindelse med fremskaffelsen af dokumentation for egnethed, at AT Hollands koncerninterne gæld ikke i første omgang var indregnet ved opgørelsen af selskabets gældsgrad, og at indregning ville indebære, at Alstom ikke kunne opfylde minimumskravet om en (samlet) gældsgrad på under 4. Alstom anmodede derfor DSB om tilladelse til at erstatte AT

⁵⁴ Indledningsvist bemærkes, at KLFU i Alstom-sagen fortolkede reglerne om udskiftning af støttende enheder i Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Jf. nedenfor i afsnit 2.3, vurderes det, at Klagenævnets konklusioner i kendelsen også vil gøre sig gældende for tilfælde omfattet af Udbudsloven.

⁵⁵ Udbudsmaterialet var udarbejdet på engelsk. Samlede økonomiske tal var angivet som ”combined financial figures”.

⁵⁶ ”Net interest bearing debt”.

⁵⁷ EBITDA er et selvstændigt økonomisk nøgletal, der viser en virksomheds driftsrentabilitet. EBITDA står for Earnings Before Interests, Taxes, Depreciation (and) Amortization og udgør en virksomheds resultat (før finansielle poster samt af- og nedskrivninger) set i forhold til omsætning. I sagen skulle således Alstom og alle de støttende enheders samlede resultat ses i forhold til disses samlede omsætning.

Holland med ALSTOM Holding A/S ("ATH A/S"), idet Alstom samtidig anførte, at udskiftningen i øvrigt ikke ville påvirke opfyldelsen af egnethedskravene.

DSB havde i udbudsbetingelserne anført en række betingelser for udskiftning af konsortiedeltagere, støttende enheder eller deltagere (fx underleverandører) i øvrigt. Betingelserne betød, at der alene kunne ske udskiftning, hvis udskiftningen 1) ingen betydning havde for opfyldelse af minimumskrav, 2) alene var nødvendiggjort af forhold uden for ansøgers/tilbudsgivers kontrol, 3) ikke indebar konkurrencemæssig ulempe for øvrige deltagere i udbuddet og 4) ikke var i strid med udbudsreglerne.⁵⁸

DSB afslog på baggrund af betingelserne at give tilladelse til udskiftningen med begrundelsen, at der ikke var juridisk grundlag⁵⁹ herfor, idet DSB hverken anså sig for berettiget eller forpligtet til at acceptere udskiftningen.

Alstom indgav herefter i december 2018 klage til KLFU over afslaget med påstand om, at DSB med afslaget havde overtrådt Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, der forpligter ordregivere til at kræve udskiftning af en støttende enhed, hvor et minimumskrav ikke er opfyldt.⁶⁰

Art. 79, stk. 2, 2. afsnit, har følgende ordlyd: *"...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..."*, jf. yderligere herom nedenfor i afsnit 2.3.

KLFU behandlede sagen som en hastesag⁶¹ og afgjorde sagen på godt en måned.

⁵⁸ Vurderingen af, hvorvidt betingelserne var opfyldt, var overladt fuldstændigt til DSB's skøn ("DSB's sole discretion to determine"). Betingelserne må anses for at være en udløber EU-Domstolens dom af 24. maj 2016, i sag C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S mod Banedanmark.

⁵⁹ "legal ground"

⁶⁰ Se analyse af ordlyden i afsnit 2.3.

⁶¹ Klagen var indgivet umiddelbart efter afslaget på tilladelse til udskiftning. Forpligtelser til at hastebehandle findes i EU's håndhævelsesdirektiver (Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter og Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og

DSB anførte i sagen, at reglerne om udskiftning i Forsyningsvirksomhedsdirektivet alene gælder, når en enhed ikke (*selvstændigt*)⁶² opfylder et minimumskrav, der er stillet (*selvstændigt*) til støttende enheder. Da AT Hollands gældsgrad selvstændigt var under 4, og da der alene var tale om, at Alstom ikke (samlet set) opfyldte minimumskravet til gældsgrad, kunne bestemmelsen ifølge DSB ikke anvendes til at udskifte AT Holland med en anden støtteenhed.

I sammenhæng med dette argument anførte DSB, at hvis bestemmelsen skal gælde i forhold til krav til ansøger, vil det være umuligt – i et tilfælde som det konkrete med flere støtteenheder - at identificere præcist hvilken enhed, der er skyld i, at ansøger/tilbudsgiver ikke opfylder et minimumskrav. Derfor kan ordregiver ikke, som foreskrevet i reglerne, *kræve* udskiftning.

DSB havde endvidere anført, at Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, ikke kunne finde anvendelse, når udskiftningen hang sammen med/var nødvendiggjort af fejl i ESPD.⁶³ En sådan tolkning ville resultere i mulighed for fremsættelse af ny ansøgning - og spekulation heri.⁶⁴

Endelig anførte DSB, at behovet for udskiftning i den konkrete sag ikke skyldtes hændelser uden for Alstoms kontrol, hvilket var en betingelse for udskiftning, der var anført i udbudsmaterialet.⁶⁵

Vedrørende DSB's argument om, at artikel 79, stk. 2, alene vedrører situationer, hvor en enhed ikke *selvstændigt* kan opfylde egnethedskrav, der er stillet til støttende enheder, fastslog KLFU, at argumentet ikke kunne tiltrædes.

Med støtte i forarbejderne til Udbudslovens § 144, stk. 5, og ordlyden af denne samt Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, anførte KLFU i den forbindelse (s. 33-34):

administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation).

⁶² Forfatterens tilføjelse af hensyn til forståelsen. En sådan fortolkning af reglen stemmer i høj grad overens med reglens ordlyd. Nærmere herom i afsnit 2.3 og i afsnit 2.3.2.

⁶³ Se afsnit 4.3, der diskuterer ESPD som foreløbigt dokument.

⁶⁴ Se for mere herom afsnit 4.8.

⁶⁵ Det bemærkes, at KLFU ikke forholdt sig til, hvorvidt DSB var berettiget til at foretage udskiftningen i lyset af de opstillede betingelser. Det kan anføres, at KLFU burde dette, jf. EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S. For en parallel sag, hvor de formulerede udbudsbetingelser konkret indebar tildeling i strid med udbudsloven, se Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. november 2017, Vojens Taxi og Servicetrafik ApS mod Midttrafik, Sydtrafik og Fynbus.

*”udvælgelseskriterier angår således ikke – i hvert fald ikke direkte – krav til de virksomheder, som ansøgere eller tilbudsgivere støtter sig på... sådanne krav til støttende virksomheder [vil] ikke kunne anses for ”udvælgelseskriterier” fastsat i henhold til udbudsdirektivets artikel 80, som bestemmelsen [artikel 79, stk. 2] udtrykkeligt angår, og bestemmelsen [vil] dermed reelt være uden indhold i relation til udvælgelseskriterier... [Bestemmelsen kan] ikke meningsfyldt forstås som et krav om, at de enkelte støttende virksomheder hver for sig skulle leve op til de (relevante) stillede udvælgelseskriterier... [men 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.”*

I forhold til identifikation af den støttende enhed, ”der ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium”, er KLFU’s kendelse meget konkret, idet Klagenævnet blot fastslog meget kortfattet, at det - i den konkrete situation - var muligt at identificere enheden, hvorfor DSB havde ”*pligt til at anmode Alstom om at udskifte ”AT Holland” som støttende virksomhed*” (s. 36).

KLFU konkluderede endvidere i Alstom-kendelsen, at artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, gælder både før⁶⁶ og efter prækvalifikationen.⁶⁷

I forhold til fejlskrift anførte KLFU, at der ikke var holdepunkter for en fortolkning af artikel 79, stk. 2, som gældende alene situationer, hvor manglende overholdelse af et egnethedskrav kunne konstateres direkte i ESPD. Således konkluderede KLFU (s. 35), at der ikke er ”*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.*”⁶⁸

⁶⁶ Det giver næppe mening at tale om, at bestemmelsen gælder ”før” prækvalifikation. Det antages, at KLFU har ment, at bestemmelsen gælder ”i forbindelse med prækvalifikationen”. Se i øvrigt afsnit 2.3.5 og 4.7.

⁶⁷ S. 35: ”*Det må således antages, at bestemmelsen efter omstændighederne finder anvendelse såvel før som efter prækvalifikationen.*” Konklusionen er svar på DSB’s argument om, at bestemmelsen kun er aktuel frem til prækvalifikation, hvorfor KLFU alene forholder sig til tiden før henholdsvis efter prækvalifikation (og ikke før henholdsvis efter tilbudsfristen). Mere om dette i afsnit 4.6.

⁶⁸ Det stiller relativt store krav til ordregivers undersøgelsespligt, at bestemmelsen også gælder ved fejlskrift. Mere om dette i afsnit 4.3.

Sidst i KLFU's kendelse fik Klagenævnet anledning til at forholde sig til, hvorvidt ligebehandlingsprincippet var til hinder for udskiftning generelt såvel som konkret.

Med henvisning til Udbudslovsudvalgets rapport⁶⁹ konkluderede KLFU, at bestemmelsens ordlyd og muligheden for udskiftning ikke i sig selv er i strid med ligebehandlingsprincippet, men at en konkret udskiftning kan være det. KLFU anførte videre, at det i den forbindelse er afgørende, hvorvidt øvrige ansøgere/tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling ville blive forringet ved Alstoms mulighed for udskiftning. Konkret fastslog Klagenævnet, at Alstom også ville være blevet prækvalificeret, hvis ansøgningen oprindeligt var baseret på ATH i stedet for AT Holland. Mere generelt fastslog KLFU, at det ikke kan anses for en forringelse af de øvrige prækvalificerede tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling, at en ansøger får lov at fortsætte i konkurrencen (således at der er flere om at konkurrere).

Yderligere anførte KLFU som en generel betragtning, at (s. 38-39): ”... *reglen [...] fremgår af forsyningsvirksomhedsdirektivet, 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.*”⁷⁰

Således var der i KLFU's kendelse ingen tvivl om, at Alstom havde ret til at udskifte AT Holland med ATH.

2.3 Reglerne om udskiftning af støttende enheder - ordlydsfortolkning

De for denne afhandling relevante retsregler findes i Udbudsloven, som implementerer Udbudsdirektivet, og i Forsyningsvirksomhedsdirektivet, som er implementeret i dansk ret ved Bekendtgørelse nr. 1624 af 15/12/2015 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester.

⁶⁹ Udbudslovsudvalgets rapport tilgængelig på: <https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/>.

⁷⁰ Dette diskuteres nærmere i afsnit 4.8.

Reglerne har følgende ordlyd:

Udbudsloven	Udbudsdirektivet	Forsyningsvirksomhedsdirektiver
§ 144, stk. 4 og 5: ”En ordregiver skal <u>verificere</u>, at de enheder, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på, kan <u>dokumentere</u>, 1) at de opfylder de relevante minimumskrav til egnethed, jf. § 140, og 2) at de ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 eller 3, og, hvis det er relevant, § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7. 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 <u>passende tidsfrist</u> for ansøgeren eller tilbudsgiveren til at erstatte enheden, som er omfattet af en udelukkelsesgrund, jf. §§ 135-137.”	Artikel 63, stk. 1, 2. afsnit: ”Den ordregivende myndighed <u>kontrollerer</u> i henhold til artikel 59, 60 og 61, om de enheder, hvis kapacitet den økonomiske aktør agter at basere sig på, opfylder de relevante udvælgelseskriterier, og om der foreligger udelukkelsesgrunde, jf. artikel 57. Den ordregivende myndighed skal kræve, at den økonomiske aktør <u>erstatte en enhed</u>, der ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium, eller med hensyn til hvilken der foreligger udelukkelsesgrunde. Den ordregivende myndighed 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.”⁷¹	Artikel 79, stk. 2. 2. afsnit: ”Hvis ordregivende enheder i henhold til artikel 80 i nærværende direktiv har henvist til udelukkelses- eller udvælgelseskriterierne i direktiv 2014/24/EU, <u>kontrollerer</u> 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 <u>udskifter en enhed</u>, 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.”

⁷¹ Der er en mindre forskel mellem Udbudsloven og Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Forpligtelsen til at kræve udskiftning af en enhed, der ikke opfylder en frivillig (ikke-obligatorisk) udelukkelsesgrund, er implementeret i Udbudsloven. Ordregivende myndigheder omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet skal ikke kræve dette, men de kan dog i konkrete udbud vælge at benytte muligheden herfor, da direktivet giver hjemmel herfor.

Bestemmelserne om udskiftning er nye, idet der ikke fandtes tilsvarende bestemmelser i 2004-Udbudsdirektivet eller tidligere direktiver.⁷² Nedenfor analyseres ordlyden af bestemmelserne.

2.3.1 Kontrol af *enheder*, økonomisk aktør og udskiftning af en *enhed*

Ordlyden af Udbudsloven svarer i det store og hele til Udbudsdirektivets såvel som Forsyningsvirksomhedsdirektivets ordlyd, selvom der er nuanceforskelle.

Afsnittet i Udbudsdirektivet omkring kontrol af de støttende enheder henviser til artikel 59-61, der vedrører brug af ESPD, dokumentation og eCertis.⁷³ Artikel 59 og 61 har ikke parallelle bestemmelser i Udbudsloven, idet der er tale om bestemmelser, som ikke er rettet mod ordregivere, men mod nationale lovgivere. Artikel 61 er implementeret i Udbudslovens §§ 152-155, som vedrører dokumentation fra ansøger/tilbudsgiver.

Udbudsdirektivet såvel som Forsyningsvirksomhedsdirektivet anvender betegnelsen ”økonomisk aktør” både i reglerne om udskiftning og i bestemmelserne om indhentelse af dokumentation. Betegnelsen dækker både betegnelserne ”ansøger” og ”tilbudsgiver”, som anvendes i Udbudsloven. Ifølge definitionen af ”økonomisk aktør”, jf. afsnit 2.1, kan en ”støttende enhed” også udgøre en ”økonomisk aktør”. Således dækker direktiverne bredere end Udbudsloven, men det ændrer ikke umiddelbart ved, at forståelsen af bestemmelserne er den samme.⁷⁴

I Udbudsloven og i Udbudsdirektivet anvendes ordet ”erstatte”, mens ordet ”udskifter” anvendes i Forsyningsvirksomhedsdirektivet.⁷⁵ Det vurderes heller ikke, at bestemmelserne på dette punkt har forskelligt indhold.⁷⁶

⁷² I lovbemærkninger til Udbudsloven er det anført, at § 144 og artikel 63 er en kodificering af retspraksis fra EU-Domstolen, jf. s. 162. Dette må antages alene at gælde, for så vidt angår begge bestemmelsers stk. 1.

⁷³ eCertis er et online informationssystem, som kan vise de forskellige certifikater til dokumentation for udelukkelse og egnethed ved udbudsprocedurer rundt om i EU. Kilde: www.kfst.dk

⁷⁴ Dette diskuteres i afsnit 4.4.

⁷⁵ I de engelske, svenske og tyske anvendes ”replaces” henholdsvis ”byter ut” henholdsvis ”ersetzt” i begge direktiver.

⁷⁶ I Den Danske Ordbog anvendes ”erstatte” og ”udskifte” synonymt. Se <https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=erstatte>.

Tilsvarende anvendes ordet ”verificere” i Udbudsloven, mens direktiverne anvender termen ”kontrollerer”.⁷⁷ Denne forskel vurderes heller ikke relevant for bestemmelsernes anvendelsesområde.

I udgangspunktet synes der derfor ikke at være en indholdsmæssig forskel mellem bestemmelserne.

2.3.1.1 Kontrol af enheder og udskiftning

I forhold til kravet om kontrol bemærkes det, at udgangspunktet er, at ordregiver skal kontrollere, dels at ansøger/tilbudsgiver lever op til minimumskravene, dels ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde. Dette følger af bl.a. Udbudslovens § 151.

Kravet i første led i reglerne om udskiftning vedrører selvstændig kontrol med de støttende enheders formåen. Dette krav er interessant, idet en sådan kontrol alene giver mening, hvis der er stillet *selvstændige* krav til sådanne enheder, idet kontrollen jo ellers netop udføres som led i den almindelige kontrol efter § 151.

En sådan fortolkning – hvorefter reglerne om udskiftning er relateret til *selvstændige* krav til støtteenheder - stemmer også godt overens med, at der efterfølgende tales om udskiftning af den **ene** enhed, der ikke opfylder et minimumskrav eller er omfattet af en udelukkelsesgrund.

DSB anførte som nævnt tilsvarende i Alstom-sagen.⁷⁸

Alstom argumenterede modsat DSB og anførte i den forbindelse, at reglerne om udskiftning skal fortolkes som gældende for den ”kumulerede støtteenhed”. Således skulle alle støttende enheder betragtes under ét som fx støtteenheden ”X, Y, Z”. Denne enhed skal kontrollere i forhold til, om den kumulerede støtte er tilstrækkelig. Hvis ikke skal enheden udskiftes, og efter udskiftning af den kumulerede støtteenhed, ville denne kunne have formen ”X, Y, Å”.

Ved på denne måde at gøre de støttende enheder til en kumuleret enhed, kunne udskiftningen i Alstom-sagen rummes inden for ordlyden – og dermed kunne reglerne om udskiftning vedrøre andet end *selvstændige* krav til støttende enheder.

⁷⁷ Termen ”kontrol” benyttes fremadrettet.

⁷⁸ DSB henviste ikke – i hvert fald ikke i den offentliggjorte kendelse – til denne kontrol med enheden, som fremgår af Forsyningsvirksomhedsdirektivet henholdsvis Udbudsdirektivet.

KLFU forholdt sig ikke i Alstom-kendelsen til ideen om den ”kumulerede støtteenhed”, men tanken om kumulering af støtteenheder synes dog generelt at være accepteret.

Fx anlægger Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen en lignende vurdering, idet styrelsen anfører, at *”da egnethedsvurderingen foretages på baggrund af en samlet vurdering af ansøger/tilbudsgiver med alle støtteenheder, er det ikke afgørende for anvendelse af bestemmelsen, at ordregiver entydigt kan identificere, hvilken af støtteenhederne der er ”skyld i”, at minimumskravet ikke opfyldes.”*⁷⁹

Også EU-Domstolen synes at acceptere ideen om ”kumulation” af egnethed. I Costruzioni-dommen,⁸⁰ fastslog EU-Domstolen (præmis 34), at der således er mulighed for *”at **kumulere** flere økonomiske aktørers formåen med henblik på at opfylde de minimumskrav for formåen.”*

Ideen om den kumulerede støtteenhed kan umiddelbart rummes af ordlyden, men den hænger alligevel dårligt sammen med afsnittene om kontrol af *”de støttende enheder”*, der jo netop ikke refererer til en kumuleret enhed.

Der er derudover en yderligere udfordring med en sådan ordlydsfortolkning. En kumuleret støtteenhed kan med et sådant ræsonnement lige såvel gå fra formen ”X, Y, Z” til formen ”X, Y, Å, Ø” (hvor to enheder erstatter en) eller for den sags skyld til formen ”X, Y, Z, Å” (hvor der tilføjes én ny enhed, uden en tidligere fjernes). Selvom bestemmelserne om udskiftning ikke, jf. ordlyden, foreskriver en 1:1 udskiftning eller for den sags skyld, at den enhed, der ikke opfylder et relevant kriterium fjernes, ligger det vel i ordet ”erstatte”/”udskifte”, at noget forsvinder. Derudover synes det problematisk, at ansøger/tilbudsgiver gives mulighed for at tilføje flere støtteenheder efter ansøgnings-/tilbudsfrist.⁸¹

⁷⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Gennemgang af reglerne om dokumentation, 24. februar 2020, Sag: 19/06285. Tilgængelig på https://www.kfst.dk/media/54605/gennemgang-af-reglerne-om-dokumentation_240220.pdf, s. 40.

⁸⁰ EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013, i sag C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA og Mannocchi Luigino DI mod Provincia di Fermo.

⁸¹ Dette diskuteres yderligere i afsnit 4.5.

2.3.2 Relevant udvælgelseskriterium/egnethedskrav og udelukkelse

Alstoms argument om den kumulerede støtteenhed hang sammen med fortolkningen af begrebet ”relevant udvælgelseskriterium”, der var helt central for afgørelsen i Alstom-kendelsen og KLFU’s fortolkning af reglerne om udskiftning.

Indledningsvist bemærkes, at begrebet ”relevant minimumskrav til egnethed” anvendes i Udbudsloven, mens direktiverne anvender begrebet ”relevant udvælgelseskriterium” – i øvrigt i alle sproglige versioner.⁸² KLFU fortolkede på termen fra direktiverne – og henviste til begge direktiver i sin fortolkning. Som nævnt i afsnit 1.1 sidestilles termene.

Endvidere bemærkes, at der ikke i de konkrete bestemmelser i direktiverne anføres noget om (minimums)krav.⁸³ Trods dette må ”relevant udvælgelseskriterium” relatere sig til krav, da det ellers ikke giver mening at tale om ”manglende opfyldelse”.

I Alstom-sagen havde DSB som nævnt anført, at en ren ordlydsfortolkning af bestemmelsen måtte indebære, at den kun gjaldt, når ordregiver havde stillet selvstændige egnethedskrav til de støttende enheder. En sådan fortolkning kan umiddelbart godt rummes af ordlyden, jf. også ovenfor.

KLFU anførte dog som nævnt, at termen ”relevant udvælgelseskriterium” måtte ses i sin sammenhæng med øvrige regler herom, særligt netop regler om egnethed/udvælgelse, der vedrører ansøger/tilbudsgiver.

Ser man på Udbudsloven, synes KLFU’s argumentation ikke forkert, idet reglerne om egnethed findes i afsnittet ”krav til ansøgeres eller tilbudsgiveres egnethed.”

Ser man derimod på Udbudsdirektivets regler om udvælgelse i artikel 58 vedrører disse ”økonomiske aktører”, som netop er en bredere definition, der måske ikke specifikt inkluderer støttende enheder, men i hvert fald kan rumme disse, jf. definitionen i afsnit 2.1. Således åbner Udbudsdirektivets ordlyd op for, at ”udvælgelseskriterium” ikke nødvendigvis alene vedrører

⁸² På engelsk ”a relevant selection criterion”, på svensk ”ett relevant urvalskriterium”, på tysk ”ein einschlägiges Auswahlkriterium”.

⁸³ I Forsyningsvirksomhedsdirektivet indgår ordet ”krav” heller ikke i den generelle bestemmelse om udvælgelse. Diskussionen om gennemsigtighed i denne forbindelse er uden for denne afhandling. Se i øvrigt også Jesper Fabricius, ”Den nye udbudslov”, ET.2016.57.

ansøger/tilbudsgiver. Dette forholdt KLFU sig ikke til, hvilket synes mærkeligt, når nu nævnet netop fortolkede på "relevant udvælgelseskriterium" med henvisning begge direktiver.⁸⁴

Tilføjelsen af ordet "relevant(e)" synes ligeledes at pege i retning af, at "udvælgelseskriterium" ikke nødvendigvis er afgrænset til at vedrøre ansøger/tilbudsgiver, men også kan vedrøre støttende enheder.

Udbudslovsudvalget skriver i deres rapport om Udbudsdirektivets artikel 63 (s. 749-750) på den ene side, at "*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.*" Og på den anden side, at "*sådanne krav [selvstændige krav til støttende enheder] derfor også [vil] kunne anses for omfattet af de "relevante" egnethedskrav, idet ordregiver dog i givet fald på forhånd skal oplyse herom.*"

Det betyder, at Udvalget heller ikke i sin rapport lagde sig helt fast på, hvordan bestemmelsen skulle læses, idet Udvalget åbnede for, at bestemmelsen kan anvendes både i forhold til krav til ansøger/tilbudsgiver og selvstændige krav til de støttende enheder.

Denne tvetydighed fremgår ikke af KLFU's kendelse i Alstom-sagen.

2.3.2.1 Kan der stilles selvstændige krav til støttende enheder?

Afgørende for, om tvetydigheden i bestemmelsen eksisterer, er i første omgang, hvorvidt det overhovedet er muligt at stille egnetheds-/udvælgelseskrav til støttende enheder. Hvis dette ikke er muligt/lovligt, giver det sig selv, at reglerne om udskiftning alene skal forstås som omhandlende krav til ansøger/tilbudsgiver. Dermed giver ideen om den kumulerede støtteenhed også bedre mening.

Ved vurderingen heraf skal det indledningsvist nævnes, at der ikke er bestemmelser i hverken Udbudsloven eller direktiverne, der forhindrer, at der stilles selvstændige krav til støttende enheder. Der er dog heller ingen bestemmelser, der entydigt regulerer muligheden for at stille sådanne krav.

⁸⁴ I Forsyningsvirksomhedsdirektivet henvises også kun til ansøgere og tilbudsgivere.

En række domme, der handler om retten til at benytte støttende enheder og de krav, der kan stilles til sådanne, kan belyse dette nærmere.

I Costruzioni-dommen,⁸⁵ stillede forvaltningsdomstolen for regionen Marche et præjudicielt spørgsmål til EU-Domstolen om, hvorvidt en italiensk regel, der i udgangspunktet alene tillod benyttelse af én støtteenhed ved offentlige bygge- og anlægsarbejder, var overensstemmelse med EU-udbudsretten. Domstolen udtrykte i dommen en række centrale betragtninger, som er gentaget i flere efterfølgende domme, bl.a. om ansøgers/tilbudsgivers ret til at benytte flere støttende enheder (præmis 29-33). EU-Domstolen anerkendte dog samtidig, at der kan være særlige tilfælde, hvor ordregivere kan *”kræve, at en enkelt økonomisk aktør skal opfylde minimumsniveauet for den pågældende formåen, eller i givet fald at et begrænset antal økonomiske aktører opfylder disse.”* ”Økonomisk aktør” dækker som nævnt bredt. EU-Domstolen fastslog dog, at dette alene kunne være en undtagelse - der som bekendt skal fortolkes indskrænkende - fra den generelle hovedregel om netop ansøgers/tilbudsgivers ret til at benytte (flere) støttende enheder.

I Esaprojekt-dommen⁸⁶ fastslog Domstolen (i præmis 84-87), at det i visse tilfælde afhængigt af den udbudte kontrakts genstand og formål⁸⁷ kan være lovligt at begrænse muligheden for at forene erfaring. En sådan mulighed udgør dog også en undtagelse fra hovedreglen og må af denne grund fortolkes indskrænkende.

I Partner-dommen⁸⁸ udvidede EU-Domstolen muligheden for denne begrænsning, idet den fastslog (præmis 49), at *”det ikke kan udelukkes, at udøvelsen af denne ret [til at basere sig på andre enheder] under særlige omstændigheder kan begrænses, henset til genstanden for den pågældende kontrakt og denne kontrakts formål. Dette er bl.a. tilfældet, når den formåen, som en anden enhed råder over, og som er fornøden for kontraktens opfyldelse, **ikke kan overføres** til ansøgeren eller*

⁸⁵ EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013, i sag C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA og Mannocchi Luigino DI mod Provincia di Fermo.

⁸⁶ EU-Domstolens dom af 4. maj 2017 i sag C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie.

⁸⁷ I Forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Bobek fremsat den 24. november 2016 i sag C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie tilføjes endvidere i præmis 40 og 63, at begrænsningen skal være proportional (”stå i forhold til”, ”være nødvendig og afpasset”).

⁸⁸ EU-Domstolens dom af 7. april 2016 i sag C-324/14, Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta.

tilbudsgiveren, således at sidstnævnte kun kan basere sig på denne formåen, hvis denne anden enhed direkte og personligt deltager i udførelsen af den nævnte kontrakt.”

Generaladvokaten⁸⁹ forholdt sig i Partner-sagen lidt mere konkret til spørgsmålet om overførsel, idet det blev anført i forslaget til afgørelse (præmis 31 og 32): *”Mulighed for at overføre teknisk formåen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt teknologi eller knowhow reelt kan overføres fra én økonomisk aktør til en anden gennem eksempelvis konsulenttydelser og rådgivning... Meget afhænger af omstændighederne og af kontraktens karakter og genstand.”*

Når EU-Domstolen accepterer, at det ikke i alle tilfælde er muligt at overføre formåen, accepterer Domstolen samtidig, at der kan stilles begrænsninger i forhold til støttende enheder. Hvis det i et konkret udbud vurderes, at en specifik krævet formåen ikke kan overføres, så kan denne manglende mulighed for overførsel imødegås ved at stille selvstændige krav til de enkelte enheder (juridiske eller fysiske personer); enten til ansøger/tilbudsgiver selv eller til de støttende enheder.

Også lovforarbejderne til Udbudsloven synes at bekræfte, at der kan stilles selvstændige krav til støttende enheder. Således anføres det i Udbudslovsudvalgets rapport⁹⁰ (s. 750): *”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.”*

Problemet med manglende ”overførsel” kan endvidere løses rent kontraktuelt ved, at der kan stilles krav om, at den støttende virksomhed i visse tilfælde deltager i udførelsen af kontrakten. Denne mulighed er specifikt hjemlet i Udbudslovens § 144, stk. 3 og Udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, 1. afsnit.⁹¹ Disse bestemmelser er placeret i Udbudsloven henholdsvis direktiverne umiddelbart før reglerne om udskiftning af støttende enheder, og i den kontekst giver det mening, at reglerne om udskiftning *også* kan vedrøre selvstændige krav til støttende enheder.

⁸⁹ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat N. Jääskinen fremsat den 8. september 2015, i sag C-324/14, Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta.

⁹⁰ Udbudslovsudvalgets rapport tilgængelig på: <https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/>.

⁹¹ I Udbudslovens § 144, stk. 8 findes endvidere tilsvarende regler, der dog alene gælder for konsortier. Her er der også tale om tilsvarende regler i direktiverne. For mere om konsortier, se afsnit 4.4.

Praksis om underleverandører/-entreprenører synes ligeledes at bekræfte, at det er muligt at stille selvstændige krav til enkelte enheder.

Borta-dommen⁹² vedrørte Litauisk lovgivning om brug af underentreprenører og krav om, at en enhed skulle benyttes i overensstemmelse med (og proportionalt i forhold til) den formåen, den enkelte enhed bød ind med. Med henvisning til generelle principper om ret til brug af støttende enheder fastslog EU-Domstolen (præmis 91): *”Det kan i denne forbindelse ganske vist ikke udelukkes, at den korrekte udførelse af de i hovedsagen omhandlede anlægsarbejder, henset til den tekniske karakter og vigtigheden deraf, kræver, at hver af de involverede tilbudsgivere ved afgivelse af et fælles bud fra flere tilbudsgivere udfører konkrete opgaver, som med hensyn til formålet med eller karakteren af disse arbejder eller opgaver svarer til **dennes egen faglige formåen.**”*

Domstolen refererer i sin dom til andre domme om konsortier, mens selve det præjudicielle spørgsmål vedrører underleverandører. Domstolen besvarer spørgsmålet med henvisning til ”flere tilbudsgivere”, hvilket ikke rigtigt giver mening. Da der i svaret refereres til ”formåen”, forstås konklusionen som analog i forhold til regler gældende for støttende enheder.⁹³

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen drager nogle paralleller mellem EU-Domstolens konklusion i netop Borta-dommen og krav til underleverandører. Bl.a. udtaler Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at *”Henset til ovennævnte domme kan ordregiveren muligvis i udbudsmaterialet, herunder kontrakten, fastsætte bestemmelser om, at ordregiver skal godkende underleverandørernes formåen, før de kan anvendes i forbindelse med opgaver, der er centrale for korrekt opfyldelse af kontrakten.”*⁹⁴

⁹² EU-Domstolens dom af 5. april 2017 i sag C-298/15, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ.

⁹³ Det bemærkes, at der anvendes samme terminologi i alle sproglige versioner.

⁹⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, ”Gennemgang af reglerne om dokumentation”, 24. februar 2020, Sag: 19/06285. Tilgængelig på https://www.kfst.dk/media/54605/gennemgang-af-reglerne-om-dokumentation_240220.pdf, s. 41.

Da et samarbejde baseret på underleverandører/-entreprenører er løsere end et samarbejde med brug af støttende enheder,⁹⁵ må muligheden for at stille krav til underleverandørers formåen - alt andet lige - indebære, at det også er muligt at stille krav til støttende enheders formåen.

Ovenstående domme vurderes som udtryk for, at det er muligt at måle på støttende enheders selvstændige tekniske og faglige formåen – stille *selvstændige* krav til disse.

Spørgsmålet er herefter, om tilsvarende gør sig gældende i forhold til økonomisk og finansiell formåen, hvor det ikke i samme grad gælder, at formåen ikke kan overføres.

På den ene side kan det anføres, at der er forskel på teknisk og faglig henholdsvis økonomisk og finansiell formåen. Denne forskellighed illustreres bl.a. af Udbudslovens § 144, stk. 3, der kun vedrører visse typer af teknisk og faglig formåen.⁹⁶

På den anden side kan det anføres, at bestemmelserne om teknisk og faglig henholdsvis økonomisk og finansiell formåen i det væsentlige er identiske, og derfor må fortolkes ens i denne henseende.⁹⁷

EU-domstolen synes at anlægge lignende betragtning i Strong Securanca-dommen⁹⁸ (præmis 13), og Generaladvokaten udtalte i Costruzioni-sagen⁹⁹ (præmis 14), at bestemmelserne om økonomisk

⁹⁵ Se i den forbindelse Generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse af 15. september 2015, i sag C-324/14 Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta, hvor Generaladvokaten netop reflekterer over sondringen mellem underleverandører/-entreprenører og støttende enheder (præmis 22): ”Med hensyn til udnyttelse af en tredjemands formåen integreres denne formåen med tilbudsgiverens inden tildelingen af kontrakten, mens aftaler om underentreprise indgås på tidspunktet for kontraktens udførelse. Underentreprise er dernæst genstand for begrænsninger, der ikke gælder for udnyttelse af tredjemands formåen.”

⁹⁶ Til sammenligning er der for økonomisk og finansiell formåen alene mulighed for at stille krav om solidarisk hæftelse.

⁹⁷ Se også i den forbindelse Niels Karl Heilskov Rytter og Rasmus Holm Hansen, ”Økonomiske egnethedskrav i udbud”, i UfR.2021B.34, s. 35, der bl.a. også berører det naturlige overlap, der er mellem referencer (teknisk og faglige formåen) og disses værdier målt som omsætning (økonomisk og finansiell formåen).

⁹⁸ Domstolens Dom af 17. marts 2011, i sag C-95/10, Strong Segurança SA mod Município de Sintra og Seguritas-Serviços e Tecnologia de Segurança.

⁹⁹ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Jääskininen fremsat den 28. februar 201 i sag C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA og Mannocchi Luigino DI mod Provincia di Fermo.

og finansiell henholdsvis teknisk og faglig formåen ”følger den samme logik, og de samme fortolkningsprincipper er gældende for anvendelsen af dem begge.”¹⁰⁰

Også paralleliteten mellem egnethed og udelukkelse synes at tale for, at der kan stilles selvstændige egnethedskrav til støttende enheder.

Paralleliteten ses bl.a. ved, at det både efter Udbudsloven og direktiverne skal kontrolleres, hvorvidt støttende enheder opfylder et relevant udvælgelseskriterium henholdsvis er omfattet af en udelukkelsesgrund.

For så vidt angår udelukkelse, vil der altid være tale om selvstændige krav, idet en støttende enhed enten vil være omfattet af en udelukkelsesgrund eller ikke, og hvis paralleliteten gælder, taler den for, at der også kan stilles selvstændige egnethedskrav.

Samlet må det konkluderes, at ”relevant udvælgelseskriterium” i reglerne om udskiftning af støttende enheder i udgangspunktet kan dække både over krav til ansøger/tilbudsgiver og selvstændige krav til de støttende enheder – både for så vidt angår teknisk og faglig henholdsvis økonomisk og finansiell formåen.

2.3.2.2 Giver ”både og” mening?

Spørgsmålet er i anden omgang, om det overhovedet giver mening, at reglerne om udskiftning af støttende enheder kan anvendes i *både* for krav til ansøger/tilbudsgiver og for selvstændige krav til støtteenheder.

Kompleksiteten taler imod, idet udskiftning - særligt hvor der er flere støttende enheder - får mange potentielle dimensioner, hvis der skal tages højde for de enkelte enheders egnethed og den ”samlede” egnethed.

¹⁰⁰ Se for en interessant dansk sag Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. april 2021, Babcock Scandinavian AirAmbulance AB mod Region Midtjylland, Region Nordjylland, Region Syddanmark, Region Sjælland og Region Hovedstaden. Her havde ordregiver stillet selvstændige økonomiske krav til ansøger/tilbudsgiver, som ikke kunne opfyldes ved brug af støtteenheder, og således vurderet, at dette var muligt. KLFU forholdt sig desværre ikke til, om kravet var i strid med udbudsreglerne, til trods for at der var nedlagt påstand herom, fordi kendelsen blev afgjort på baggrund af den primære påstand.

2.3.3 ”Der”

Et enkelt ord i direktiverne peger i retning af, at reglerne om udskiftning (alene) vedrører udbud, hvor der er stillet selvstændige krav til støtteenhederne.

Direktivernes ordlyd vedrører ”...*en enhed, der ikke opfylder...*”. Ordet ”der” henviser rent sprogligt til enheden, hvorfor det således giver mening, at der er tale om krav til denne enhed - og derfor at bestemmelsen kun vedrører udbud, hvor der er stillet selvstændige krav til støtteenheder.¹⁰¹

Tilsvarende kan læses af Udbudsloven, omend implementeringen ikke er så tydelig som direktivteksterne.

2.3.4 Ordregiver ”skal kræve”

DSB’s argument om, at ”et relevant udvælgelseskriterium” måtte vedrøre selvstændige krav til de(n) støttende enhed(er) hang uløseligt sammen med, at det ikke er muligt for ordregivere (i tilfælde med flere støtteenheder) at identificere, hvorvidt det er den ene eller anden støttende enhed, der er årsag til, at et egnethedskrav ikke er opfyldt.

DSB anførte således (s. 19), at ”*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.*”

KLFU forholdt sig ikke på det generelle plan til denne del af bestemmelsens ordlyd, men konstaterede blot, at det i den konkrete situation (hvor Alstom jo netop selv havde anmodet om udskiftningen) ”*entydigt kan afgøres, at det er denne enhed, DSB efter bestemmelsen skal kræve udskiftet*”.

¹⁰¹ Ordlyden går igen i de andre sproglige versioner.

DSB's argument synes fornuftigt i lyset af reglernes ordlyd. Når det ikke er muligt at identificere hvilken enhed, der skal udskiftes, hvordan skal ordregiver så kunne "kræve", at en enhed udskiftes.¹⁰² Det er alene i forhold til udelukkelse, at ordregiver kan kræve en udskiftning.¹⁰³

I alle tilfælde, hvor en ansøger/tilbudsgiver baserer sig på mere end en støtteenhed, vil det således være umuligt at afgøre hvilken enhed, der er årsag til, at ansøger/tilbudsgiver ikke er egnet. Der synes derved implicit at eksistere en forskel mellem ansøgere/tilbudsgivere, der baserer sig på én støtteenhed, henholdsvis ansøgere/tilbudsgivere, der baserer sig på flere støtteenheder.

Det kan næppe være hensigten, at reglerne på den måde skal indebære en risiko for ulige behandling af ansøgere/tilbudsgivere afhængigt af antallet af støtteenheder.

Havde reglernes ordlyd omvendt berettiget ansøgere/tilbudsgivere til at foretage udskiftning, ville det være lettere at se "relevant udvælgelseskriterium" som knyttet til ansøger/tilbudsgiver og ikke til støtteenhederne.

Her er reglernes kontekst interessant, idet de øvrige bestemmelser, der vedrører ansøgere og tilbudsgivers rettigheder i relation til støtteenheder, og som findes i henholdsvis Udbudslovens § 144, Udbudsdirektivets artikel 63 og Forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 79, netop henviser til ansøgers/tilbudsgivers ret. Bestemmelserne har ordlyd som: "kan basere sig på andre enheders kapacitet/formåen."¹⁰⁴

Når reglerne således er formuleret som et krav til ordregiver i den kontekst, de i øvrigt indgår i, synes det svært at se, at reglerne skal fortolkes som vedrørende andet og mere end de situationer, hvor der er stillet et selvstændigt krav til støttende enheder.

¹⁰² Det bemærkes, at de sproglige versioner er ens. I den engelske, svenske og tyske anvendes "shall require" henholdsvis "får begära" henholdsvis "schreibt vor" i begge direktiver.

¹⁰³ I Karnovs noter til bestemmelsen er anført: "Idet det fremgår, at ordregiveren »skal« kræve enheden erstattet, må det lægges til grund, at ordregiveren ikke har ret til uden videre at udelukke ansøgeren, når en støttende enhed er omfattet af en udelukkelsesgrund."

¹⁰⁴ De sproglige versioner har følgende ordlyd: "may rely on", "får utnyttja", "kann in Anspruch nehmen".

2.3.5 Passende frist

I Udbudslovens § 144, stk. 5 er det anført, at ansøger/tilbudsgiver skal gives en ”passende tidsfrist” i forhold til udskiftning. Der nævnes ikke noget tilsvarende om frister i direktiverne, og i Udbudsloven er passende frist i relation til udskiftning kun nævnt i forbindelse med manglende opfyldelse af udelukkelsesgrunde.

Umiddelbart vurderes dette ikke at have en betydning for fortolkningen af reglerne. Endvidere vurderes det, at øvrige regler om frister kan anvendes analogt, når det skal vurderes, hvilken frist ansøger/tilbudsgiver skal gives til at foretage udskiftning.

Der findes generelle regler i Udbudslovens § 93, Udbudsdirektivets artikel 47 og Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 66 om ansøgnings- og tilbudsfrister, hvorefter frister skal fastsættes ud fra den konkrete situation. Ligeledes findes der i bestemmelser om supplerende oplysninger, dokumentation, unormalt lave tilbud mv. regler om passende/rimelige/tilstrækkelige frister.

I øvrigt må det følge af det generelle princip om proportionalitet, at frister skal være passende. Princippet følger af Udbudslovens § 2, Udbudsdirektivets artikel 18 og Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36.

Hvorvidt en frist er passende, må afgøres fra sag til sag. Der gælder en generel regel, jf. Udbudslovens § 134, om, at ændringer fra ordregivers side skal kunne håndteres med en frist på minimum 6 dage (4 dage ved hastprocedurer).¹⁰⁵ En sådan frist synes at udgøre et minimum.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer i forhold til tidsfrister for indhentelse af dokumentation, at *”en tidsfrist, der medfører, at en ansøger eller tilbudsgiver uden ugrundet ophold kan fremlægge dokumentationen, altid vil være en passende frist. Da fristen ”uden ugrundet ophold” udgør en minimumsfrist, kan fristen være længere, men ikke kortere.”* Endvidere anfører

¹⁰⁵ Se som eksempel på KLFU’s praksis om frister i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. juni 2020, Sweco Danmark A/S mod Faaborg-Midtfyn Kommune og FFV Spildevand A/S.

Styrelsen, at ”tidsfristerne skal fremsættes individuelt i forhold til den ansøger eller tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til.”¹⁰⁶

Om fristforlængelser bemærker Styrelsen, at ”Hvis ordregiveren bliver bekendt med forhold, der ville have medført en længere frist, hvis forholdene havde været kendt på tidspunktet for fristens fastsættelse, er den oprindeligt fastsatte frist ikke længere passende, og derfor har ordregiveren mulighed for at ændre den oprindelige frist, således at den bliver passende.” Endvidere henviser Styrelsen til Udbudslovens § 151, stk. 4, om supplerende oplysninger, der også efter Styrelsens vurdering, giver mulighed for i princippet af forlænge fristen bl.a. for indhentelse af dokumentation.¹⁰⁷

Der synes således på den ene side vide muligheder for at skabe tid til udskiftning.

På den anden side kan det diskuteres, om det ikke følger af det generelle princip om ligebehandling, at der ikke må foretages væsentlige ændringer i fx tidsplaner for et udbud, som ville have haft betydning for potentielle aktørers beslutning om at deltage i udbuddet. Tidsmæssige udfordringer diskuteres i afsnit 4.6.

Reglerne om tidsfrister giver ikke umiddelbart større forståelse af indholdet af reglerne om udskiftning af støttende enheder. Og dog.

Ordregiver skal i forbindelse med planlægning af udbud huske at indtænke dels muligheden for ansøger/tilbudsgiver til at foretage udskiftning, herunder tidsforbruget på at finde en erstatning for en støttende enhed, dels begrænsningerne i forhold til at udskyde tidsfrister.

På grund af disse udfordringer for ordregivers planlægning giver det mening, hvis ordregiver selv kan kontrollere behovet for udskydelse af tidsfrister. En sådan mulighed ses fx i forhold til reglerne om dokumentation, hvor ordregiver kan vælge at indhente dokumentation før tilbudsfristen, hvis det skønnes nødvendig. Den eventuelle indvirkning på ordregivers tidsplan skyldes således en beslutning hos ordregiver selv.

¹⁰⁶ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, ”Gennemgang af reglerne om dokumentation”, 24. februar 2020, Sag: 19/06285. Tilgængelig på https://www.kfst.dk/media/54605/gennemgang-af-reglerne-om-dokumentation_240220.pdf, s. 54.

¹⁰⁷ Ibid., s. 55-56.

Hvis mulighederne for at udskifte en støttende enhed kun eksisterer i de begrænsede tilfælde, hvor ordregiver selv har valgt at stille selvstændige krav, så må (og kan) ordregiver selv indbygge udskiftning i sin tidsplan.

Hvis mulighederne for udskiftning eksisterer i alle udbud - og i øvrigt på alle tidspunkter i processen, som anført af KLFU i Alstom - så er det umuligt for ordregiver at styre tidsforbruget og ikke mindst sætte sin lid til at udbud kan gennemføres efter de mindstefrister, der i øvrigt gælder efter udbudsreglerne.¹⁰⁸

2.4 Ordregivers *mulighed* for at udskifte enheder

I Udbudslovens § 147 findes en bestemmelse om ændring af udvalgte ansøgere eller tilbudsgivere. Der er tale om en særskilt dansk regel, som i høj grad hænger sammen med EU-Domstolens dom i MTH-sagen, jf. nedenfor.¹⁰⁹

Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”En ordregiver kan acceptere ændringer hos ansøgere og tilbudsgivere under overholdelse af principperne i § 2 i følgende tilfælde:

1) Når en ansøger eller tilbudsgiver erstatter en virksomhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sin økonomiske og finansielle formåen eller tekniske og faglige formåen på, når det skyldes forhold, der påviseligt er uden for ansøgerens eller tilbudsgiverens kontrol. En ansøger eller tilbudsgiver kan ikke erstatte en virksomhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på, når virksomheden har haft afgørende betydning for vurderingen i forhold til opfyldelse af minimumskravene til egnethed, jf. § 140, eller for udvælgelsen, jf. § 145, eller tilbudsevalueringen, jf. § 160. [...]

Stk. 2. Ordregiveren kan alene acceptere ændringer, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren efter ændringen lever op til de fastsatte minimumskrav for egnethed, jf. § 140.

Stk. 3. Ordregiveren skal verificere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren også efter en ændring omfattet af stk. 1 ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 eller 3, og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7. Ordregiveren er forpligtet til at

¹⁰⁸ Udbudslovsudvalget nævner netop tidsmæssige forskydninger i et udbud som eksempler på ændringer, der kan anses for væsentlige. Se Rapport fra Udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014, herefter Udbudslovsudvalgets rapport. Tilgængelig på . <https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/>, s. 782.

¹⁰⁹ Se endvidere KLFU's kendelse af 15. maj 2019, Salini Impregilo S.p.A. mod Metroselskabet I/S, om ændring af et prækvalificeret konsortium pga. en deltagers udtræden.

udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, når de efter ændringen er omfattet af udelukkelsesgrundene i §§ 135 og 136 og, hvis det er relevant, § 137.

Stk. 4. Ordregiveren kan ikke acceptere, at en sammenslutning udvides med yderligere deltagere efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb. ...”

Der er tydelige paralleller mellem denne bestemmelse og Udbudslovens § 144, stk. 5.

2.4.1 Baggrunden for Udbudslovens § 147 – MTH-sagen

I januar 2013 iværksatte Banedanmark¹¹⁰ et udbud med forhandling efter 2004-Forsyningsvirksomhedsdirektivet¹¹¹ af anlægsprojektet ”TP 4 Urban Tunnels” (herefter ”projektet”) i forbindelse med etablering af den nye jernbaneforbindelse mellem København og Ringsted. 5 virksomheder ansøgte om prækvalifikation, og alle virksomheder blev prækvalificeret, da udbudsbekendtgørelsen foreskrev udvælgelse af 6 ansøgere. Den 20. juni 2013 meddelte en af de prækvalificerede ansøgere, at selskabet ikke ville afgive tilbud, og således var der alene 4 tilbudsgivere. En af disse var et konsortium bestående af E. Pihl & Søn A/S og Per Aarsleff A/S.

D. 26. august 2013 etablerede E. Pihl & Søn og Per Aarsleff et joint venture, som skulle udgøre den juridiske enhed, såfremt konsortiet blev tildelt kontrakten om projektet. Samme dag afsagde Sø- og Handelsretten konkursdekret over E. Pihl & Søn. Dagen efter, d. 27. august, afgav joint venturet indledende tilbud, underskrevet af parterne, men ikke af E. Pihl & Søns konkursbo. Forud for afgivelse af 2. tilbud vurderede Banedanmark, at det var muligt at lade Per Aarsleff fortsætte som selvstændig juridisk enhed i udbudsprocessen, idet Banedanmark fremhævede, at Per Aarsleff også alene - og uden E. Pihl & Søn - opfyldte de minimumskrav, der var fastsat i forhold til egnethed. Efter afgivelse af 3. tilbud tildelte Banedanmark kontrakten til Per Aarsleff.

MT Højgaard A/S og Züblin A/S (herefter ”MTHZ”) klagede til KLFU over tildelingen med påstand om, at denne var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i artikel 10 i 2004-Forsyningsvirksomhedsdirektiv, svarende til § 2 i Udbudsloven, såvel som artikel 51 i 2004-Forsyningsvirksomhedsdirektiv, der indeholdt generelle bestemmelser om udbudsprocedurer.

¹¹⁰ Det samlede sagskompleks betegnes herefter ”MTH-sagen”.

¹¹¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester, herefter ”2004-Forsyningsvirksomhedsdirektivet”.

afvikling. Klagenævnet fandt ved ”fumus-kendelsen” af 28. januar 2014, at klagen havde noget på sig (*fumus boni juris*), men tillagde dog ikke klagen opsættende virkning. Ved kendelse af 18. august 2014 besluttede Klagenævnet¹¹² at udsætte sagen, idet der ikke eksisterede dansk ret, der regulerede ændringer i sammensætningen af en sammenslutning, og stille følgende præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen:

”Skal ligebehandlingsprincippet i artikel 10, jf. artikel 51, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF fortolkes således, at det i en situation som den foreliggende er til hinder for, at en ordregiver tildeler ordren til en tilbudsgiver, der ikke havde ansøgt om prækvalifikation og derfor ikke var prækvalificeret?”

Den 24. maj 2016 afsagde den store afdeling ved EU-Domstolen dom i sagen.¹¹³ Domstolen fastslog i præmis 39, at *”en streng anvendelse af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne [...] leder til den konklusion, at alene de økonomiske aktører, der er blevet prækvalificeret som sådanne, kan afgive tilbud og blive tilslagsmodtagere.”* Denne strenge anvendelse kan dog opløses med henblik på at sikre tilstrækkelig konkurrence, jf. præmis 41.¹¹⁴

Domstolen fandt derfor, at *”princippet om ligebehandling [...] skal fortolkes således, at en ordregiver ikke tilsidesætter dette princip, når denne tillader den ene af de to økonomiske aktører, [...] at træde i stedet for denne sammenslutning [...], forudsat at det er fastslået, dels at denne økonomiske aktør selvstændigt opfylder de af vedkommende ordregiver fastsatte krav, dels at denne økonomiske aktørs fortsatte deltagelse i den pågældende udbudsprocedure ikke medfører en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.”*

Disse udtalelser ses tydeligt i ordlyden af Udbudslovens § 147.

Domstolen bemærkede i præmis 46, at det tilkom KLFU at efterprøve, hvorvidt de faktisk omstændigheder omkring tilbudsafgivelse - det faktum at tilbuddet var underskrevet efter konkurs -

¹¹² Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. august 2014, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark.

¹¹³ EU-Domstolens dom af 24. maj 2016, i sag C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S mod Banedanmark.

¹¹⁴ Det bemærkes, at EU-Domstolen i præmissen alene henviser til hensynet i relation til udbud med forhandling. Det vurderes dog, at hensynet til at sikre tilstrækkelig konkurrence er et generelt udbudsretligt princip. Se i den forbindelse H.P. Rosenmeiers kommentar til dommen på www.hpros.dk, Grith Ølykke, ”Abnormally Low Tenders with an Emphasis on Public Procurement”, 1. udgave, 2010, bl.a. kapitel 2, samt afsnit 3.3.1 i denne afhandling.

var til hinder for Per Aarsleffs deltagelse i udbuddet.¹¹⁵ Endvidere tilkom det Klagenævnet at efterprøve, hvorvidt Per Aarsleffs overtagelse af 50 medarbejdere fra E. Pihl & Søn udgjorde en konkurrencefordel til skade for de øvrige tilbudsgivere.

Efter EU-Domstolens dom indgav MTHZ på ny klage til KLFU og nedlagde fem påstande.¹¹⁶ MTHZ's 2. påstand vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt Banedanmark havde pligt til at afvise tilbuddet indgivet af joint venture, når tilbuddet var afgivet efter E. Pihl & Søns konkurs. Således vedrørte 2. påstand, hvorvidt tilbuddet var ugyldigt - eller ikke-bindende - og dermed spørgsmålet om hvorvidt første tilbud kunne danne grundlag for Per Aarsleffs fortsatte deltagelse i konkurrencen.

Den 3. påstand vedrørte lovligheden af tildelingen til Per Aarsleff – og dermed lovligheden af Banedanmarks beslutning om at tillade Per Aarsleff at fortsætte i konkurrence om kontrakten efter E. Pihl & Søns konkurs.

KLFU tog ingen af MTHZ's påstande til følge, hvilket formodentlig skyldes det helt konkrete i sagen, herunder at Banedanmark havde "forpligtet" sig til to forhandlingsrunder (at der kun kunne tildeles kontrakt på baggrund af det 3. og endelige tilbud), at der først skete begrænsning i antallet af tilbud, der skulle forhandles om (fra 4 til 3), efter 2. tilbud, og at Banedanmark havde gjort det klart, at det var afgørende for konkurrence, at mindst 4 tilbudsgivere afgav 1. tilbud.

Endvidere fandt KLFU, at Per Aarsleff ikke havde opnået en konkurrencemæssig fordel ved ikke (formelt) at være bundet af sit 1. tilbud, eller at Per Aarsleffs konkurrenter konkret blev stillet dårligere i konkurrencen ved beslutningen om, at Per Aarsleff kunne fortsætte i eget navn.¹¹⁷

¹¹⁵ Generaladvokaten bemærker i sit forslag til afgørelse af 25. november 2015 (præmis 60-63), at der som hovedregel skal bestå en juridisk og materiel identitet mellem den prækvalificerede og tilbudsgiver, og konkret – i modsætning til, hvad Kommissionen havde argumenteret for – var dette ikke tilfældet i MTH-sagen.

¹¹⁶ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. juni 2017, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark.

¹¹⁷ KLFU nævner i forbindelse hermed (s. 51), at "... *de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling ikke kan anses for forringet blot som følge af, at antallet af tilbudsgivere ikke blev formindsket ved konkursen.*"

2.4.2 Formålet med § 147 og sammenhængen med § 144, stk. 5 – udskiftning som undtagelse

Formålet med Udbudslovens § 147 er ifølge lovbemærkningerne at ”sikre den bedst mulige konkurrence om de offentlige kontrakter samt at sikre ordregiver den nødvendige fleksibilitet til at håndtere de situationer, der er nævnt i bestemmelsen.”¹¹⁸

Forarbejderne til § 147 nævner konkrete eksempler på, hvor et sådant behov for fleksibilitet kan eksistere, fx ved køb og salg af virksomheder, herunder ”hvis et datterselskab har baseret sig på moderselskabets økonomiske og finansielle kapacitet, bør det ved salg af datterselskabet formentlig tillades, at f.eks. køber-selskabet træder i stedet for det hidtidige moderselskab.”¹¹⁹

Det følger endvidere af lovbemærkningerne til Udbudslovens § 144, at ”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 udelukkelsesgrund, jf. §§ 135-137, begrænses muligheden for at erstatte enheden på samme måde som i § 147, stk. 1, nr. 1...”

Det betyder, at der ifølge lovgiver i Danmark er en væsentlig sammenhæng mellem § 144 og § 147, og at sammenhængen særligt er relateret til den begrænsede mulighed for udskiftning.

For det første indebærer denne sammenhæng mellem reglerne i relation til begrænsede udbudsprocedurer,¹²⁰ at en ny enheds formåen ikke må betyde, at ansøger ikke var blevet udvalgt, hvis enheden havde været en del af den oprindelige ansøgning. I relation til alle procedurer indebærer sammenhængen, at en ny enhed (fortsat) skal sikre efterlevelse af egnedskrav og ikke må være omfattet af en udelukkelsesgrund. Dette synes også at følge af Alstom-kendelsen – samt af EU-Domstolen dom i MTH-sagen.

For det andet burde sammenhængen, jf. ordlyden af § 147, indebære, at der kun kan ske udskiftning i tilfælde ”uden for ansøger/tilbudsgivers kontrol”. Dette ses dog ikke i Alstom-kendelsen, hvori

¹¹⁸ Mere herom i afsnit 3.3.2.

¹¹⁹ Dette er et klassisk scenarium, hvor der normalt benyttes støtteenheder (og støtteerklæringer). Se her bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. april 2021, Babcock Scandinavian AirAmbulance AB mod Region Midtjylland, Region Nordjylland, Region Syddanmark, Region Sjælland og Region Hovedstaden.

¹²⁰ Ved begrænsede udbudsprocedurer forstås alle procedurer med prækvalifikation. Se lovbemærkninger s. 104 og 110.

KLFU fastslog (s. 37), at ”forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, [ikke] indeholder en betingelse om, at en enhed alene kan erstattes, såfremt erstatningen er forårsaget af forhold uden for ansøgerens kontrol.”

Denne fortolkning er direkte i modstrid med EU-Domstolens dom i MTH-sagen og lovbemærkningerne om, at reglerne om pligt til henholdsvis mulighed for udskiftning skal fortolkes ens.

Selvom bestemmelserne om udskiftning af støtteenheder indebærer væsentlige ændringer af hidtidige regler og praksis, bl.a. jf. Partner-dommen,¹²¹ kan det diskuteres, om KLFU's fortolkning her alligevel er *for væsentlig*, særligt i betragtning af, at det var Domstolens store afdeling, der afsagde dom i MTH-sagen – og efter vedtagelsen af Udbudsdirektivet.¹²²

I den forbindelse er det relevant, at det flere steder i lovbemærkningerne til Udbudsloven anføres, at ordregiver som udgangspunkt ikke skal acceptere ændringer hos ansøger eller tilbudsgiver, og at dette alene kan ske i overensstemmelse med de generelle principper.¹²³ Således formuleres muligheden for ændringer generelt som en undtagelse. Dette stemmer også overens EU-Domstolens dom i MTH-sagen.

KLFU's fortolkning af pligten til at kræve udskiftning i Alstom-kendelsen indebærer derimod, at udskiftning af støttende enheder ikke blot er en ”undtagelse” fra det generelle udgangspunkt, om at der ikke kan foretages ændringer efter indgivelse af ansøgning/tilbud. Denne fortolkning strider som nævnt både mod MTH-sagen, sammenhængen mellem Udbudslovens §§ 147 og 144, stk. 5 og den generelle hovedregel om ændringer.

Fortolkes Udbudslovens § 144, stk. 5, snævert som andre undtagelser, kan den kun læses som begrænset til de tilfælde, hvor der er stillet selvstændige krav til støttende enheder.

¹²¹ EU-Domstolens dom af 7. april 2016 i sag C-324/14, Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta. Se også EU-Domstolens dom af 14. september 2017 i sag C-223/16, Casertana Costruzioni Srl mod Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise og Agenzia Regionale Campania per la Difesa del Suolo – A.R.Ca.Di.S, præmis 26.

¹²² Der henvises her til afsnit 3.1.2.

¹²³ Se særligt bemærkninger til § 147, stk. 1, nr. 1. Se også Udbudslovsudvalgets rapport, tilgængelig på: <https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/>, s. 208.

2.5 Delkonklusion

Reglerne om udskiftning i Udbudslovens § 144, stk. 5, Udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, og Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, vurderes i det store og hele enslydende, og Udbudslovens regel om udskiftning er således korrekt implementeret. Spørgsmålet er dog, om ordlyden er fortolket korrekt af KLFU i Alstom-kendelsen.

Ordlyden af bestemmelserne indikerer nemlig på flere måder, at bestemmelserne alene skal ses som gældende i de tilfælde, hvor der er stillet *selvstændige* krav til støtteenheder.

For det første synes uoverensstemmelserne mellem antallet af enheder, der skal kontrolleres, og antallet af enheder, der skal udskiftes, at pege i retning af, at der skal anlægges en anden fortolkning af reglerne, end den KLFU anlagde i Alstom-kendelsen. Uoverensstemmelserne kan ikke umiddelbart forklares af ideen om den ”kumulerede støtteenhed”.

For det andet er det ikke udelukket, at ”relevant udvælgelseskriterium” henviser til krav til støtteenheder, idet det er muligt at stille sådanne selvstændige krav. Og det understøtter en snæver fortolkning af reglernes anvendelsesområde som kun vedrørende selvstændige krav til støtteenheder, at det synes komplekst, at reglerne om udskiftning *både* skal gælde for krav til ansøger/tilbudsgiver og for krav til støttende enheder.

For det tredje peger anvendelsen af ordet ”der” direkte på krav stillet til støttende enheder.

For det fjerde synes forpligtelsen for ordregivere til at ”kræve” udskiftning at indikere, at der skal anlægges en anden fortolkning af bestemmelsens ordlyd, end den KLFU anlagde, særligt pga. reglernes kontekst.

For det femte synes endelig sammenhængen mellem reglerne om pligt til henholdsvis mulighed for (i Udbudslovens § 147) at foretage udskiftning samt generelle principper om ændringer i ansøgninger/tilbud at indikere, at Udbudslovens § 144, stk. 5, skal fortolkes snævert.

Gældende ret søges nærmere afdækket ved en analyse af formålet med reglerne om udskiftning i Udbudslovens § 144, stk. 5.

3. Kapitel: Reglernes formål

3.1 Formål med reglerne om udskiftning af støttende enheder

En nærmere afklaring af og forståelse af formålet/formålene med reglerne om udskiftning af støttende enheder tjener til at bestemme *de lege lata*.

3.1.1 Lovforarbejdet i EU

Det er ikke muligt at finde relevante forarbejder til bestemmelserne om udskiftning i hverken Udbudsdirektivet eller Forsyningsvirksomhedsdirektivet, og i præamblerne er der heller ingen betragtninger om udskiftning.

I det oprindelige forslag til nyt udbudsdirektiv fra Kommissionen¹²⁴ havde bestemmelsen om påberåbelse af andre enheders kapacitet følgende ordlyd, der i det væsentlige svarer til 2004-Udbudsdirektivet:

”1. Med hensyn til kriterierne vedrørende økonomisk og finansiell formåen i henhold til artikel 56, stk. 3, og kriterierne vedrørende teknisk og faglig formåen i henhold til artikel 56, stk. 4, kan økonomiske aktører i givet fald og i forbindelse med en bestemt kontrakt basere sig på andre enheders kapacitet, uanset den retlige karakter af forbindelserne mellem dem. Aktøren skal i så fald godtgøre over for den ordregivende myndighed, at han råder over de nødvendige ressourcer, f.eks. ved at fremlægge dokumentation for disse enheders forpligtelser i så henseende. Med hensyn til økonomisk og finansiell formåen kan de ordregivende myndigheder kræve, at den økonomiske aktør og de pågældende enheder hæfter solidarisk for kontraktens gennemførelse.

En sammenslutning af økonomiske aktører som omhandlet i artikel 16 kan på samme vilkår basere sig på sammenslutningens deltageres formåen eller andre enheders deltageres formåen.

2. I forbindelse med bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter og monterings- og installationsarbejde under en aftale om vareleverancer kan de ordregivende myndigheder kræve, at visse centrale opgaver udføres direkte af tilbudsgiveren selv eller, hvis et tilbud indgives af en

¹²⁴ Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb /* KOM/2011/0896 endelig - 2011/0438 (COD)

sammenslutning af økonomiske aktører som omhandlet i artikel 6, af en deltager i sammenslutningen.”

Således var hele artikel 63, stk. 1, 2. afsnit om udskiftning af støttende enheder ikke en del af Kommissionens oprindelige forslag.

I en pressemeddelelse fra 12. december 2012 fra Rådet¹²⁵ blev målene med forslaget til det nye udbudsdirektiv formuleret, herunder bl.a.:

- Forenkling og smidiggørelse af udbudsprocedurer
- Bedre adgang til markedet for SMV'er

Rådet fremhævede i pressemeddelelsen, at den nye lovgivningspakke omfatter konkrete foranstaltninger, der har til formål at fjerne hindringerne for SMV'ers adgang til markedet, fx via indførelsen af ESPD og målsætning om opdeling af offentlige kontrakter. Der nævnes dog intet om støttende enheder.

Af udtalelse fra Det Økonomiske og Sociale udvalg af 26. april 2012¹²⁶ fremgår det, at udvalget mente, at der er behov for at stramme bestemmelserne om underentreprise op. Det var vurderingen, at underentreprise kan skabe vanskeligheder for bl.a. overholdelsen af kollektive overenskomster, hvorfor det kan være relevant, at alle oplysninger om brugen heraf skal afgives, inden en kontrakt tildeles. Målsætningen var bl.a. at gøre det muligt for ordregiver at nedlægge veto mod og afvise underentreprenører i tilfælde af betænkeligheder.

Udvalget berørte ikke i sin betænkning bestemmelser om støttende enheder. Men det kan tænkes, at en mulighed for/pligt til at udskifte støttende enheder (der jo også kan ende med at fungere som underleverandører, særligt i entrepriser, jf. reglen i Udbudslovens § 144, stk. 3) kan hænge sammen med den her nævnte bekymring. Væsentligt er det, at fokus for udvalget var på ordregivers og ikke ansøger/tilbudsgivers muligheder.

¹²⁵ Se https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/da/PRES_12_515

¹²⁶ Se Udvalgets udtalelse i OJ C 191, 29.6.2012, p. 84–96, pkt. 4.38.

I Regionsudvalgets udtalelse om Lovpakken om offentlige indkøb¹²⁷ anføres vigtigheden af regler, der letter små og mellemstore virksomheder (herefter ”SMV’ere”) deltagelse i offentlige udbud, herunder regler der henviser til muligheden for underentreprise. Heller ikke i denne udtalelse nævnes noget om udskiftning af støttende enheder, men det er klart, at mulighederne for at foretage udskiftning - alt andet lige - er mere til gavn for SMV’ere end for store virksomheder, der i mindre grad har behov for støtte.

Regionaludviklingsudvalget for Indre Marked og Forbrugerbeskyttelse under Europa-Parlamentet kom i sin betænkning¹²⁸ med to ændringsforslag relateret til udskiftning af en kontraktpart henholdsvis personale hos en kontraktpart eller dennes underleverandør. Forslagene havde til formål at understøtte ordentlig gennemførelse af offentlige kontrakter samt give ordregivere større råderum til at tage højde for underleverancer. Der var heller ikke her fokus på udskiftning af støttende enheder, og igen var fokus på ordregivers muligheder.

I perioden januar 2013 og frem til 15. januar 2014, hvor Europa-Parlamentet godkendte Kommissionens forslag, skete der ikke yderligere. Den 28. marts 2014 blev Udbudsdirektivet offentliggjort med sin nuværende ordlyd i artikel 63, stk. 1, 2. afsnit.

Det vurderes, at bestemmelsen om udskiftning af støttende enheder er blevet indsat i Udbudsdirektivet mellem Europa-Parlamentets godkendelse og offentliggørelsen af den endelige direktivtekst. Denne vurdering er baseret på, at Europa-Parlamentet i sin godkendelse alene henviste til de her nævnte udtalelser, og at direktivet er vedtaget på baggrund af førstebehandlingen, hvori Parlamentets holdning er fastlagt.

Det er dog bemærkelsesværdigt, at Parlamentet ”*anmoder om fornyet forelæggelse, hvis Kommissionen agter at ændre dette forslag i væsentlig grad eller erstatte det med en anden tekst.*” Dette tyder på, at Kommissionen - såfremt det er korrekt antaget, at reglen om udskiftning i artikel

¹²⁷ Se Udvalgets udtalelse i OJ C 391, 18.12.2012, p. 49–83, betragtning 10.

¹²⁸ Udtalelsen er fra 11. januar 2013. Se [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:v-CTxCaOCzkJ:www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/regi/avis/2012/492617/REGI_AD\(2012\)492617_DA.doc+&cd=1&hl=da&ct=clnk&gl=dk](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:v-CTxCaOCzkJ:www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/regi/avis/2012/492617/REGI_AD(2012)492617_DA.doc+&cd=1&hl=da&ct=clnk&gl=dk)

63, stk. 1, er indarbejdet af Kommissionen - ikke har vurderet, at denne indebar en væsentlig ændring.¹²⁹

3.1.2 Formål i Udbudsdirektivet og bestemmelsens kontekst

Der er ingen umiddelbar formålsbestemmelse, hverken i selve Udbudsdirektivet eller i en betragtning i præamblen, der relaterer sig til reglen om udskiftning af støttende enheder.

I betragtning 105 i præamblen genfindes dog de bekymringer, Det Økonomiske og Sociale Råd havde i forhold til underentreprise. Denne præambel er den eneste, der nævner noget om udskiftning.

Derudover findes naturligvis betragtninger om overordnede formål om åbning af markeder, øget konkurrence og fri bevægelighed (betragtning 1 og 2)¹³⁰ samt de tidligere nævnte formål om forenkling og effektivisering af udbudsprocedurer (fx betragtning 63) samt bedre adgang til markedet for SMV'er (betragtning 4).¹³¹ Udbudsloven har en lidt mere snæver formålsbestemmelse i § 1.

Man kan undre sig over, at det ikke er muligt at konstatere, hvorfor artikel 63, stk. 1, 2. afsnit, blev en del af Udbudsdirektivet. Det lader til at indførelsen er sket i stilhed. Dette hænger ikke sammen med - som EU-Domstolen bemærkede i Partner-dommen - at reglen indebærer en væsentlig ændring, samtidig med at Europa-Parlamentet forpligtede Kommissionen til at genfremlægge eventuelle væsentlige ændringer.

Alstom-kendelsen synes at bekræfte, at der netop er tale om væsentlige ændringer i forhold til tidligere praksis om ansøgere/tilbudsgiveres ansvar for egne ansøgning/tilbud (koncipistreglen).

Spørgsmålet er derfor, om Kommissionen, som initiativtager til lovgivning, overhovedet har haft til hensigt, at reglen skulle indebære en så væsentlig ændring.

¹²⁹ Hvilket som bekendt er helt i modstrid med EU-Domstolens udtalelse i bl.a. Partner-dommen.

¹³⁰ Fri bevægelighed og et åbent indre marked hænger uløseligt sammen med forbuddet mod diskrimination på baggrund af nationalitet, som var primært fokus i den oprindelige regulering af offentlige anskaffelser. Se i denne retning EU-Domstolens dom af 1. februar 2001 i sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, præmis 41-42.

¹³¹ Se mere om formålene i Carina Risvig Hamer, "Nyt udbudsdirektiv – væsentlige ændringer", ET.2014.145, samt Jesper Fabricius, "Den nye udbudslov", ET.2016.57.

Ses der på den kontekst, som både Udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, 2. afsnit og Udbudslovens § 144, stk. 5 indgår i, er der ingen tvivl om, at bestemmelserne har til formål at skabe ret for ansøgere/tilbudsgivere til at benytte støttende enheder. Fx regulerer Udbudslovens § 144, stk. 1 og stk. 7, retten til at basere sig på støttende enheder. Der følger dog forpligtelser med denne ret. Således ”forpligter” § 144, stk. 2 ansøgere og tilbudsgivere til at godtgøre, at der rådes over støttende enheder, stk. 3 ”forpligter” i visse tilfælde til brug af de(n) støttende enhed(er), mens stk. 4 omhandler dokumentation for støttende enheder. § 144, stk. 6, omhandler solidarisk hæftelse og stk. 8 ordregivers mulighed for at forpligte den vindende tilbudsgiver til selv at udføre visse dele af den udbudte kontrakt.

I denne kontekst synes det meget vidtrækkende, at ansøger/tilbudsgiver gives ret til at udskifte en støttende enhed, når ansøger/tilbudsgiver selv er ansvarlig for, at behovet herfor er opstået, fordi ansøger/tilbudsgiver ikke har sikret tilstrækkelig formåen.

Derimod synes en mulighed for udskiftning af en eller flere støttende enheder i de særlige tilfælde, hvor ordregivere stiller særskilte krav til sådanne enheder, mere i tråd med konteksten. En sådan tilføjelse synes heller ikke på samme vis at udgøre en væsentlig ændring af det oprindelige forslag til direktiv, idet en sådan bestemmelse må forventes at få begrænset betydning.¹³²

Reglen om udskiftning indgår dog også i en større sammenhæng/kontekst, der i høj grad hænger sammen med mere generelle formål, som udtrykt ved grundprincipper og i EU-Domstolens praksis.

¹³² Det lægges her til grund, at det er yderst sjældent at ordregivere stiller selvstændige krav til støttende enheder. Det er ikke muligt at finde empirisk belæg herfor, så forudsætningen er alene baseret på forfatterens egen erfaring med udbud. Se for en lignende konklusion vedrørende konsortier Niels Karl Heilskov Rytter og Rasmus Holm Hansen, ”Økonomiske egnethedskrav i udbud”, i UfR.2021B.34, s. 44. Se dog også Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. april 2021, Babcock Scandinavian AirAmbulance AB mod Region Midtjylland, Region Nordjylland, Region Syddanmark, Region Sjælland og Region Hovedstaden, hvori ordregiver havde stillet et selvstændigt krav til ansøger, der ikke kunne opfyldes ved brug af støtteenhed.

3.2 EU-retlige grundprincipper

3.2.1 Ligebehandlingsprincippet

Ligebehandlingsprincippet er et grundprincip, der gælder i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter både inden for og uden for direktiverne.¹³³ Princippet er styrende for en lang række udbudsretlige regler, og det kan derfor tænkes, at princippet også har sammenhæng med formålet med reglerne om udskiftning.

Ifølge EU-Domstolens faste praksis følger det af ligebehandlingsprincippet, at ensartede forhold¹³⁴ ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en der eksisterer en objektiv begrundelse herfor.¹³⁵

Ligebehandlingsprincippet er ikke et mål i sig selv, men det er styrende for, hvordan udbudsprocedurer kan gennemføres.¹³⁶

I forhold til udskiftning af støttende enheder sætter ligebehandlingsprincippet nogle begrænsninger, som også antydtes af KLFU i Alstom-kendelsen. Princippet forhindrer bl.a. udskiftning, uanset om der måles på en kumuleret enhed eller på de støttende enheder *selvstændigt*, i de tilfælde hvor et minimumskrav hænger sammen med udvælgelse. Dette kunne være tilfældet, hvor der stilles krav om en mindsteomsætning e.l., samtidig med at der sker udvælgelse på baggrund af økonomisk robusthed (målt på omsætning). I sådanne tilfælde kan en udskiftning for at leve op til et økonomisk minimumskrav til omsætning ikke undgå at give en ændring i konkurrencen om at blive udvalgt.

For så vidt angår samarbejder i forbindelse med offentlige udbud, synes det at følge af reglerne om udskiftning men også af mere generelle regler om brug af underleverandører, brug af støtteenheder

¹³³ Se Carina Risvig Hansen, "Contracts not covered og nor fully covered by the Public Sector Directive", 1. udgave 2012, s. 135 og Grith Ølykke og Ruth Nielsen, "EU's udbudsregler – i dansk kontekst", 2. udgave, 2017, s. 105-106.

¹³⁴ I afsnit 4.4 diskuteres det, om konsortier og ansøgere/tilbudsgiver med støtteenheder kan betragtes som "ensartede".

¹³⁵ Se bl.a. EU-Domstolen dom af 3. marts 2005 i de forenede sager C-21/03 og C-34/03, Fabricom SA mod den belgiske stat, præmis 27.

¹³⁶ Se bl.a. EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S præmis 28 ff.

og deltagelse via sammenslutninger (konsortier), at de forskellige typer af samarbejder ikke er ensartede og ikke skal behandles lige.¹³⁷

Udbudslovens § 144, stk. 5 og Udbudsdirektivets art. 63, stk. 1, 2. afsnit gælder kun for ansøger/tilbudsgivere (herunder konsortier), der benytter støttende enheder. Således eksisterer der en ret til at udskifte en støtteenhed, mens en tilsvarende ret ikke gælder for udskiftning af fx en konsortiedeltager.

Der ses tilsvarende sontring i forhold til underleverandører. I *Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen*¹³⁸ tog Retten stilling til underleverandørers økonomiske og tekniske formåen. I dommen konstaterede Retten, at i modsætning til et konsortium, hvor den økonomiske og tekniske formåen skal undersøges, er en ordregiver ikke forpligtet til at undersøge, hvorvidt en underleverandør lever op til den krævede økonomiske og tekniske formåen.¹³⁹

Således er der naturlig forskel på de forskellige typer af samarbejder.

Ligebehandlingsprincippet er relevant for afklaring af gældende ret i relation til udskiftning af støttende enheder, men et nærmere formål med reglerne kan ikke umiddelbart udledes af ligebehandlingsprincippet.

I afsnit 4.4 diskuteres det, om forskellene mellem de enkelte typer af samarbejder rent faktisk også i et større perspektiv hænger sammen med den forskellige behandling af samarbejderne.

3.2.2 Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet har en høj grad af sammenhæng med ligebehandlingsprincippet. Princippet gennemsyrrer udbudsreglerne og udmøntes i alle bestemmelser, der forpligter til

¹³⁷ Dette diskuteres nærmere i afsnit 4.4.

¹³⁸ Rettens dom af 10 september 2008, i sag T-59/05, *Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen*

¹³⁹ Præmis 94: "... the legal links characteristic of a subcontracting relationship differ from those which characterise the relationship of members of a consortium..." og præmis 98: "...since the situations are not similar, the Commission was entitled to treat them differently, and, consequently, the Court cannot hold that there was any infringement of the principle of equal treatment".

offentliggørelse og begrundelse med henblik på at sikre mulighed for at kontrollere, at ordregiver ikke har ageret vilkårligt.¹⁴⁰

Bestemmelserne om udskiftning vedrører hverken krav om offentliggørelse/åbenhed eller begrundelse. De vedrører kontrol med støtteenheder, med henvisning til generelle regler herom, og pligt til udskiftning i ikke nærmere definerede situationer uden nærmere angivne krav.

Det er derfor vanskeligt at se, at reglerne om udskiftning har sammenhæng med hensynet til gennemsigtighed.

3.2.3 Proportionalitet

Proportionalitetsprincippet er et generelt princip, der foreskriver dels saglighed, dels afmål indgriben - forholdsmæssighed. Princippet gælder EU-retsligt men også rent nationalt i forhold til ordregivere.¹⁴¹

I EU-retten tales ofte om proportionalitet i bred henholdsvis snæver forstand.¹⁴² I bred forstand handler proportionalitetsprincippet om både egnethed, nødvendighed og forholdsmæssighed, mens det i snæver forstand alene er et spørgsmål om forholdsmæssighed.

Udbudsretligt har proportionalitetsprincippet stor betydning for SMV'eres muligheder for at deltage i konkurrencen om offentlige kontrakter. Således er proportionalitet ikke et hensyn i sig selv, men kravet om proportionalitet sikrer understøttelsen af andre hensyn, herunder hensynet til SMV'ere, jf. nedenfor.

¹⁴⁰ Se EU-Domstolens dom af 29. april 2004, sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, præmis 111, samt Domstolens dom af 29. marts 2012, i sag C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie, præmis 25.

¹⁴¹ Se Bent Ole Gram Mortensen, "Om proportionalitetsprincippet", artikel baseret på et arbejdspapir præsenteret på Nordiskt Förvaltnings-rättsligt Seminarium, Göteborgs universitet, den 31. august-1. september 2007.

¹⁴² Se Domstolens dom af 30. november 1995 i sag C-55/94, Reinhard Gebhard mod Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, præmis 37. Se også Grith Ølykke og Ruth Nielsen, "EU's udbudsregler – i dansk kontekst", 2. udgave, 2017, s. 130-134 samt Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, "EU-ret", 7. udgave, 2016, afsnit 4.

Selvom ordregivere er relativt frit stillede, når det gælder krav til produkter og ydelser samt egnethed/udvælgelse (begrænset af saglighed), så følger en række begrænsninger af proportionalitetsprincippet.

Således er det udtømmende reguleret hvilke kriterier, der kan indgå i egnethedsvurderingen og udvælgelsen, jf. den nærmere opregning i bilag XII til Udbudsdirektivet.¹⁴³ Det følger bl.a. også af opregningen, at ordregivere alene må se på egnethed/udvælgelse i en begrænset periode (3-5 år tilbage i tid), medmindre der er saglig grund til at fravige dette.

I Udbudslovens § 142, stk. 2 og stk. 3, fremgår endvidere konkrete begrænsninger for de omsætningskrav, der kan stilles til ansøgere/tilbudsgivere. Formålet med bestemmelserne er at forebygge urimelig hindring for SMV'ernes inddragelse i offentlige udbud, jf. bl.a. Udbudsdirektivets præambel, betragtning 83. I Udbudslovens § 49, stk. 2, findes et princip om opdel-eller-forklar, der ligeledes skal sikre større adgang for SMV'ere, jf. bl.a. Udbudsdirektivets præambel, betragtning 78.¹⁴⁴

Begrænsningerne er således i høj grad med til at give små og nye aktører adgang til offentlige kontrakter. Tilsvarende muligheder følger af retten til at basere sig på støttende enheder og retten for ansøgere/tilbudsgivere til selv at bestemme deres retlige form.¹⁴⁵

Der er således ingen tvivl, om at proportionalitetsprincippet er væsentligt for forståelsen af reglerne, idet sammenhængen med det generelle formål/hensyn om at sikre adgang for SMV'ere dog synes som det centrale.

¹⁴³ Bilaget giver det mest præcise overblik over de krav, der kan stilles, men de kan i et vist omfang også læses af Udbudsloven henholdsvis Udbudsdirektivet.

¹⁴⁴ Hensynet til SMV'ere er også tydeligt i Kommissionens Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – ”Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb”, KOM(2011) 15.

¹⁴⁵ Se bl.a. EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013, i sag C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA og Mannocchi Luigino DI mod Provincia di Fermo, hvor Domstolen fastslog (præmis 34), at formålet om at åbne de offentlige kontrakter for størst mulig konkurrence ligeledes kan ”lette små og mellemstore virksomheders adgang til offentlige kontrakter...”

3.3 Øvrige hensyn

3.3.1 Hensyn til SMV'ere

Hensynet til SMV'ere findes flere steder i Udbudsdirektivet, herunder i præambelens 2. betragtning, og selvom hensynet ikke er direkte formuleret i Udbudsloven, er det er også relevant i forhold hertil.¹⁴⁶

I Partner-dommen¹⁴⁷ henviste Domstolen netop til 2. betragtning i præambelen i forbindelse med gennemgangen af Udbudsdirektivets artikel 63 (præmis 10 og 11).

Ser man specifikt på reglerne om udskiftning, kan disse meget vel være begrundet i et hensyn til SMV'ere. Reglerne sikrer, at ansøgere/tilbudsgivere, der har baseret sig på andre enheder (i et løsere samarbejde), har fleksibilitet i forhold til at opfylde de egnethedskrav, ordregiver stiller. Behovet for en støtteenhed eksisterer kun hos virksomheder, der ikke selv opfylder krav (eller i tilstrækkelig grad har formåen).¹⁴⁸ Et sådant behov må alt andet lige være større hos små virksomheder end hos store virksomheder.

Reglerne om mulighed for udskiftning er således - alt andet lige - til større gavn for SMV'ere end store virksomheder, og reglerne kan således forklares ud fra det overordnede hensyn til disse virksomheders deltagelse i konkurrencen om offentlige kontrakter.

Derfor synes det generelle hensyn til SMV'ere på den ene side at udgøre et relevant formål for forståelsen af reglerne om udskiftning.

På den anden side kan det diskuteres, om ikke hensynet til SMV'ere - alt andet lige - kunne sikres bedre på anden vis end via regler om udskiftning.

¹⁴⁶ Se især fokus på hensynet i den netop offentliggjorte evaluering af udbudsloven. Tilgængelig på:

<https://www.kfst.dk/media/2j1jv1o1/20210507-evaluering-af-udbudsloven.pdf>

¹⁴⁷ EU-Domstolens dom af 7. april 2016 i sag C-324/14, Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta.

¹⁴⁸ Det i parentes bemærkede er ikke relevant for udskiftning, fordi der som tidligere nævnt ikke kan ske udskiftning, som har betydning for prækvalifikationen.

Det kan bl.a. anføres, at lovgiver i højere - eller rettere i mere præcis - grad kunne have indarbejdet hensyn til SMV'ere ved fx i stedet at stille mere håndfaste krav til proportionalitet af minimumskrav, som det er sket for omsætning, jf. ovenfor.

Ligeledes synes den manglende velvillighed til at forpligte ordregivere til at opdele kontrakter at pege i retning af, at der fortsat er et stort hensyn til fleksibiliteten på ordregiversiden. Det fremgår bl.a. af Udbudsdirektivets præambel, betragtning 78, at ordregivere udover pligten til at overveje opdeling ”*samtidig [skal] være fri til selv at træffe en beslutning med enhver begrundelse, den måtte finde relevant, uden at være underlagt administrativ eller retlig kontrol.*”

Retten til at udskifte støtteenheder hænger utvivlsomt sammen med hensynet til SMV'ere. Men det kan samtidig anføres, at reglerne ligeså vel kan have sammenhæng med ønsket om at sikre en fleksibilitet for ordregivere til at stille selvstændige krav til de støttende enheder. Retten til udskiftning bliver således et hensyn til mindre virksomheder, som er nødvendigt, for at fleksibiliteten (til at stille selvstændige krav til støtteenhederne) ikke skaber unødigt konflikt med det grundlæggende princip om, at ansøgere og tilbudsgivere kan organisere sig, som de ønsker.

Hensynet til SMV'ere er således relevant for forståelsen af reglerne om udskiftning, men hensynet kan ikke selvstændigt give større klarhed over gældende ret.

3.3.2 Hensynet til et bredt konkurrencefelt

I Costruzioni-dommen¹⁴⁹ bandt EU-Domstolen hensynet til SMV'ere sammen med et generelt formål om at åbne de offentlige kontrakter for størst mulig konkurrence, og i Assitur-dommen¹⁵⁰ blev dette bundet sammen med ”*fællesskabsrettens interesse [i] at sikre, at det størst mulige antal bydende kan deltage i en udbudsprocedure.*”

I CoNISMa-dommen¹⁵¹ tilføjede EU-Domstolen (præmis 37), at åbningen for videst mulig konkurrence også er i ordregiveres egen interesse, idet åbningen indebærer ”*et større udvalg hvad*

¹⁴⁹ EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013, i sag C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA og Mannocchi Luigino DI mod Provincia di Fermo

¹⁵⁰ EU-Domstolens dom af 19. maj 2009 i sag C-538/07, Assitur Srl mod Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, præmis 26

¹⁵¹ EU-Domstolens dom af 23. december 2009 i sag C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) mod Regione Marche.

angår det mest fordelagtige bud og det bedst egnede til at opfylde den relevante offentligheds behov.”

I et par efterfølgende domme, herunder Libor-dommen,¹⁵² har EU-Domstolen bekræftet dette hensyn om størst muligt antal bydende.

I Vitali-dommen,¹⁵³ der vedrørte fortolkning af Udbudsdirektivet og en italiensk regel, der forhindrede, at underentreprise udgjorde mere end 30 % af en samlet kontrakt, fastslog EU-Domstolen (præmis 27) med henvisning til præambel 78 (om opdeling af kontrakter), at *”det [er] i Unionens interesse, at flere bydende kan deltage i en udbudsprocedure i forbindelse med offentlige kontrakter.”* Den italienske lovgivning blev derfor konkret fundet uforenelig med Udbudsdirektivet, idet Domstolen vurderede, at målet med lovgivningen kunne nås med mindre restriktive foranstaltninger.

Hensynet til at sikre den bedst mulige konkurrence om de offentlige kontrakter er også nævnt som et formål bag Udbudslovens § 147, jf. ovenfor.

Hensynet til et bredt konkurrencefelt vurderes på samme måde som hensynet til SMV’ere at kunne begrunde ansøgere/tilbudsgiveres muligheder for udskiftning, (herunder måske som konsekvens af den fleksibilitet ordregivere har til at stille selvstændige krav til støtteenheder).

3.3.3 Hensynet til fleksibilitet

Som det fremgik af afsnit 3.1.1, var der i lovforarbejdet til Udbudsdirektivet i EU bl.a. fokus på at smidiggøre udbudsprocedurer og dermed skabe fleksibilitet.¹⁵⁴ Fokus var især på ordregiveres muligheder.

Hensynet til fleksibilitet findes et par steder i præamblen, bl.a. betragtning 42 og 109, der vedrører mulighederne for forhandling og for at foretage kontraktændringer uden behov for fornyet udbud. I

¹⁵² Domstolens dom af 10. juli 2014 i sag C-358/12, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici mod Comune di Milano.

¹⁵³ EU-Domstolens dom af 26. september 2019 i sag C-63/18, Vitali SpA mod Autostrade per l'Italia SpA.

¹⁵⁴ Se i den forbindelse også Carina Risvig Hamer, ”Nyt udbudsdirektiv – væsentlige ændringer”, ET.2014.145, samt Jesper Fabricius, ”Den nye udbudslov”, ET.2016.57.

begge tilfælde er der primært tale om hensyn til ordregivende myndigheder (og den vindende tilbudsgiver).

Fleksibilitet har ikke direkte fået en plads i Udbudsloven, men det fremgår af Udbudslovsudvalgets kommissorium, at Udbudsloven ”i videst muligt omfang [skal] føre til større klarhed, forenkling og **fleksibilitet** med lavest mulige transaktionsomkostninger for såvel ordregivere som økonomiske aktører.”¹⁵⁵

Det er klart, at hensynet til fleksibilitet kan begrunde mulighederne for udskiftning.

Idet der dog er tale om *pligt* til udskiftning, er reglerne primært til gavn for den enkelte ansøger/tilbudsgiver, der har behov for udskiftning. Derfor kan et hensyn til at sikre ordregivere fleksibilitet ikke alene forklare reglerne om udskiftning.

Særligt i en situation svarende til den fra Alstom-sagen, hvor udskiftningen var relateret til fejl i indsendte oplysninger,¹⁵⁶ synes pligten til at udskifte faktisk at kunne betyde mindre fleksibilitet (og højere transaktionsomkostninger, jf. nedenfor). Pligten indebærer nemlig, at ordregivere i forbindelse med udbud konkret er nødt til at sikre sig, at ingen ansøger/tilbudsgiver, der baserer sig på støtteenheder, udelukkes eller dømmes ukonditionsmæssig. Således foreskriver en fortolkning, som den KLFU anlagde i Alstom-kendelsen, at der bør indhentes dokumentation for oplysninger anført i ESPD tidligt i udbudsprocessen.

Dette kan være en omfattende og tidskrævende proces, som faktisk er i direkte modstrid med det hensyn til SMV’ere, der er nævnt i Udbudsdirektivets præambel, betragtning 84, og som er implementeret med Udbudslovens § 151, stk. 1, hvorefter indhentelse af dokumentation først sker efter evalueringen og alene hos den vindende tilbudsgiver. Muligheden for (og fleksibiliteten i) at kunne indhente denne dokumentation på det tidspunkt i processen, hvor ordregiver vurderer det nødvendigt, jf. Udbudslovens § 151, stk. 2, er til gavn for ordregiver og synes således ikke at kunne forklare pligten til udskiftning (i tilfælde af fejl).

¹⁵⁵ Se Udbudslovsudvalgets kommissorium af 26. juni 2013.

¹⁵⁶ Besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål i Sag C-210/20: Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Consiglio di Stato (Italien) den 30. marts 2020 — Rad Service Srl Unipersonale m.fl. mod Del Debbio SpA m.fl. vil formentlig afklare spørgsmål om urigtige oplysninger.

Der synes ikke at være samme modstrid med reglerne om indhentning af dokumentation, hvis mulighederne for udskiftning af støttende enheder alene vedrører de situationer, hvor ordregivere har stillet selvstændige krav til støtteenheder. Dels fordi disse situationer må forventes sjældne, da det skal sikres, at der er et særskilt behov for at stille selvstændige krav til støtteenheder, som er proportionalt, jf. netop proportionalitetsprincippet. Dels fordi der netop i sådanne situationer, hvor selvstændige krav til støtteenheder er nødvendige, formentlig også vil være behov for indhentning af dokumentation tidligere i processen, som foreskrevet i Udbudslovens § 151, stk. 2.

Fleksibilitet hænger i høj grad sammen med sikringen af effektive procedurer og dermed, som også angivet af Udbudslovsudvalget, hensynet til lavest mulige transaktionsomkostninger.

3.3.4 Hensyn til lavest mulige transaktionsomkostninger - værdispildsbetragtninger

Værdispildsbetragtninger og fokus på transaktionsomkostninger er relativt nyt i relation til offentlige kontrakter. Dette ses bl.a. i Udbudsdirektivet, der i bestemmelsen om evaluering af udbudsreglerne, artikel 92, har et vist fokus på transaktionsomkostninger.

I forbindelse med implementeringen af Udbudsloven har der været fokus på transaktionsomkostninger i forbindelse med prækvalifikation af flere ansøgere end foreskrevet i Udbudslovens bestemmelser om begrænsede udbudsprocedurer. Ligeledes er der for så vidt angår ophør af kontrakter i lovens § 185 mulighed for at videreføre en kontrakt, hvis særlige forhold gør sig gældende, herunder hvis ophør af kontrakten vil medføre et helt ekstraordinært værdispild, jf. lovbemærkningerne.¹⁵⁷

KLFU fastslog i Alstom-kendelsen (s. 33), at: *"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*

¹⁵⁷ Der er også evalueringen af Udbudsloven har fokus på transaktionsomkostninger. Tilgængelig på:
<https://www.kfst.dk/media/2j1jv1o1/20210507-evaluering-af-udbudsloven.pdf>

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.”

På den ene side synes KLFU's udtalelse i udgangspunktet korrekt. Det vil indebære omkostninger, hvis det for sent i en proces viser sig, at en ansøger/tilbudsgiver ikke opfylder krav, derfor vil det sænke transaktionsomkostningerne, hvis dette kan undgås. I den forbindelse er det naturligvis relevant, at ESPD udgør et foreløbigt bevis/dokument.¹⁵⁸

Problemet er på den anden side, at der for det første allerede eksisterer en regel, der adresserer det problem, KLFU nævner. Denne findes i Udbudslovens § 151, stk. 2, der, som tidligere nævnt, giver ordregiver fleksibilitet til at planlægge, hvornår det er nødvendigt at indhente dokumentation. Det er derfor uforståeligt, hvorfor der skulle være behov for en yderligere og særskilt regel, der sikrer dette via en pligt til udskiftning af en støtteenhed.

Uden at det umiddelbart er klart, hvad der ligger i bestemmelsens ”*systematiske placering i direktivet*”, kan det for det andet anføres, som nævnt ovenfor, at bestemmelsen netop ligger i et afsnit, der vedrører adgangen for ansøgere/tilbudsgivere til offentlige konkurrencer, uagtet deres retlige form. Formålet med sådan adgang er snarere ligebehandling.¹⁵⁹

For det tredje må der rejses det spørgsmål, om bestemmelsen overhovedet, sådan som den blev anvendt i Alstom-kendelsen, imødegår tab af transaktionsomkostninger. Som anført ovenfor er dette tvivlsomt, når bestemmelsen også gælder ved urigtige oplysninger, fordi det indebærer, at ordregivere skal tjekke alle støttende enheder. Derudover, hvis ideen om ”den kumulerede støtteenhed” er korrekt, kan det ligeledes anføres, at udskiftning netop indebærer øgede transaktionsomkostning, fordi det kan være lidt af en opgave for ordregiver såvel som for ansøger/tilbudsgiver at sikre udskiftning uden konsekvens for konkurrencen. Det synes således omkostningsfuldt at finde den rette ”kumulerede støtteenhed”. Det er mindre omkostningsfyldt blot at skifte en enkelt støtteenhed ud med en anden støtteenhed (når en støtteenhed ikke opfylder et selvstændigt krav). Og endelig er det naturligvis mindst omkostningsfyldt slet ikke at foretage

¹⁵⁸ Termerne dokument og dokumentation bruges i Udbudsdirektivet (alle sproglige versioner) henholdsvis Udbudsloven, men det angives, at ESPD tjener som foreløbigt bevis. Termen ”bevis” anvendes fremadrettet.

¹⁵⁹ Der henvises til diskussionen i afsnit 4.4.

udskiftning, og bare udelukke ansøger/tilbudsgiver, der ikke opfylder krav eller er omfattet af en udelukkelsesgrund¹⁶⁰, fordi dette kan konstateres direkte i de angivne oplysninger i ESPD.

Trods dette vil der dog alligevel være situationer, hvor det af hensyn til transaktionsomkostningerne og for at undgå værdispild, kan være fordelagtigt at tillade udskiftning af en støttende enhed. Dette er fx situationer som dem, der gjorde sig gældende MTH-sagen, hvor Banedanmark netop kunne være tvunget til at lade udbuddet gå om, hvis ikke Per Aarsleff blev tilladt fortsat deltagelse.

Annulation af udbud indebærer altid unødige transaktionsomkostninger for både ansøger/tilbudsgiver og ordregiver. Her skal det dog erindres, at Banedanmark selv havde bragt sig i den situation, idet en eventuel forpligtelse til at lade udbuddet gå om alene skyldtes de vilkår, Banedanmark selv havde sat for konkurrencen – hvorfor diskussioner i relation til koncipistreglen bliver væsentlige.

Det er umiddelbart svært på baggrund af ovenstående at se, at et hensyn til lavest mulige transaktionsomkostninger kan forklare reglerne om udskiftning, som de blev fortolket og anvendt i Alstom-kendelsen.

Faktisk synes transaktionsomkostningerne umiddelbart lavere, hvis reglerne om udskiftning alene vedrører situationer med selvstændige krav til støtteenheder.

3.4 Delkonklusion

På baggrund af ovenstående analyser må det konkluderes, at der ikke findes et åbenlyst formål/hensyn med reglerne om udskiftning (sådan som de blev fortolket af KLFU i Alstom-kendelsen). Der synes dog at være to primære mål med reglerne, som overlapper en række af de i dette kapitel analyserede formål.

For det første giver sammenhængen mellem reglerne om udskiftning og den generelle adgang for (særligt mindre) ansøgere/tilbudsgivere til at benytte sig af støttende enheder indtryk af, at hensynet til SMV'ere og et bredt konkurrencefelt er relevant.

¹⁶⁰ Når bortses fra reglerne om pålidelighed.

For det andet giver muligheden for udskiftning netop fleksibilitet for ordregivere og ansøgere/tilbudsgivere, idet et sådan hensyn sikrer, at sidstnævnte ikke er bundet til sine støttende enheder.

Selvom det er muligt at identificere formål med reglerne om udskiftning af støttende enheder, er det ikke muligt ud fra en forståelse af formålene at konkludere, hvordan reglerne egentlig er tænkt anvendt.

En mere begrænset anvendelse af reglerne til kun at vedrører situationer, hvor der er stillet selvstændige krav til støtteenhederne, vil nemlig også opfylde de her anførte mål – og faktisk endda i højere grad.

For endeligt at kunne fastlægge gældende ret skal reglerne også ses i en større kontekst, og det skal diskuteres, om andre udbudsretlige regler eller principper kan afhjælpe med den nærmere afgrænsning af gældende ret.

4. Kapitel: Diskussioner og perspektiveringer

4.1 Koncipistreglen

I naturlig forlængelse af ovenstående afsnit skal det diskuteres hvilken betydning, det kan have for fortolkningen af reglerne om udskiftning, at det normalt er ordregiver, der bærer ansvaret for fejl og mangler i udbudsmaterialet, og ansøger/tilbudsgiver, der bærer ansvar for fejl og mangler i ansøgninger/tilbud (herefter benævnt ”koncipistreglen”).

Dette skyldes, at intet tyder på, at koncipistreglen ikke også gælder ved ansøgers/tilbudsgivers valg af en forkert støtteenhed.

Slovensko-dommen¹⁶¹ bekræfter, at koncipistreglen gælder for ansøgninger. Dommen vedrørte præjudicielle spørgsmål om dels forpligtelsen til at indhente, dels muligheden for ikke at indhente supplerende oplysninger i forbindelse med en udbudsprocedure. Spørgsmålene var opstået, fordi Slovensko ikke havde opfyldt nogle formalitetskrav. I dommen bekræftede EU-Domstolen for det første det generelle forbud mod forhandling og ændring af afgivne ansøgninger/tilbud. Forbuddet blev bundet sammen med mulighed/risiko for fremsættelse af ny(t) ansøgning/tilbud (præmis 36 og 37). For det andet fastslog Domstolen (præmis 38): *”I øvrigt fremgår det hverken af artikel 2, nogen anden bestemmelse i direktiv 2004/18, ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsforpligtelsen, at den ordregivende myndighed i en sådan situation er forpligtet til at tage kontakt til de berørte ansøgere. Disse ansøgere kan i øvrigt ikke klage over, at der i den forbindelse ikke påhviler den ordregivende myndighed nogen forpligtelse, eftersom uklarheden med hensyn til budet kun følger af en tilsidesættelse af **ansøgernes pligt til at udvise omhu i affattelsen af budet**, som de i lighed med de øvrige ansøgere er underlagt.”*

Koncipistreglen blev således bundet sammen med grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

¹⁶¹ EU-Domstolens dom af 29. marts 2012, i sag C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie.

To nyere kendelser fra KLFU, der er afsagt efter Alstom-kendelsen, kan ligeledes tjene til illustration af koncipistreglen og de diskussioner, der er relevant i forhold til reglerne om udskiftning af støttende enheder.

I KLFU's kendelse i Ørslev-sagen,¹⁶² havde et datter- henholdsvis moderselskab rodet lidt rundt i oplysningerne i ESPD, således at det var uklart, hvem der var tilbudsgiver henholdsvis støttevirkksomhed. KLFU fandt det berettiget, at ordregiver havde afvist tilbuddet som ukonditionsmæssigt, da det ikke var klart, hvem der var tilbudsgiver, og da tilbudsgivere selv bærer ansvaret for fejl og uklarheder i deres tilbud.

Kendelsen er interessant, fordi den formalitetsfejl, der var begået, jo på sin vis ikke er større end den fejl, der var begået i Alstom-sagen. Der var i sagen ingen tvivl om, at tilbuddet blev givet af de to aktører i forening. Det var blot uklart, hvem der egentlig var formelt ansvarlig – hvilket måtte kunne korrigeres ved kontraktindgåelsen.¹⁶³

Afgørende for udfaldet i kendelsen er naturligvis, at ordregiver i relation til korrektion af fejl, jf. afsnit 4.2, har *ret* men ikke *pligt*. Dette diskuteres yderligere nedenfor. Det bemærkes i øvrigt, at KLFU ikke (formelt) kan tage forhold op *ex officio*. Da reglerne om udskiftning af støttende enheder ikke var inkluderet i anbringenderne, blev de ikke berørt i kendelsen, selvom de muligvis kunne have været relevante.

KLFU's kendelse i Nordics Plates-sagen¹⁶⁴ åbner også op for relevante diskussioner. I kendelsen fastslog KLFU, at det var berettiget, at tilbudsgiverens tilbud var anset for ukonditionsmæssigt, idet en støttende enhed ikke - som påkrævet¹⁶⁵ - havde underskrevet ESPD.

Det synes absurd, at en tilbudsgiver kan blive udelukket pga. en formalitetsfejl som en manglende underskrift i et *foreløbigt* dokument, mens der er pligt for ordregiver til at rette en fejlagtig inddragelse af en støttende enhed (og i Alstom-kendelsen ovenikøbet i tilfælde, hvor enheden indgik i samme koncern som ansøger). Tilgangen til fejl hos støttende enheder og håndhævelsen af

¹⁶² Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. juli 2020, Ørslev Servicetrafik A/S mod Høje-Taastrup Kommune.

¹⁶³ Situationen synes i øvrigt parallel med MTH-sagen, hvor 1. tilbud jo netop var afgivet af en aktør, der ikke reelt eksisterede pga. konkurs.

¹⁶⁴ Klagenævnets kendelse af 27. januar 2021 Nordic Plates ApS mod Motorstyrelsen.

¹⁶⁵ I afsnit 4.2 diskuteres det, i hvilken grad ordregiver er bundet af egne opstillede kriterier.

koncipistreglen, er således meget forskelligartet. En snæver fortolkning af bestemmelserne som undtagelse til en regel (koncipistreglen), der er bundet til grundlæggende principper, virker også mere korrekt.

Tilgangen vil kunne være mere ensartet, hvis pligten til udskiftning alene eksisterer i begrænsede tilfælde – når ordregiver har stillet selvstændige krav til de støttende enheder.

Der er ingen tvivl om, at koncipistreglen med de nye regler om udskiftning af støtteenheder er blødt op, idet der netop med reglerne om udskiftning åbnes op for at ændre i en ansøgning/et tilbud.

Alligevel synes udgangspunktet fra koncipistreglen væsentligt udvidet, hvis udskiftning kan ske i alle tilfælde, og ikke kun når ordregiver har stillet selvstændige krav til støtteenheder. Yderligere synes forpligtelsen til at se bort fra fejl i ESPD også som en betydelig udvidelse.

4.2 Muligheden for at supplere og ændre i ansøgninger/tilbud

Reglerne om mulighederne for at indhente supplerende oplysninger, som følger af Udbudsdirektivets artikel 56, stk. 3 og Udbudslovens § 159, stk. 5, hænger i høj grad sammen med koncipistreglen. Dette skyldes, at reglerne sætter de nærmere grænser for i hvilken grad, der kan rettes op på fejlagtigt angivne oplysninger.

Der eksisterer omfattende praksis om muligheden for korrektion af fejl i ansøgninger og tilbud.

Manova-dommen¹⁶⁶ er i denne sammenhæng central, idet den vedrørte præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen om grænserne for præcisering og supplerings af ansøgninger efter ansøgningsfristen. Der var tale om et udbud omfattet af 2004-Udbudsdirektivets bilag IIB, men EU-Domstolens konklusioner vedrørende ligebehandlingsprincippet har generel betydning, og konklusionerne er i dag kodificeret i ovennævnte regler.

EU-Domstolen fastslog i Manova-dommen (præmis 34-35), at en anmodning om supplerings skal rettes mod alle virksomheder i samme situation og omfatte alle de punkter, der skal suppleres, uden at dette indebærer, at der fremsættes ny(t) ansøgning/tilbud. Konkret fastslog Domstolen (præmis 39), at det er lovligt at anmode om forhold eller oplysninger, som det objektivt kan kontrolleres

¹⁶⁶ EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S.

forelå forud for udløbet af fristen, men at ordregiver naturligvis er bundet af de kriterier, ordregiver selv har sat op herfor (præmis 42).¹⁶⁷

Afgørende for indhentelse af supplerende oplysninger er således, om det objektivt kan kontrolleres, at oplysningerne forelå forud for enten ansøgnings- eller tilbudsfristen. Oplysninger om økonomiske og finansielle forhold, som typisk fremgår af offentliggjorte årsregnskaber, må anses for at have en højere grad af objektivitet end oplysninger om teknisk og faglige formåen, der ikke i samme grad offentliggøres i et officielt format.

Ligeledes er det afgørende, at en eventuel korrektion ikke er i konflikt med de kriterier ordregiver selv har sat op. Tilsvarende generelle princip kan udledes af Pippo-dommen.¹⁶⁸

I den forbindelse er det interessant, at DSB i Alstom-sagen netop havde begrænset mulighederne for udskiftning, og at den konkrete udskiftning af AT Holland var i konflikt hermed. På dette punkt kan det således også anføres, at Alstom-kendelsen virker forkert.¹⁶⁹

I Esaprojekt-dommen,¹⁷⁰ der netop angik udskiftning af en støttende enhed i et offentligt udbud, fastslog EU-Domstolen (præmis 45), at 2004-Udbudsdirektivet var til hinder for, ”...at en økonomisk aktør efter fristen for at afgive bud [...] med henblik på at godtgøre, at han opfylder alle betingelserne for at deltage i en offentlig udbudsprocedure, kan forelægge den ordregivende myndighed dokumenter, der ikke fremgik af hans oprindelige bud, såsom en kontrakt gennemført af tredjemand samt dennes tilsagn om at stille sin formåen og de ressourcer, der er nødvendige for at gennemføre den pågældende kontrakt, til rådighed for denne aktør.”

Således anså EU-Domstolen ikke en kontrakt om støtte, som et objektiv konstaterbart forhold, jf. Manova-dommen.

¹⁶⁷ Se tilsvarende EU-Domstolens dom af 6. november 2014 i sag C-42/13, Cartier Dell ‘Adda SpA mod CEM Ambiente SpA.

¹⁶⁸ EU-Domstolens dom af 2. juni 2016 i sag C-27/15, Pippo Pizzo mod CRGT Srl.

¹⁶⁹ DSB havde som bekendt anført, at DSB ikke så sig berettiget til at foretage udskiftningen. Argumentet blev dog ikke foldet ud, og dette er måske årsag til, at KLFU ikke forholdt sig yderligere hertil.

¹⁷⁰ EU-Domstolens dom af 4. maj 2017 i sag C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie.

Generaladvokaten var i sit forslag til afgørelse i Esaprojekt¹⁷¹ helt på linje med Domstolen, idet Generaladvokaten bl.a. anførte, at aflevering af oplysninger efter en frist udgør en væsentlig ændring og derfor ikke er tilladt (præmis 29-30). Med henvisning til MT Højgaard-sagen fastslog Generaladvokaten, at det er muligt at fjerne elementer fra fx en referenceliste, men det er ikke muligt at tilføje nye (præmis 34).

Disse begrænsninger synes i alle tilfælde svære at forene med en ret til at foretage udskiftning af en støttende enhed, og begrænsningerne må således være forladt i forhold til netop reglerne om udskiftning.

Casertana-dommen¹⁷² omhandlede besvarelsen af et præjudicielt spørgsmål vedrørende artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i 2004-Udbudsdirektivet, der er tilsvarende artikel 63, stk. 1, 1. afsnit, som er implementeret i Udbudslovens § 144, stk. 1 og 2. I Italien gjaldt et krav om en såkaldt SOA-attestering, som Casertana havde opfyldt via en støttende enheds attestering. Denne enhed havde under udbudsprocessen og efter afslutningen af fasen for adgang til udbuddet mistet sin attestering, hvorfor Casertana var blevet udelukket fra udbuddet.

Domstolens fastslog (præmis 35-36), at EU's grundprincipper indebærer, at et bud ikke kan ændres efter dets afgivelse, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller på tilbudsgiverens initiativ, om end åbenlyse fejl kan rettes. Med henvisning til WALL-dommen,¹⁷³ fastslog Domstolen endvidere (præmis 37), at ændringer i et samarbejde indebærer en forpligtelse til at gennemføre et nyt udbud. Muligheden for at erstatte en tredjemandsvirksomhed udgør en væsentlig ændring og er derfor ikke en tilladelig ændring.

¹⁷¹ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Bobek fremsat den 24. november 2016 i sag C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie.

¹⁷² EU-Domstolens dom af 14. september 2017 i sag C-223/16, Casertana Costruzioni Srl mod Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise og Agenzia Regionale Campania per la Difesa del Suolo – A.R.Ca.Di.S.

¹⁷³ EU-Domstolens Dom af 13. april 2010 i sag C-91/08, Wall AG mod La ville de Francfort-sur-le-Main og Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH.

Generaladvokaten fastslog i sit forslag til afgørelse¹⁷⁴ (præmis 36): ”*Ved at tillade økonomiske aktører at erstatte enheder, som vil blive udelukket, eller som ikke opfylder de relevante kriterier, indfører artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24 åbenbart nye elementer i forhold til reglerne i artikel 47, stk. 2, og artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18.*”

Generaladvokaten reflekterede dog ikke yderligere over i hvilken grad artikel 63 indfører nye elementer, idet det både vil være nyt, hvis bestemmelsen skal fortolkes, som KLFU gjorde i Alstom-kendelsen, eller hvis bestemmelsen alene vedrører udskiftning ved selvstændige krav til støtteenheder.

I øvrigt er det interessant, at Generaladvokaten sondrede mellem 3 tidsmæssigt forskellige scenarier relateret til behovet for udskiftning og korrektion (præmis 21-25):¹⁷⁵

1. scenarium: hvor en støttende enhed mister den fornødne formåen før udløbet af fristen. I dette scenarium er det altid muligt at rette til og indgive ny ansøgning/nyt tilbud.
2. scenarium: hvor en støttende enhed mister den fornødne formåen efter kontraktens tildeling. Dette forholder Generaladvokaten sig ikke til, da scenariet ikke var aktuelt for den konkrete sag.
3. scenarium: hvor en støttende enhed mister den fornødne formåen efter udløbet af fristen, men før den offentlige myndigheds endelige tildeling af kontrakten. Her anfører Generaladvokaten: ”*Hvad dette angår er der efter min opfattelse ikke nogen EU-regel eller noget almindeligt EU-retligt princip, som **kræver**, at nationale myndigheder i denne situation skal give tilbudsgivere mulighed for at **erstatte** den tredjemand, som har mistet den fornødne formåen.*”

¹⁷⁴ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat N. Wahl fremsat den 11. maj 2017, i sag C-223/16, Casertana Costruzioni Srl mod Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise og Agenzia Regionale Campana per la Difesa del Suolo – A.R.Ca.Di.S.

¹⁷⁵ Tidsmæssige udfordringer diskuteres i afsnit 4.6

Generaladvokaten bruger her samme terminologi som i artikel 63 i Udbudsdirektivet, selvom udtalelsen vedrører det tidligere direktiv. Dette vurderes tilfældigt, da samme enslydende terminologi ikke kan genfindes i alle de andre sproglige versioner.¹⁷⁶

De tre scenarier er relevante at huske på, omend der med indførelsen af ESPD er kommet endnu et scenarium i spil; nemlig fejl i ESPD, jf. nedenfor.

Ovennævnte EU-domme synes at bekræfte, at det mere er undtagelsen end reglen, at der kan ske ændringer i ansøgninger/tilbud, men de viser også, at der med reglerne om udskiftning af støttende enheder er sket en opblødning heri.

Der findes også en del dansk praksis om præciseringer af ansøgninger/tilbud, som bekræfter ovennævnte. Derudover er den relativt nye Eksponent-kendelse¹⁷⁷ særlig interessant i forhold til reglerne om udskiftning.

I kendelsen fandt KLFU, at ordregiver ikke, pga. Udbudslovens § 159, stk. 6, havde været berettiget til at indhente supplerende oplysninger om en fejlagtigt angivet reference hos den vindende tilbudsgiver. Der var tale om et udbud med et minimumskrav om, at tilbudsgiver havde 3 referencer på såkaldte *corporate* hjemmesider, forstået som det site, der kunne tilgås via URL'en [www."indsaetkundensnavn".dk](http://www.indsaetkundensnavn.dk). Den vindende tilbudsgiver havde angivet hjemmesiden www.denmark.dk, som var leveret til Udenrigsministeriet, men "burde" i stedet have angivet www.um.dk. Den vindende tilbudsgiver havde også leveret denne hjemmeside. Gentofte Kommune havde tilladt, at tilbudsgiveren ændrede sin reference efter tilbudsfristen. Men dette vurderede KLFU altså var i strid med Udbudslovens § 159, stk. 6.

Havde Eksponent-kendelsen vedrørt en reference hos en støttende enhed, synes reglerne om udskiftning af støttende enheder, som anlagt af KLFU i Alstom-sagen, at muliggøre ændringen af referencen (via en udskiftning af enheden). Således ville suppleringsmulighederne i udgangspunktet være anderledes, hvis ansøger/tilbudsgiver havde benyttet sig af en støttende enhed. En sådan forskel baseret på ansøgers/tilbudsgivers form hænger ikke sammen med det generelle

¹⁷⁶ På engels "*requires...to replace*", på tysk "*müssten... auszutauschen*", på svensk "*kräver ... byter ut*". Således er det alene i den engelske og danske, hvor terminologien er ensartet.

¹⁷⁷ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 29. april 2020, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune.

udgangspunkt om, at der ikke kan stilles krav til retlig form – fordi en sådan er uden betydning. Også dette tyder på, at reglerne om udskiftning af støttende enheder skal fortolkes snævert.

Forskelle mellem forskellige konstellationer/former for samarbejde diskuteres nærmere i afsnit 4.4.

4.3 ESPD som foreløbigt bevis

Oplysninger om støttende enheder angives i ESPD, og støttende enheder udfylder egne ESPD'er med oplysninger om udelukkelsesgrunde og relevante egnedskriterier.¹⁷⁸

Det følger af Udbudslovens § 148, at ESPD benyttes som foreløbigt bevis for, at ansøger/tilbudsgiver og eventuelle støttende enheder ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund og opfylder krav til egnethed.

Der ligger i selve beskrivelsen af dokumentet som ”foreløbigt” bevis, at senere ”rigtige” beviser skal fremlægges, jf. reglerne om dokumentation i Udbudslovens §§ 152-155.

Det er således klart, at hvis det foreløbige bevis (ved en fejl) viser bedre egnethed end reelt, så tjener det rigtige bevis (den efterfølgende dokumentation) til at oplyse herom. Når dette er sket (uagtet om det skyldes en undskyldelig fejl eller en bevidst fejlskrift), er der dog en risiko for, at en bedre egnet økonomisk aktør ikke har fået en chance i konkurrencen om den offentlige kontrakt.

Hvis det foreløbige bevis (ved en fejl) derimod viser dårligere egnethed, eller at ansøger/tilbudsgiver er omfattet af en udelukkelsesgrund, så risikerer ansøger/tilbudsgiver selv enten udelukkelse¹⁷⁹ eller manglende udvælgelse og dermed i sidste instans manglende tildeling af kontrakt.

Problemet med fejl i ESPD synes særlig udtalt i forbindelse med begrænsede procedurer, og fejlagtige angivelser i ESPD kan således få betydning for, hvem der deltager i konkurrencen om – og dermed resultatet af konkurrencen om - en offentlig kontrakt, selvom ESPD umiddelbart alene tjener som foreløbigt bevis.

¹⁷⁸ Det følger af selve ESPD, at der skal fremlægges særskilte ESPD for andre enheder, som den økonomiske aktør baserer sig på.

¹⁷⁹ Idet der dog eksisterer regler om såkaldt self-cleaning (bevis for pålidelighed), jf. nedenfor.

I Alstom-sagen bestod fejlen i, at Alstoms egnethed var gjort bedre, og derfor var Alstom gået videre i konkurrencen. Da Alstom selv i forbindelse med indhentning af dokumentation opdagede fejlen i ESPD, gav det mulighed for at få rettet fejlen forud for tilbudsafgivelse.¹⁸⁰

DSB havde i sagen anført, at reglen om udskiftning under ingen omstændigheder gælder ved fejlskrift i ESPD, idet reglen alene må gælde, hvis en ansøger/tilbudsgiver *efter* indlevering af ESPD bliver omfattet af enten en udelukkelsesgrund eller ikke længere kan opfylde et minimumskrav.

I forhold til udelukkelse giver et sådan argument mening, idet retten (og forpligtelsen) til at udelukke, gælder både for forhold opstået før og under processen, jf. Udbudsdirektivets artikel 57, stk. 5.

Dette er dog ikke ensbetydende med, at ordregiver altid skal have fuldt opdateret dokumentation.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skriver vedrørende dette, at der er ikke knyttet en specifik gyldighedsperiode til serviceattesten, og at det er Styrelsens vurdering, at serviceattesten som udgangspunkt vil være gyldig i 6-12 måneder.¹⁸¹

I forhold til egnethed giver DSB's argument endnu mindre mening, dels fordi ESPD tjener som foreløbigt bevis (for forhold på netop tidspunktet for ansøgnings-/tilbudsfrist), dels pga. konklusionerne i Manova-dommen.¹⁸² Samtidig følger det af Udbudslovens § 151, stk. 5, at

¹⁸⁰ Det bemærkes, at det ikke i udgangspunktet gør en forskel, at en fejl først opdages efter tilbudsafgivelse.

¹⁸¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, "Gennemgang af reglerne om dokumentation", 24. februar 2020, Sag: 19/06285. Tilgængelig på https://www.kfst.dk/media/54605/gennemgang-af-reglerne-om-dokumentation_240220.pdf, s. 22.

¹⁸² Se i øvrigt Niels Karl Heilskov Rytter og Rasmus Holm Hansen, "Økonomiske egnethedskrav i udbud", i UfR.2021B.34, s. 41-42 om tidspunktet for opfyldelse af fastsatte minimumskrav. Se også EU-Domstolens dom af 10. november 2016 i sag C-199/15, Ciclat Soc. coop. mod Consip SpA, Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e furniture. Det bemærkes, at kravet om attestering i EU-Domstolens dom af 14. september 2017 i sag C-223/16, Casertana Costruzioni Srl mod Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise og Agenzia Regionale Campania per la Difesa del Suolo – A.R.Ca.Di.S vedrørte adgangen til selve udbuddet (og således et mindstekrav) og ikke egnethed.

ordregiver ikke må kræve dokumentation for oplysninger, de allerede er i besiddelse af, hvilket indikerer, at ikke alle nye forhold (skal) dokumenteres.

Sluttes der omvendt, giver det således ikke mening, at reglerne om udskiftning *kun* vedrører forhold opstået *efter* aflevering af ESPD.

Derfor må reglerne også gælde for forhold, der eksisterede *før* aflevering af ESPD, og derfor er det nødvendigt at se nærmere på den åbenlyse konflikt, der er relateret til ESPD som foreløbigt *bevis* og risikoen for (samt accepten af) fejl i dette foreløbige bevis.

I den forbindelse er det relevant i første omgang at huske på, at ordregiver har mulighed for at anse oplysninger i ESPD som foreløbige og indhente korrekt dokumentation, når det anses for nødvendigt, men at dette er en ret og ikke en pligt, som hænger sammen med reglerne om indhentelse af supplerende oplysninger, jf. ovenfor.¹⁸³ Dette giver mulighed for, at ordregiver kan undersøge ESPD for eventuelle fejl.

Ser man på ESPD som foreløbigt bevis, er det ydermere relevant at se på reglerne om pålidelighed (self-cleaning), jf. Udbudslovens § 138, der giver mulighed for, at ansøger/tilbudsgiver kan rette op på forhold, der ellers ville have ført til udelukkelse. Her er der som for udskiftning af støttende enheder tale om, at der kan repareres på forhold efter aflevering af ansøgning/tilbud, og på den måde er reglerne om pålidelighed delvist parallelle med reglerne om udskiftning. Da reglerne om pålidelighed også blev introduceret med Udbudsdirektivet i 2014, synes paralleliteten umiddelbart relevant for forståelsen af reglerne om udskiftning af støtteenheder.

Reglerne om pålidelighed er uafhængige af, hvad der er anført i ESPD, idet reglerne gælder, uanset om det er oplysninger i ESPD eller den reelle dokumentation, der viser, at ansøger/tilbudsgiver (eller en støttende enhed) er omfattet af en udelukkelsesgrund.

Hvis paralleliteten skal give mening, må tilsvarende på den ene side gælde for reglerne om udskiftning, således at disse både gælder ved fejlskrift i ESPD, men også hvor ESPD ikke er forkert

¹⁸³ Se bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. februar 2019, Brande Buslinier mod Midttrafik, hvoraf fremgår, at ordregiver var berettiget til at se bort fra en forkert afkrydsning i ESPD samt i modsat retning Klagenævnets kendelse af 27. januar 2021 Nordic Plates ApS mod Motorstyrelsen, hvor ordregiver var berettiget til at lægge negativ vægt på en mangel (manglende underskrift) i ESPD.

udfyldt, men hvor ansøger/tilbudsgiver blot ikke selvstændigt har konstateret, at minimumskrav til egnethed ikke er opfyldt. Dette stiller naturligvis store krav til ordregivere, jf. mere nedenfor.

På den anden side er der en væsentlig forskel på udelukkelse og egnethed, bl.a. i relation til netop self-cleaning, og et sådant syn på karakteren af oplysningerne i ESPD indebærer, at ideen om ESPD som foreløbigt *bevis* for egnethed bliver illusorisk. Enten må der kunne regnes med oplysningerne i ESPD, eller også opfylder beviset ikke sit formål. Her er forskellen på egnethed og udelukkelse også relevant, idet der i alle tilfælde af udelukkelse i udgangspunktet kan ske self-cleaning¹⁸⁴ - tilsvarende muligheder eksisterer ikke for egnethed.

Således kan der altså ikke sluttes analogt mellem reglerne om udelukkelse og reglerne om udskiftning af støttende enheder.

Hvis det accepteres, at ESPD er det foreløbige bevis, opstår et nyt problem. Det vil i alle tilfælde kunne betale sig for ansøger/tilbudsgiver at pynte sig med lånte fjer og forbedre egnetheden.¹⁸⁵

Dette komplicerer i den grad forståelsen af reglerne om udskiftning af støttende enheder, og problemstilling kan kort opsummeres således:

Det giver for det første ikke mening, at reglerne gælder ved fejlskrift, fordi det indebærer, at ESPD ikke tjener som foreløbigt bevis. Det giver af samme grund for det andet ikke mening, at reglerne om udskiftning kun gælder for forhold, der opstår efter aflevering af ansøgning/tilbud. Og endelig giver det for det tredje af samme årsag ikke mening, at reglerne om udskiftning gælder, når ansøger/tilbudsgiver blot ikke selv har været opmærksom på, at minimumskrav ikke er opfyldt.

Hvis reglerne således ikke gælder ved hverken fejlskrift i ESPD, ved manglende opmærksomhed hos ansøger/tilbudsgiver eller for forhold, der opstår efter ansøgnings-/tilbudsfrist, så er det slet ikke muligt at se, hvornår reglerne så skulle gælde.

Spørgsmålet er, om det alene er fortolkningen af reglerne om udskiftningen af en støttende enhed, som anlagt i Alstom-kendelsen, der konflikter med ESPD som foreløbigt bevis, eller om tilsvarende

¹⁸⁴ Det bemærkes, at der er udelukkelsesgrunde, hvor self-cleaning synes illusorisk. Dette er ikke fokus for denne afhandling.

¹⁸⁵ Det gøres opmærksom på, at der eksisterer både en obligatorisk og en frivillig udelukkelsesgrund, som er relateret til uagtsom angivelse af urigtige/vildledende oplysninger. Dette drøftes nærmere i afsnit 4.8

konflikt gør sig gældende, hvis udskiftning alene er mulig, når der er stillet selvstændige krav til de støttende enheder.

Det vurderes umiddelbart, at samme udfordringer gør sig gældende her, og diskussionen om ESPD som foreløbigt bevis tjener derfor i udgangspunktet ikke til en nærmere afdækning af, hvorvidt Alstom-kendelsen er korrekt. Gældende ret for så vidt angår fejlskrift og oplysninger i ESPD kan således først endeligt udledes, når EU-Domstolen har afgivet svar på Consiglio di Stato præjudicielle spørgsmål af 30. marts 2020.

Trods dette umiddelbare udgangspunkt, eksisterer der dog en relevant nuanceforskel, der ikke handler så meget om selve fejlskriften, men mere om hvem der bærer ansvaret herfor.

Det kan nemlig anføres, at ansøger/tilbudsgiver er ansvarlig for at sikre, at ansøger/tilbudsgiver lever op til de krav, der stilles til ansøger/tilbudsgiver, mens en støttende enhed må være ansvarlig for de krav, der stilles til denne. Begår en støttende enhed en fejl og giver ansøger/tilbudsgiver forkerte oplysninger om egnethed, så bærer ansøger/tilbudsgiver risikoen herfor, hvis fejlen fx medfører, at ansøger/tilbudsgiver ikke udvælges, mens den støttende enhed bærer risikoen for fejlen, hvis denne resulterer i, at støtteenheden må udskiftes. Dette taler for, at udskiftning af støttende enheder alene er relevant, når der er stillet selvstændige krav til sådanne enheder. Når der er stillet selvstændige krav, bærer støtteenhederne selv ansvaret for at sikre, at de lever op til kravene, og ansøger/tilbudsgiver straffes ikke herfor, idet støtteenheden i et sådant tilfælde kan udskiftes, mens ansøger/tilbudsgiver bliver i konkurrencen. Ved en sådan tilgang er det irrelevant, om det kan konstateres direkte i ESPD, om støtteenheden lever op til kravene eller ej, eller om det først konstateres ved indhentelse af *rigtig* dokumentation.¹⁸⁶

Denne ansvarsfordeling giver også mening, når man ser på forskellene mellem reguleringen af konsortier og reguleringen af virksomheder med støttende enheder.

¹⁸⁶ Det bemærkes, at der er forskel på begrænsede henholdsvis offentlige procedurer. Ved førstnævnte bør dokumentation indhentes i forbindelse med udvælgelsen, så eventuel risiko for, at en støttende enhed, der er afgørende for selve konkurrencen, senere skal udskiftes, minimeres.

4.4 Sammenslutninger¹⁸⁷ versus virksomheder med støttende enheder

Reglen om udskiftning gælder, jf. sin ordlyd, alene for økonomiske aktører, der benytter støttende enheder.

Det betyder ikke, at der ikke kan ske udskiftning af enheder i en sammenslutning (herefter et konsortium), hvilket MTH-sagen bekræfter. Her er der dog alene tale om en mulighed for ordregiver og ikke en pligt.

Mulighederne for udskiftning er også forskellige. Således følger det § 147, stk. 4, at konsortier ikke i løbet af konkurrencen kan udvide deres kreds, hvilket er i modstrid med de regler, der gælder for støttende enheder, i hvert fald hvis man lægger ideen om den ”kumulerede støtteenhed” til grund, jf. ovenfor i afsnit 2.3.1. Det nævnes i lovbemærkninger til § 147, stk. 4, at *”bestemmelsen synes at indebære en indskrænkning i forhold til tidligere gældende ret”*, uden at dette dog er nærmere præciseret.

Pligten til udskiftning vedrører som nævnt alene økonomiske aktører, der benytter støtteenheder, hvilket naturligvis også gælder konsortier (eller andre former for sammenslutninger), jf. Udbudslovens § 144, stk. 7. Når konsortier benytter støttende enheder gælder altså de samme muligheder for udskiftning af disse enheder.

Forskellen på et samarbejde ved brug af støttende enheder sammenlignet med konsortier understreges også af mulighederne for ”genopretning” i forbindelse med udelukkelse. Reglerne om pålidelighed gælder for alle typer af samarbejder, og således kan en ansøger/tilbudsgiver, der baserer sig på en støtteenhed, naturligvis benytte mulighederne for self-cleaning, hvis en støtteenhed er omfattet af en udelukkelsesgrund. I forhold til udelukkelse, er det dog særegent, at der både er mulighed for at foretage udskiftning og self-cleaning i forbindelse med, at en enhed er omfattet af en udelukkelsesgrund.¹⁸⁸ En mulighed som kun eksisterer i forhold til støttende enheder.

Man kan undre sig over, hvorfor muligheden for udskiftning afhænger af, hvilken form for samarbejde der er etableret. Særligt fordi den økonomiske aktørs form ikke må være afgørende for

¹⁸⁷ Dækker alle typer af ”sammenslutninger”, men der fokuseres her for at lette læsningen på konsortier.

¹⁸⁸ Det bemærkes, at det følger af lovbemærkningerne, at ordregiver ikke kan kræve en enhed udskiftet, før den pågældende enhed har haft en passende frist til at dokumentere sin pålidelighed, jf. § 138, stk. 2.

deltagelsen i konkurrencen om offentlige kontrakter, jf. Udbudslovens § 139, stk. 1 og Udbudsdirektivets artikel 19, stk. 1.

I den forbindelse er det selvfølgelig relevant at stille spørgsmålet, om konsortier (og andre former for sammenslutninger) adskiller sig fra samarbejder, der benytter støtteenheder, eller om alle samarbejder falder i kategorien ”ensartede forhold”, der skal behandles ens.

I afsnit 3.2.1 blev det konstateret, at der er væsensforskelle på de enkelte former for samarbejde, der gør, at de ikke kan behandles ens i alle tilfælde. Men der er også praksis, der peger i den anden retning og fastslår, at alle tilbudsgivere, uanset form, skal behandles lige (i konkurrencen).

Dette følger bl.a. af Pippo-dommen,¹⁸⁹ hvor EU-Domstolen fastslog (præmis 36), at det ”følger af ligebehandlingsprincippet, at tilbudsgiverne gives lige chancer i forbindelse med udformningen af deres bud, og det indebærer således, at de samme betingelser [for konkurrence] må gælde for alle tilbudsgivere.”

Et konsortium skal således på baggrund heraf gives samme betingelser i konkurrencen som en økonomisk aktør, der baserer sig på støttende enheder.

Tilsvarende paralleller eksisterer mellem samarbejder baseret på støtteenheder og samarbejder baseret på underleverandører, hvilket bl.a. ses i Udbudslovens § 144, stk. 1, og i WALL-dommen.¹⁹⁰

Særligt Generaladvokatens forslag til afgørelse i WALL-sagen,¹⁹¹ der svarer til konklusionen i Domstolens dom, for så vidt angår udskiftning, indeholder en interessant betragtning. I forslaget sidestiller Generaladvokaten nemlig underleverance med det, man i dag ville betegne ”støttende enheder” (præmis 60): ”Underleverance skal dog for at leve op til reglerne accepteres af den ordregivende myndighed, enten ved kontraktens indgåelse eller i forbindelse med gennemførelsen af denne. Det er ved denne lejlighed, at den ordregivende myndighed kontrollerer underleverandørens

¹⁸⁹ EU-Domstolens dom af 2. juni 2016 i sag C-27/15, Pippo Pizzo mod CRGT Srl.

¹⁹⁰ EU-Domstolens Dom af 13. april 2010 i sag C-91/08, Wall AG mod La ville de Francfort-sur-le-Main og Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH.

¹⁹¹ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Bot fremsat den 27. oktober 2009, i sag C-91/08, Wall AG mod La ville de Francfort-sur-le-Main og Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH.

tekniske og økonomiske formåen”. Således kan ordregiver altså i relation til kontrol behandle underleverandører og støttende enheder ens, hvilket, jf. ligebehandlingsprincippet, alene er muligt, hvis tilfældene er ensartede.

Pligten til ligebehandling kommer også til udtryk i lovbemærkningerne til § 144, stk. 5, hvorefter det konkret skal sikres, at en udskiftning ikke må have afgørende betydning for vurderingen af egnethed, udvælgelse eller tilbud. Tilsvarende følger af MTH-sagen og Udbudslovens § 147.¹⁹²

Fokus i ovennævnte er på ligebehandlingen i konkurrencen om kontrakten. Således synes udgangspunktet at være, at økonomiske aktører skal behandles lige i konkurrencen, uanset om deres retlige form er et konsortium, er baseret på støtteenheder eller er baseret på underleverandører/-entreprenører. Når konkurrencen er ovre, kan aktørerne behandles forskelligt, hvilket bl.a. kommer til udtryk i Udbudslovens § 139, stk. 5, der implementerer Udbudsdirektivets artikel 19, stk. 3, hvorefter der kan kræves en bestemt retlig form ved kontraktindgåelse. Disse bestemmelser vedrører kun sammenslutninger.¹⁹³

Ses der isoleret på mulighederne for at korrigere i en ansøgning/et tilbud, fx pga. fejl i ESPD, er mulighederne ikke ens for de enkelte former for samarbejder, da pligten til udskiftning netop kun gælder for støtteenheder. I Alstom-kendelsen bemærkede KLFU selv (s. 36-37), at tilladelsen til at udskifte overordnet set må være i overensstemmelse med grundlæggende principper, som ligebehandlingsprincippet, idet tilladelsen fremgår af direktiverne – selvom tilladelsen kun gælder for støttende enheder.

Spørgsmålet er, hvad der kan forklare denne uens behandling af de forskellige former for samarbejder, og hvordan denne uens behandling spiller sammen med det grundlæggende krav om ligebehandling, uanset retlig form.

¹⁹² Klagenævnet fastslog derudover, at en udskiftning konkret kunne være i strid med princippet: ”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.”

¹⁹³ Der henvises til kapitel 2, afsnit 2.1.

Forklaringen skal måske søges i den forskellige behandling, der også findes af de økonomiske aktører i forbindelse med vurderingen af egnethed.¹⁹⁴

Når ansøger/tilbudsgiver består af et konsortium, vurderes der i forhold til egnethed på konsortiets samlede opfyldelse. Det betyder, at alle deltagere i et konsortium bliver ”målt og vejret” i forhold til økonomisk og finansiell formåen, samt teknisk og faglig formåen.¹⁹⁵ Dette stemmer godt overens med, at der er mulighed for at stille andre krav til konsortier, jf. Udbudslovens § 139, stk. 3 og 4, så længe disse naturligvis er proportionale.

Når en økonomisk aktør benytter sig af støtteenheder, er der i langt højere grad mulighed for at vælge hvilke støtteenheder, der måles og vejes på i forhold til hvilken form for formåen. Fx kan en ansøger/tilbudsgiver vælge at basere sig på én enheds tekniske og faglige formåen, uden at denne enheds eventuelle dårlige økonomi påvirker ansøgers/tilbudsgivers økonomiske og finansielle formåen.

Således er der klart en forskel på, hvordan konsortier og aktører med støtteenheder bliver vurderet, når det kommer til egnethed.¹⁹⁶

Der synes ikke umiddelbart at være en forklaring på denne forskel andet end, at den er en naturlig konsekvens af åbenheden i forhold til ansøgers/tilbudsgivers form. Når det tillades, at samarbejder kan være både løse og faste, så skal vurderingen af et samarbejde naturligvis afspejle netop, hvor løst eller fast deltagerne i samarbejdet har forpligtet sig. En støtteenhed kan ikke stilles økonomisk ansvarlig, hvis enheden ikke har budt ind med ansvar for økonomi.

Denne konsekvens (og risiko) kan forklare, hvorfor der for det første kan være behov for at stille selvstændige krav til støttende enheder, og dernæst hvorfor der så skal åbnes op for muligheden for at foretage en udskiftning, hvis det viser sig, at en støttende enhed ikke lever op til stillede krav.

Når konsortier kan mødes af særlige krav, må tilsvarende kunne lade sig gøre i forhold til ansøgere/tilbudsgivere med støtteenheder netop for at sikre ordregiver i forbindelse med brugen af

¹⁹⁴ Det bemærkes, at vurderingen af udelukkelse er ensartet.

¹⁹⁵ Brugen af underleverandører indgår ikke i egnethedsvurderingen.

¹⁹⁶ Husk, at underleverandørers formåen ikke indgår, hvis der er tale om ”rene” underleverandører.

Ansøgere/tilbudsgivere, der byder alene, måles på samme måde som konsortier.

støtteenheder. Naturligvis igen under forudsætning af, at kravene er proportionale. Dette fokus på sikring af ordregiver i relation til risiko for, at en enhed ikke er økonomisk stabil, er helt parallelt med de bekymringer, der blev udtrykt om underleverandører under lovgivningsprocessen i EU.¹⁹⁷

Ordregivere kan i konkrete situationer have behov for at stille krav om, at en enhed, der leverer en central faglig eller teknisk formåen i en kontrakt, også har den økonomiske stabilitet til at gennemføre kontrakten. Når ordregivere kan kræve, at en bestemt enhed, hvis formåen ansøger/tilbudsgiver har baseret sig på, skal udføre en bestemt del af kontrakten, jf. Udbudslovens § 144, stk. 3, har ordregiver samtidig en væsentlig interesse i at sikre, at selvsamme støtteenhed fx ikke går konkurs inden for kort tid efter tilbudsfristen.

Måske har EU-lovgiver netop med reglerne om udskiftning af støttende enheder ønsket at adressere dette behov hos ordregiver. Ved at indføre regler, der giver fleksibilitet for ansøgere/tilbudsgivere til at udskifte støttende enheder, når disse har et selvstændigt ansvar for at leve op til selvstændige krav, skabes en bedre form for sammenhæng mellem det ansvar, der er i tætte henholdsvis løse samarbejder.

Således er konsortiedeltagere samlet ansvarlige, en ansøger/tilbudsgiver er selvstændigt ansvarlig for de krav, der gælder for denne, mens en støtteenhed er ansvarlig for de krav, der vedrører denne. En støtteenhed må udgå af konkurrencen, uden at dette er til skade for ansøger/tilbudsgiver, hvis støtteenheden ikke kan leve op til sit ansvar.

En sådan fortolkning indebærer, som også nævnt ovenfor, at ESPD fortsat kan betragtes som et foreløbigt bevis, og at ordregiver reelt kan kræve udskiftning, men den indebærer også, at KLFU's kendelse i Alstom-sagen ikke er korrekt.

Og en sådan fortolkning er ikke problemfri. Anlægges denne fortolkning kan der nemlig rejses det spørgsmål, om en støttende enhed - der som bekendt også er en "økonomisk aktør", for hvilken der ikke kan kræves en bestemt retlig form¹⁹⁸ - selv må basere sig på en ny støttende enheds fx økonomiske og finansielle formåen. I henhold til Udbudsdirektivet er økonomiske aktører nemlig frie til at basere sig på andres formåen, mens en sådan ret i henhold til Udbudsloven alene gælder

¹⁹⁷ Se afsnit 3.1.1

¹⁹⁸ Se afsnit 2.3.1.

ansøger/tilbudsgiver. I udgangspunktet må der svares bekræftende, men det komplicerer naturligvis reglerne og særligt de konkrete situationer, hvor der skal kræves udskiftning af en støttende enheds støtteenhed.

Ovenstående analyse af reglerne for sammenslutninger (konsortier) giver ikke et entydigt klart svar på, hvordan reglerne om udskiftning skal fortolkes, men de synes nu alligevel at indikere, at KLFU's fortolkning i Alstom-kendelsen ikke var korrekt.

4.5 Flere støttende enheder

Det var et centralt argument i DSB's begrundelse for afslaget på tilladelse til udskiftning i Alstom-sagen, at det ikke var muligt for DSB at identificere den enhed, der var årsag til, at Alstom ikke var egnet, fordi Alstom benyttede sig af flere støttende enheder.

Alstom-kendelsen giver derfor, som også tidligere nævnt, anledning til overvejelser om, hvorvidt ordregiver er forpligtet til at kræve udskiftning, hvis ordregiver ikke kan identificere den præcise støttende enhed, der skal kræves udskiftes.

I Alstom-kendelsen kom KLFU frem til, at det i den konkrete situation entydigt kunne afgøres, hvilken støtteenhed der var årsag til, at Alstom ikke levede op til det stillede minimumskrav til gældsgrad, da der var afgivet et ESPD for den pågældende støtteenhed, som viste sig at være forkert (s. 36). KLFU forholdt sig ikke til, hvad der havde været gældende i modsat fald, herunder bl.a. Alstoms argumenter om den kumulerede støtteenhed, jf. nedenfor.

Da KLFU netop lagde til grund, at reglerne om udskiftning vedrører krav til ansøger/tilbudsgiver, rejser det spørgsmålet, om KLFU med denne udtalelse mente, at det er nødvendigt, at det entydigt kan afgøres hvilken enhed, der er årsag til manglende egnethed.

Med en sådan fortolkning af reglerne om støttende enheder vil der altid potentielt eksistere en udfordring, når der er flere støttende enheder (i forhold til de(t) enkelte minimumskrav), og aldrig eksistere en udfordring, når der kun er én støttende enhed.

Det følger af princippet om ligebehandling og særligt EU-Domstolens dom i Costruzioni-dommen,¹⁹⁹ at der ikke i reglerne om udskiftning kan være indbygget en ulige behandling af ansøgere/tilbudsgivere med én støtteenhed sammenlignet med ansøgere/tilbudsgivere med flere støtteenheder.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anlægger en tilsvarende vurdering, idet Styrelsen udtaler, at en ansøger/tilbudsgiver også har *ret* til at udskifte en støtteenhed i medfør af § 144, stk. 5, selv om det ikke entydigt kan afgøres hvilken støtteenhed, der medfører, at minimumskrav til egnethed ikke kan opfyldes. Dette skyldes ifølge Styrelsen, at egnethedsvurderingen foretages på baggrund af en samlet vurdering af ansøger/tilbudsgiver med alle støtteenheder, hvorfor det ikke er afgørende for anvendelse af bestemmelsen, at ordregiver entydigt kan identificere, hvilken af støtteenhederne der er ”skyld i”, at minimumskravet ikke opfyldes.²⁰⁰ Denne tilgang svarer til ideen om den kumulerede støtteenhed.

KLFU forholdt sig som bekendt ikke til ideen om den kumulerede støtteenhed, men EU-Domstolen har anlagt en fortolkning, der også ser på kumuleret egnethed i tilfælde med flere støtteenheder, jf. ovenfor afsnit 2.3.1.

Ideen om den kumulerede støtteenhed var afgørende for Alstoms argumentation, og ideen om den kumulerede støtteenhed synes også at være en forudsætning for at kunne vurdere egnethed ved flere støtteenheder og for at undgå den ulige behandling af ansøgere/tilbudsgivere med én henholdsvis flere støtteenheder.

Selvom ideen om den kumulerede støtteenhed synes nødvendig for at sikre ligebehandling af ansøgere/tilbudsgivere med én henholdsvis flere støtteenheder, så medfører ideen dog to udfordringer.

¹⁹⁹ EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013, i sag C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA og Mannocchi Luigino DI mod Provincia di Fermo. Se gennemgang af dommen i afsnit 2.3.2.

²⁰⁰ Se Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Gennemgang af reglerne om dokumentation, 24. februar 2020, Sag: 19/06285. Tilgængelig på https://www.kfst.dk/media/54605/gennemgang-af-reglerne-om-dokumentation_240220.pdf, s. 40.

For det første flyttes forpligtelsen/ansvaret for at sikre udskiftning umiddelbart fra ordregiver og over på den økonomiske aktør, jf. også Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens brug af termen ”ret”.

Det er kun, hvis det kræves, at ordregiver fremadrettet i alle tilfælde med flere støttende enheder skal indhente dokumentation i forbindelse med udvælgelsen, at ordregiver beholder ansvaret. I et sådant tilfælde fraviger man dog, som nævnt, udgangspunktet om ESPD som foreløbigt dokument og reglerne om indhentelse af dokumentation.

For det andet åbner ideen om den kumulerede støtteenhed, som nævnt, op for, at to enheder kan erstatte én enhed, eller at der blot tilføjes en ekstra enhed til den kumulerede enhed. Udover at det giver udfordringer i forhold til ordlyden, jf. afsnit 2.3.1, så vil en sådan ”udskiftning” også indebære en anderledes behandling af støtteenheder end af konsortiedeltagere, for hvilke det klart gælder, jf. Udbudslovens § 147, stk. 4, at der ikke kan ske en udvidelse i kredsen af deltagere.

Udskiftning må ikke indebære en forskel i konkurrencen, og det må alt andet lige være mere kompliceret at holde styr på, hvorvidt dette er tilfældet, hvor der kan tilføjes nye deltagere, end i tilfælde hvor der sker en 1:1 udskiftning.

De udfordringer, der eksisterer i relation til udskiftning ved flere støttende enheder, eksisterer ikke, hvis udskiftning alene kan ske, når der er stillet selvstændige krav til de støttende enheder, fordi det her kan konstateres direkte hvilke(n) støtteenhed(er), der ikke opfylder et relevant egnethedskrav.

4.6 Dokumentation i dynamiske indkøbssystemer og rammeaftaler

For visse typer af kontrakter (”indkøbsmetoder”) skal der løbende ske kontrol af oplysninger om egnethed, og spørgsmålet er, om disse bidrager til forståelse af reglerne om udskiftning af støttende enheder.

Et dynamisk indkøbssystem er en elektronisk indkøbsproces, der fungerer som en form for åben rammeaftale, hvor alle ansøgere, der opfylder de stillede egnethedskrav og ikke er omfattet af udelukkelse, optages i systemet. En ansøger kan også her været optaget via støttende enheder, og det ligger i selve naturen af det dynamiske indkøbssystem, at ansøger naturligvis løbende kan udskifte sine støttende enheder, hvis de er årsag til, at ansøger ikke lever op til egnethedskrav. Denne mulighed synes uafhængig af reglen i Udbudslovens § 144, stk. 5.

Rammeaftaler adskiller sig fra dynamiske indkøbssystemer ved, at de er tidsbegrænsede og lukkede, således at kun de leverandører, der har fået tildelt en rammeaftale, kan tildeles kontrakter på rammeaftalen. Rammeaftaler med flere leverandører, hvor kontrakter tildeles på baggrund af en genåbning af konkurrence (miniudbud), er dog også på flere måder parallelle med dynamiske indkøbssystemer.

Når der gennemføres miniudbud i enten et dynamisk indkøbssystem eller på en rammeaftale, skal der, jf. Udbudslovens § 151, stk. 1 og stk. 3 omvendt,²⁰¹ indhentes dokumentation for egnethed og udelukkelse, medmindre ordregiver allerede er i besiddelse af sådan dokumentation, jf. § 151, stk. 5, og ovenfor.

I forbindelse med miniudbud vurderes det, at bestemmelserne om udskiftning af støtteenheder gælder tilsvarende for tilbudsgivere i et dynamisk indkøbssystem henholdsvis på en rammeaftale. Det betyder, at ordregivere også her skal være opmærksom på de tidsmæssige udfordringer, muligheden for udskiftning giver, jf. nedenfor. Men det betyder også, at der her løbende sker kontrol af støttende enheder, som netop foreskrevet i reglerne om udskiftning.

Tilsvarende løbende kontrol af støtteenheder er ikke naturlig i forhold til rammeaftaler uden genåbning af konkurrencen eller rammeaftaler med blot én leverandør. Forskellen hænger sammen med, at der heller ikke sker løbende kontrol af leverandørerne, jf. Udbudslovens § 151, stk. 3.

Uanset om reglerne om udskiftning vedrører krav til ansøgere/tilbudsgiver, som fastlagt af KLFU i Alstom-kendelsen, eller selvstændige krav til støtteenheder, så kan kontrollen af en støtteenhed ikke meningsfuldt være anderledes end kontrollen af (hoved)leverandøren. Derfor vurderes det, at reglerne om dokumentation i dynamiske indkøbssystemer og på rammeaftaler ikke bidrager til forståelsen af reglerne om udskiftning af støttende enheder.

²⁰¹ Der er tale om de oprindelige egnethedskrav, idet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bl.a. anfører, at dokumentationen skal vedrøre, hvor tilbudsgiveren lever ”op til minimumskravene til egnethed, som de var fastsat til selve rammeaftalen, således at der ikke kan justeres på minimumskravene til egnethed i forbindelse med den enkelte leveringskontrakt.” Se Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Gennemgang af reglerne om dokumentation, 24. februar 2020, Sag: 19/06285. Tilgængelig på https://www.kfst.dk/media/54605/gennemgang-af-reglerne-om-dokumentation_240220.pdf, s. 61.

4.7 Tidsmæssige udfordringer

Der er flere tidsmæssige udfordringer relateret til reglerne om udskiftning af støttende enheder. For det første er der den generelle problemstilling, som også anført i afsnit 2.3.5, at der (måske) er grænser for, hvor meget der kan rykkes på tidsfrister i en udbudsproces. For det andet er der den mere konkrete problemstilling relateret til, hvornår de(t) rette tidspunkt(er) for udskiftning ligger. Tidspunktet for udskiftning kan nemlig være afgørende for, hvorvidt en udskiftning får betydning for konkurrencen.

De tidsmæssige udfordringer under udbudsprocessen er umiddelbart størst ved begrænsede udbud, idet der alene her kan tale om kontrol af/dokumentation for egnethed undervejs i processen. Derfor er der i dette afsnit fokus på begrænsede udbudsprocedurer.

4.7.1 Hvor meget kan tidsfrister rykkes

Det følger af Udbudslovens § 178, at der ikke kan foretages væsentlige ændringer eller ændringer af grundlæggende elementer²⁰² i en udbudt kontrakt uden fornyet udbudspligt, medmindre andet følger af §§ 179-183.²⁰³ Der findes tilsvarende regler i Udbudsdirektivets artikel 72. Reglerne gælder for kontraktens gennemførelse og således efter afsluttet udbudsproces.

En ændring, der *”ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindelig udvalgte eller givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindelig accepterede eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren”*, vil i henhold til § 178, stk. 2, nr. 1 være en væsentlig ændring.

Det påstås, at ændringer af tidsfrister for en kontrakts opfyldelse – i hvert fald ændringer af en vis betydning – vil kunne anses som væsentlige, idet en oprindeligt presset tidsplan kan have afholdt aktører fra at deltage i konkurrencen om kontrakten.

²⁰² Termerne ”væsentlige ændringer” og ”ændringer af grundlæggende elementer” bruges begge. Se Carina Risvig Hamer, ”Grundlæggende udbudsret”, 1. udgave 2016, s. 406- 410, for sondringen mellem væsentlig ændring og ændring af grundlæggende element. I denne afhandling benyttes termen ”væsentlig ændring”.

²⁰³ Se også EU-Domstolens Dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig, præmis 35, og EU-Domstolens dom af 13. april 2010 i sag C-91/08, Wall AG mod Stadt Frankfurt am Main, præmis 38.

Spørgsmålet er, om der gælder samme regler for ændringer i tidsplaner undervejs i en udbudsproces, fx hvis det i forbindelse med prækvalifikationen og et behov for udskiftning viser sig nødvendigt at udskyde tilbudsfristen.

I MTH-sagen fandt KLFU i kendelsen om opsættende virkning,²⁰⁴ at der skulle sondres mellem en situation, hvor en ændring af en sammenslutning sker inden tildeling af kontrakten, og den situation, hvor ændringen sker efter denne tildeling. Dette tyder på, at der generelt skal sondres mellem ændringer foretaget under en udbudsproces og ændringer efter kontraktindgåelse,²⁰⁵ idet det dog bemærkes af retskildeværdien af fumus-kendelsen er lav, jf. afsnit 1.3.1.

Udbudslovens § 93 regulerer tidsfrister under udbudsprocessen. Det følger af bestemmelsens stk. 4, at en ordregiver *kan* forlænge fristen for modtagelse af ansøgninger eller tilbud. Endvidere angiver bestemmelsen, hvornår ordregiver er forpligtet til at forlænge fristen for modtagelse af ansøgninger eller tilbud. Dette er bl.a. tilfældet, hvis der foretages væsentlige ændringer i udbudsmaterialet.

Denne bestemmelse synes umiddelbart at indikere, at en ændring af tidsfrister ikke i sig selv kan udgøre en væsentlig ændring, når bestemmelsen både åbner op for retten til forlængelse og i øvrigt forpligter hertil ved (øvrige) væsentlige ændringer.

Det fremgår dog af lovbemærkningerne, at forlængelse skal ske under hensyntagen til principperne i § 2. Dette indebærer, at baggrunden for at forlænge fristen skal være saglig, og at det ikke er muligt at forlænge fristen for modtagelse af tilbud eller ansøgninger, hvis det alene sker for at tilgodese en specifik økonomisk aktør.

Bemærkningen må fortolkes således, at ordregiver på den ene side godt må – og i øvrigt skal – give en passende frist til udskiftning, men på den anden side ikke må give en så lang frist, at der er særlig hensyntagen til den ansøger, der skal have udskiftet en støtteenhed.

Ovenstående giver ikke meget klarhed og understreger dermed de tidsmæssige udfordringer forbundet med reglerne om udskiftning.

²⁰⁴ Kendelse af 28. januar 2014, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark

²⁰⁵ Sondringen synes umiddelbart i det konkrete tilfælde forkert, men det er uden for denne afhandlings fokus at undersøge dette nærmere.

4.7.2 Hvornår kan og skal udskiftning ske?

Der er hverken i ordlyden eller lovbemærkningerne til Udbudslovens § 144, stk. 5, nogen nærmere tidsmæssig afgrænsning af forpligtelsen til at kræve udskiftning, herunder fx om ordregiver kan og skal kræve udskiftning efter tilbudsfristen. I princippet kan reglerne om udskiftning, jf. ordlyden, derfor anvendes under hele udbudsprocessen, og som nævnt konkluderede KLFU i Alstom-kendelse, at reglerne om udskiftning i hvert fald gælder både før og efter prækvalifikationen.²⁰⁶

Det følger dog af lovbemærkningerne til § 147, at denne bestemmelse finder anvendelse fra tidspunktet for ordregiverens opfordring og frem til kontraktindgåelse. Tilsvarende må gælde for § 144, stk. 5, og det må forstås således, at reglerne om udskiftning finder anvendelse efter ansøgnings- såvel som tilbudsfrist, hvilket i praksis giver mening, da udskiftning først kan ske, når ordregiver har kendskab til behovet for udskiftning. Kendskab opnås, enten fordi ansøger/tilbudsgiver, som i Alstom-sagen, selv har gjort ordregiver opmærksom herpå, eller fordi behovet konstateres i forbindelse med indhentelse af dokumentation.²⁰⁷

Som også tidligere nævnt, vil udskiftning af en støttende enhed kunne give betydelige udfordringer, hvor et tilbud er baseret på en konkret kapacitet fra den støttende enhed, og hvor udskiftning derfor ikke meningsfyldt kan lade sig gøre uden ændring af tilbuddet. Ligeledes hvis udskiftningen sker i en begrænset udbudsprocedure, kan udskiftningen indebære en forbedring af ansøgningen, hvis den (eller de) nye enhed(er) i højere grad opfylder udvælgelseskriterierne.

Det må lægges til grund, jf. det almindelige princip om ligebehandling, at ordregiver hverken har ret eller pligt til at tillægge en eventuel forbedring betydning, ligesom ændringer af et tilbud ikke kan accepteres efter fristen. Dette sætter naturlige tidsmæssige begrænsninger for, hvornår der i visse tilfælde kan ske udskiftning, og det lægger op til, at ordregiver bør sikre (sig mod risici i forbindelse med) udskiftning tidligst muligt.

²⁰⁶ S. 35: ”Det må således antages, at bestemmelsen efter omstændighederne finder anvendelse såvel før som efter prækvalifikationen.” Konklusionen var svar på DSB’s argument om, at bestemmelsen kun er aktuel frem til prækvalifikation, hvorfor KLFU alene forholder sig til tiden før henholdsvis efter prækvalifikation.

²⁰⁷ Se i denne retning EU-Domstolens dom af 29. marts 2012, i sag C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie, præmis 42: ”...anmodningen om supplerende tilbudsoplysninger [kan] først ske efter, at den ordregivende myndighed har fået kendskab til alle buddene...”

4.8 Spekulation og angivelse af urigtige oplysninger

Det blev anført af DSB i Alstom-sagen, at reglerne om udskiftning muliggør spekulation (s. 23):

”Dette princip vil f.eks. også kunne udnyttes af en ansøger, der forud for ansøgningsfristen 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 samarbejdspartner. 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.”

KLFU’s holdning til spekulation var meget klar. I Alstom-kendelsen anførte KLFU (s. 38-39), som nævnt, med henvisning til ligebehandlingsprincippet og som en generel betragtning, at alle potentielle ansøgere/tilbudsgivere kunne have taget højde for reglerne om (ret til) udskiftning i forbindelse med disses overvejelser om deltagelse i udbuddet. Alle ansøgere/tilbudsgivere kunne således i lige stor grad ”spekulere” i reglerne om udskiftning.²⁰⁸

Tilsvarende holdning er tidligere udtrykt af KLFU, fx i Abena-sagen.²⁰⁹ Her fandt KLFU, at det var irrelevant, at et udbud ikke var baseret på realistiske forbrugsestimater, fordi det var klart for alle tilbudsgivere, hvordan der blev evalueret. Det faktum, at en enkelt tilbudsgiver havde haft bedre mulighed for at optimere sit tilbud, kunne ikke føre til andet resultat.

Tilsvarende udtalelser findes i KONE-sagen,²¹⁰ hvor Klagenævnet fastslog (s. 46), at *”eventuel strategisk tilbudsafgivelse ikke [er] i strid med udbudsreglerne.”*

Der findes ikke praksis fra EU-Domstolen vedrørende spekulationer og strategisk tilbudsgivning, og det vurderes, at KLFU’s praksis til en vis grad er retvisende, således at det ikke kan forhindres, at ansøgere og tilbudsgivere benytter de muligheder, udbudsreglerne giver.

²⁰⁸ Se ordlyd afsnit 2.2 og 2.3.

²⁰⁹ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 9. januar 2017, Abena A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

²¹⁰ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 15. februar 2019, KONE A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

Grænserne mellem at benytte og at udnytte mulighederne i udbudsreglerne er dog ikke helt tydelig, særligt i betragtning af ESPD som foreløbigt dokument og den (i hvert fald i forhold til udelukkelse) medfølgende accept af fejl i ESPD.

Der eksisterer således muligheder for at korrigere fejlskrift, men det kan samtidig føre til udelukkelse, hvis der er tale om fx bevidst ”sminkede” oplysninger.

I Udbudsdirektivet findes to frivillige udelukkelsesgrunde relateret til angivelse af vildledende/urigtige oplysninger, der muliggør udelukkelse, hvis:

- en økonomiske aktør har givet groft urigtige oplysninger ved meddelelsen af, at udvælgelseskriterierne er opfyldt, eller
- hvis den økonomiske uagtsomt har givet vildledende oplysninger, der kan have væsentlig indflydelse på beslutninger vedrørende udelukkelse, udvælgelse eller tildeling.

I Udbudsloven er reglerne implementeret delvist ved en obligatorisk delvist ved en frivillig udelukkelsesgrund i §§ 136, stk. nr. 3, og § 137, stk. 1, nr. 6. I Danmark er der således pligt til at udelukke en økonomisk aktør, der har givet groft urigtige oplysninger. Det er ordregiver, der har bevisbyrden for, at ansøger/tilbudsgiver har givet groft urigtige oplysninger, jf. lovbemærkningerne.

Reglerne hænger, jf. Udbudslovsudvalgets rapport, sammen med, at ordregiver skal sikres det korrekte grundlag for at foretage vurdering af ansøger/tilbudsgiver.²¹¹

EU-Domstolen fik i Esaprojekt-dommen²¹² anledning til at tage stilling til bestemmelsen om udelukkelse på grund af ”svigagtig” adfærd i form af afgivelse af urigtige oplysninger eller tilbageholdelse af oplysninger. Domstolen udtalte, at der ikke er krav om fortsæt eller bevis herfor, men alene krav om *”en vis form for grad af uagtsomhed, dvs. en uagtsomhed, der kan have afgørende indflydelse på beslutningerne om udelukkelse, udvælgelse eller tildeling af den offentlige kontrakt”* (præmis 71). I den konkrete sag havde den (umiddelbart) vindende tilbudsgiver opgivet to referencer, som ikke hver især – men alene tilsammen – dækkede de to forhold, som hver reference ifølge udbudsbetingelserne skulle dække. EU-Domstolen fandt, at dette udgjorde en uagtsom

²¹¹ Udbudslovsudvalgets rapport, tilgængelig på: <https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/>, s. 193.

²¹² EU-Domstolens dom af 4. maj 2017 i sag C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie. Dommen vedrører fortolkning af 2004-direktivet, der indeholdt en lignende udelukkelsesgrund.

handling, og at fejlen havde haft indflydelse på den igangværende udbudsprocedure, hvorfor tilbudsgiveren havde handlet svigagtigt (præmis 76-77).

Generaladvokaten havde forinden behandlet dette grundigt.²¹³ For det første bemærkede Generaladvokaten (præmis 73), at det ikke er klart, hvordan graden af svigagtighed fastlægges. I nogle sproglige versioner er svigagtighed knyttet til begrebet ”skyldig”, mens det i andre er knyttet til selve afgivelsen af de urigtige oplysninger - og dermed handlingen og/eller følgerne heraf. Efter Generaladvokatens opfattelse skal fokus være på handlingen og den konkurrencemæssig fordel, en sådan medfører. Således konkluderede Generaladvokaten (præmis 79), at *”hvis afgivelsen eller udeladelsen af visse oplysninger kan påvirke udfaldet, er den netop allerede svigagtig i sig selv. I denne forbindelse kan det ske, at en »åbenlys« eller »mindre« fejl eller en »skrivefejl« under særlige omstændigheder har den uventede følge, at de ændrer udfaldet af et udbud i væsentlig grad. Sådanne fejl kan være helt og aldeles utilsigtede. De er imidlertid tydeligvis hverken mindre eller ubetydelige fejl for en konkurrent, der taber et udbud, eller som stilles særdeles ufordelagtigt som følge heraf.”*

Der anlægges her et ret strengt syn på fejl, og det bliver spændende at se, om EU-Domstolen følger denne linje i Rad Service-sagen.²¹⁴

Afgørende for det strenge syn på fejl i Esaprojekt-sagen var påvirkningen af udfaldet af udbuddet – og dermed konkurrencen. Tilsvarende fokus på påvirkningen af konkurrencen sås i MTH-sagen. Her udtalte Generaladvokaten²¹⁵ bl.a., at det afgørende for at tillade ændringen i tilbudsgivers identitet var, om ændringen ville give den nye tilbudsgiver en konkurrencefordel.²¹⁶ Ifølge

²¹³ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat M. Bobek fremsat den 24. november 2016 i sag C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie.

²¹⁴ Sag C-210/20: Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Consiglio di Stato (Italien) den 30. marts 2020 — Rad Service Srl Unipersonale m.fl. mod Del Debbio SpA m.fl.

²¹⁵ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Mengozzi fremsat den 25. november 2015 i sag C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S mod Banedanmark

²¹⁶ En konkurrencefordel kunne ifølge Generaladvokaten bestå i kendskabet til oplysninger, som ikke forelå på tidspunktet for ansøgning, fx oplysninger om tilbuddets kvaliteter - og dermed (uden at dette direkte nævnes) muligheden for at ”omprioritere” i de tilbudte ressourcer.

Generaladvokaten er det ikke relevant at tale om en fordel, hvis en ændring alene er formel (præmis 75-80).²¹⁷

Når man ser på Alstom- og MTH-sagerne er det i betragtning af ovenstående interessant, at det i begge sager er endt med, at den økonomiske aktør, som begik en fejl,²¹⁸ endte med at få tildelt kontrakten.²¹⁹

Det må dog erindres, at der ikke i MTH-sagen blev inddraget argumenter relateret til afgivelse af urigtige oplysninger.

I forhold til at forstå reglerne om udskiftning bedre, bidrager hverken praksis om spekulation eller udelukkelse på grund af urigtige oplysninger ikke til klarhed over, hvorvidt KLFU's fortolkning i Alstom-kendelsen er korrekt.

Dog bidrager praksis til tydeliggørelse af de tidsmæssige udfordringer.

Hvis den primære bekymring i relation til urigtige oplysninger er påvirkningen af udfaldet af udbuddet, må der nemlig alt andet lige ses mindre alvorligt på fejl, der opdages forud for tilbudsfristen, herunder fejl i forbindelse med prækvalifikationen. Således understreges behovet for at foretage udskiftning så tidligt i udbudsprocessen som muligt.

4.9 Delkonklusion

Dette kapitel indeholder diskussioner om og perspektivering til andre regler og procedurer.

Målsætningen med diskussionerne og perspektiveringerne var at afdække, om disse andre regler og procedurer kunne bidrage til fastlæggelsen af gældende ret, for så vidt angår udskiftning af støttende enheder.

²¹⁷ I sagen argumenterede MTHZ bl.a. også for med henvisning til konkurrencereglerne, at 3 tilbudsgivere sikrede tilstrækkelig konkurrence. Banedanmark havde dog en erklæret målsætning om mindst 4 tilbudsgivere, hvilket konkret fik betydning.

²¹⁸ Alstoms fejl bestod i fejlskrift i ESPD, Per Arsleff og E. Pihl & Søns fejl bestod i, at et ikke-eksisterende joint.venture tegnede parterne.

²¹⁹ <https://www.trm.dk/nyheder/2021/alstom-skal-levere-fremtidens-tog/>

Der er ingen tvivl om, at reglerne om udskiftning af støttende enheder, som de blev fortolket af KLFU i Alstom-kendelsen, i høj grad konflikter med koncipistreglen og mulighederne for at præcisere og supplere ansøgninger henholdsvis tilbud. Både muligheden for at udskifte en enhed, ansøger/tilbudsgiver selv fejlagtigt har inddraget, og muligheden for at rette op fejl, anses i den forbindelse som problematiske.

I sammenhæng hermed giver det mening, at støtteenheder bærer ansvaret for de fejl, de selv oplyser i ESPD, uden at ansøger/tilbudsgiver straffes herfor. Således bevarer ESPD'et samtidig karakteren af foreløbigt bevis, med de hensyn der i den forbindelse er taget til særligt SMV'ere.

Forskellen på de forskellige typer af samarbejder understøtter forskellen i ansvaret, herunder at støtteenheder er selvstændigt ansvarlige for selvstændige krav stillet til sådanne. Denne fortolkning åbner dog op for spørgsmålet om, hvorvidt støtteenheder selv kan benytte støttende enheder.

Også de udfordringer, der knytter sig til ordregivers pligt til *at kræve* udskiftning og brugen af flere støtteenheder, taler for, at KLFU's kendelse i Alstom-sagen er forkert. Udfordringerne synes at pege i retning af, at reglerne om udskiftning alene finder anvendelse, når der er stillet selvstændige krav til de støttende enheder.

Regler relateret til indkøbsprocedurer som dynamisk indkøbssystem og rammeaftaler bidrager ikke til klarhed over reglerne om udskiftning af støttende enheder.

De identificerede tidsmæssige udfordringer og praksis om urigtige oplysninger skabte heller ikke større klarhed over anvendelsesområdet for Udbudslovens § 144, stk. 5, men de understreger vigtigheden af, at udskiftning iværksættes hurtigst muligt.

Det vurderes, at alle diskussionerne og perspektiveringerne samlet set, indikerer, at KLFU formentlig udvidede anvendelsesområdet af § 144, stk. 5, for meget i Alstom-kendelsen.

5. Kapitel: Konklusioner

Reglerne om udskiftning findes i Udbudslovens § 114, stk. 5, Udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, 2. led og Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit.

Reglerne vedrører ifølge ordlyden ordregivers pligt til at kræve udskiftning af den eller de støttende enhed(er), der ikke opfylder et relevant udvælgelseskriterium, eller er omfattet af en udelukkelsesgrund. Udskiftningen skal ske umiddelbart efter, at ordregiver har kontrolleret, om de støttende enheder efterlever de krav, der er stillet. Ordregiver skal kontrollere dette ved indhentning af dokumentation i overensstemmelse med de generelle regler herom og således (senest) før tildeling af kontrakt til den tilbudsgiver, ordregiver har besluttet at tildele kontrakten til. I begrænsende procedurer vil det dog være en fordel for ordregiver at indhente dokumentation allerede i forbindelse med prækvalifikationen, da udskiftning senere i proceduren kan være umulig på grund af den støttende enheds rolle i kontrakten (tilbuddet). I forbindelse med udskiftning støtteenheder skal ansøger/tilbudsgiver gives passende frist til udskiftningen. Fristen skal sættes i forhold til konkrete og individuelle omstændigheder under hensyntagen til generelle principper som især ligebehandling.

Reglerne om udskiftning af støttende enheder vurderes pga. ordlyden alene at vedrøre tilfælde, hvor der er stillet selvstændige krav til de støttende enheder. Denne ordlydsfortolkning understøttes især af muligheden af at stille selvstændige krav til støttende enheder.

Ordlydsfortolkningen understøttes derudover dels af formålsfortolkningen, dels af den kontekst, hvori reglerne om udskiftning indgår.

Formålet med reglerne vurderes at vedrøre hensynet til små og mellemstore virksomheder og disses muligheder for deltagelse i en åben konkurrence til fordel for hele markedet. Endvidere vurderes behovet for fleksibilitet hos ordregiver såvel som ansøger/tilbudsgiver for et væsentlig hensyn bag reglerne. Behovet for fleksibilitet (og sikkerhed) hos ordregiver ses bl.a. som et fokus i lovgivningsprocessen, hvor fokus dog var på de risici, der er forbundet med brug af underleverandører. Endelig synes værdispildsbetragtninger og hensynet til at holde transaktionsomkostningerne ved udbudsprocedurer nede relevante som baggrund for reglerne. Dette skyldes særligt, at reglerne fraviger det grundlæggende udgangspunkt om *contra proferentem* og muliggør ændringer i en ansøgning/et tilbud. Når formålene betragtes samlet, synes de at indikere,

at reglerne om udskiftning af støttende enheder alene gælder i de tilfælde, hvor der er stillet selvstændige krav til de støttende enheder. Dette skyldes, at der i modsat fald især vurderes at være dels mangel på fleksibilitet, dels høje transaktionsomkostninger. Den manglende fleksibilitet og de høje omkostninger hænger sammen ordregivers pligt efter reglerne og det besvær, der er med at gennemskue hvilken støtteenhed, der er årsag til manglende egnethed.

Den kontekst reglerne indgår i og sammenhængen med øvrige udbudsretlige regler og principper vurderes ligeledes at indikere, at reglerne om udskiftning af støttende enheder alene gælder i forbindelse med selvstændige krav til støttende enheder. Endvidere vurderes det, at reglerne gælder, uanset om der er fejl i ESPD eller ej, men at muligheden for at rette fejl er større før tilbudsfristen. Flere ting er årsag til disse konklusioner.

For det første indebærer koncipistreglen og de begrænsede muligheder for at præcisere og supplere i afgivne ansøgninger og tilbud, at hver deltager i en udbudsproces; ordregiver, ansøger/tilbudsgiver eller støtteenhed, må bære ansvar for egne fejl. En støtteenhed bærer således ansvaret for at leve op til de krav, der er stillet til denne. For at beskytte SMV'ere og sikre fleksibilitet i udbudsprocedurer, skal ansøger/tilbudsgiver ikke straffes for, at en støtteenhed (alligevel) ikke lever op til et selvstændigt krav til denne. Koncipistreglen og reglerne om præcisering fungerer ydermere som grundlæggende regler. Derfor skal en mulighed for at fravige disse netop betragtes som en undtagelse, der må fortolkes snævert.

For det andet kan ESPD alene anvendes som tiltænkt foreløbigt bevis, hvis der ud fra ESPD kan ses på krav til ansøger/tilbudsgiver henholdsvis støtteenhed. Hvor en støtteenhed har angivet en fejl i ESPD, vil denne blive konstateret i forbindelse med indhentelse af dokumentation, og det kan have konsekvenser på samme vis, som hvis ansøger/tilbudsgiver selv har angivet en fejl. Som for koncipistreglen, vil det gælde, at ansøger/tilbudsgiver er ansvarlig for, at dokumentation for opfyldelse af krav stillet til ansøger/tilbudsgiver kan leveres, mens støtteenheden er ansvarlig for dokumentation for krav stillet til denne. Støtteenheden bærer således selvstændigt risikoen for fejl i ESPD vedrørende selvstændige krav til støtteenheden. Støtteenhedens fejl kan dog få konsekvens for ansøger/tilbudsgiver, hvis udskiftning ikke konkret er mulig, fx pga. ligebehandlingsprincippet. Men ansøger/tilbudsgiver gives med de nye regler om udskiftning en mulighed for at blive i konkurrence, hvis en ny støtteenhed kan findes.

For det tredje synes der at være et klart behov for at kunne stille selvstændige krav til støttende enheder. Behovet var i fokus i EU-lovgivningsprocessen, hvor der var fokus på risici forbundet med benyttelse af underleverandører. Muligheden for at stille selvstændige krav giver mening, når der ses på princippet om ligebehandling af økonomiske aktører og de forskelle og ligheder, der er på de forskellige former for samarbejde. Behovet for at stille selvstændige krav til støtteenheder afføder et yderligere behov for at kunne udskifte sådanne enheder, hvis de ikke lever op til de stillede krav. I modsat fald bevares den løse karakter af samarbejde ved brug af støttende enheder nemlig ikke.

For det fjerde er der ikke de samme udfordringer i relation til udskiftning ved flere støttende enheder, hvis udskiftning alene kan ske, når der er stillet selvstændige krav til de støttende enheder, fordi det her kan konstateres direkte hvilke(n) støtteenhed(er), der ikke opfylder et relevant egnethedskrav.

Afhandlingen konkluderer således, at KLFU's kendelse i Alstom-sagen ikke er korrekt.

Der er ingen tvivl om, at reglerne om udskiftning af støttende enheder giver en række udfordringer, herunder især i relation til den betydning støttende enheder ikke blot har i forhold til egnethed, men også kan have i forhold til udvælgelse og tildeling.

Udfordringerne kan minimeres ved, at ordregiver tager højde herfor og så tidligt som muligt i processen sikrer indhentelse af dokumentation fra støttende enheder, når der er stillet krav til disse. Herved undgås også de potentielle udfordringer, der kan være med spekulation i reglerne og ”sminkning” af oplysninger i ESPD.

Ovenstående konklusioner vedrørende gældende ret for udskiftning af støttende enheder i forbindelse med aflevering af ansøgninger om deltagelse i konkurrencen om og afgivelse af tilbud på kontrakter ved offentlige udbud lukker ikke for alle drøftelser omkring ordregiveres pligt til at acceptere udskiftninger. Dette skyldes primært to ting.

For det første er det stadig åbent, hvorvidt og i hvilken grad princippet om, at der ikke kan stilles krav til økonomiske aktørers retlige form, kan fastholdes pga. reglerne om udskiftning af støttende enheder. For det andet, hvis dette grundlæggende princip netop skal fastholdes, så rejses spørgsmålet, hvorvidt støtteenheder selv kan benytte sig af støtteenheder, og hvordan der ses på sådanne støtte-støtteenheder i relation til dels selvstændige krav, dels udskiftning.

Formentlig – og forhåbentlig – vil der blive skabt mere klarhed over reglerne, når EU-Domstolen afsiger sin dom i Rad Service-sagen, torsdag d. 3. juni 2021.

Litteraturliste

- Blume, Peter, "Retssystemet og juridisk metode", 2. udgave, 2014
- Fabricius, Jesper, "Den nye udbudslov", ET.2016.57.
- Hamer, Carina Risvig, "Grundlæggende udbudsret", 1. udgave, 2016
- Hamer, Carina Risvig, "Nyt udbudsdirektiv – væsentlige ændringer", ET.2014.145
- Hamer, Carina Risvig og Nielsen, Rasmus Horskjær, "Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?", UfR.2020B.114.
- Hansen, Carina Risvig, "Contracts not covered og nor fully covered by the Public Sector Directive", 1. Udgave, 2012
- Karnov, <https://www.karnovgroup.dk/>
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, "Gennemgang af reglerne om dokumentation", 24. februar 2020, Sag: 19/06285. Tilgængelig på https://www.kfst.dk/media/54605/gennemgang-af-reglerne-om-dokumentation_240220.pdf.
- Millet, T., "Rules of Interpretation of E.E.C. Legislation", i Statute Law Review 10(3)
- Mortensen, Bent Ole Gram, "Om proportionalitetsprincippet", 2007.
- Munk-Hansen, Carsten, "Retsvidenskabsteori", 2. udgave, 2018
- Ulla Neergaard og Ruth Nielsen, "EU-ret", 7. udgave, 2016
- Riis, Thomas og Trzaskowski, Jan, "Skriftlig Jura – den juridiske fremstilling", 1. udgave, 2013
- Rosenmeier, H. P., kommentarer til kendelser og domme på www.hpros.dk
- Rytter, Niels Karl Heilskov og Hansen, Rasmus Holm, "Økonomiske egnethedskrav i udbud", i UfR.2021B.34
- Steinicke, Michael, "Skal ordregiver finde sig i udskiftninger hos deltagerne?". Artiklen findes på: <http://publicure.dk/da/articles/201901/skal-ordregiver-finde-sig-i-udskiftninger-hos-deltagerne>
- Sørensen, Karsten Engsig, Nielsen, Poul Runge, Danielsen, Jens Hartig, "Uddrag af EU-retten", 6. udgave, 2014
- Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth, "Retskilder og retsteorier", 5. udgave, 2017
- Udbudslovsudvalgets rapport, Rapport fra Udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014, tilgængelig på: <https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/>.
- Grith Ølykke, Abnormally Low Tenders with an Emphasis on Public Procurement, 1. udgave, 2010
- Ølykke, Grith Skovgaard og Nielsen, Ruth, "EU's udbudsregler – i dansk kontekst", 2. udgave, 2017

Oversigt over sager

EU-Domstolens og Rettens sager

C-55/94, Reinhard Gebhard mod Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano

C-192/97, Straffesag mod Gunnar Nilsson, Per Olov Hagelgren og Solweig Arrborn

C-237/99, Kommissionen mod Frankrig

C-478/99, Kommissionen mod Sverige

C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta

C-57/01, Makedoniko Metro og Michaniki AE mod Elliniko Dimosio

C-21/03 og C-34/03, Fabricom SA mod den belgiske stat

T-59/05, Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen

C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig

C-538/07, Assitur Srl mod Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano

C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) mod Regione Marche

C-91/08, Wall AG mod Stadt Frankfurt am Main

C-95/10, Strong Segurança SA mod Município de Sintra og Securitas-Serviços e Tecnologia de Segurança.

C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie

C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA og Mannocchi Luigino DI mod Provincia di Fermo

C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S

C-358/12, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici mod Comune di Milano

C-234/14, Ostas celtnieks SIA mod Talsu novada pašvaldība Iepirkumu uzraudzības birojs

C-324/14, Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta

C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie

C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S mod Banedanmark

C-27/15, Pippo Pizzo mod CRGT Srl

C-171/15, Connexxion Taxi Services BV mod Nederlandene

C-199/15, Ciclat Soc. coop. mod Consip SpA, Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e furniture

C-298/15, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ

C-223/16, Casertana Costruzioni Srl mod Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti –
Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise og Agenzia
Regionale Campania per la Difesa del Suolo – A.R.Ca.Di.S
C-63/18, Vitali SpA mod Autostrade per l'Italia SpA
C-210/20: Rad Service Srl Unipersonale m.fl. mod Del Debbio SpA m.fl. (ikke afsagt endnu)

Klagenævnet for Udbuds kendelser

Kendelse af 28. januar 2014, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark (*fumus*)
Kendelse af 18. august 2014, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark (*beslutning om
præjudiciel forelæggelse*)
Kendelse af 9. januar 2017, Abena A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S
Kendelse af 20. juni 2017, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark
kendelse af 7. november 2017, Vojens Taxi og Servicetrafik ApS mod Midttrafik, Sydtrafik og
Fynbus
Kendelse af 18. januar 2019, ALSTOM Transport Danmark A/S mod DSB
Kendelse af 6. februar 2019, Brande Buslinier mod Midttrafik
Kendelse af 15. februar 2019, KONE A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S
Kendelse af 15. maj 2019, Salini Impregilo S.p.A. mod Metroselskabet I/S
Kendelse af 29. april 2020, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune
Kendelse af 19. juni 2020, Sweco Danmark A/S mod Faaborg-Midtfyn Kommune og FFV
Spildevand A/S
Kendelse af 2. juli 2020, Ørslev Servicetrafik A/S mod Høje-Taastrup Kommune
Kendelse af 27. januar 2021 Nordic Plates ApS mod Motorstyrelsen.
Kendelse af 7. april 2021, Babcock Scandinavian AirAmbulance AB mod Region Midtjylland,
Region Nordjylland, Region Syddanmark, Region Sjælland og Region Hovedstaden