

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Electrotecnica Artech Hermanos S.L.
(advokat Jesper Fabricius, Hellerup)

mod

Energinet Eltransmission A/S,
Energinet
og
Energinet Forretningsservice A/S
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Klagenævnet har den 4. november 2022 modtaget en klage fra Electrotecnica Artech Hermanos S.L. (herefter Artech).

Artech har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Energinet Eltransmission A/S, Energinet (herefter Energinet A) og Energinet Forretningsservice A/S (samlet herefter Energinet) har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-7, svarskrift med bilag A-H, replik og duplik med bilag I-J.

Klagens indhold

Arteche har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Energinet har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 36 ved at gennemføre det omhandlede udbud af ”Frame Agreement for instrument transformers” på en sådan måde, at der ikke er overensstemmelse mellem den enhed, som er ordregiver i henhold til udbuddet, den enhed, der har truffet tildelingsbeslutningen, den enhed, der indgås kontrakt med, og de enheder, der kan foretage anskaffelser i henhold til pkt. 1.4-1.5 i den udbudte ”Framework Agreement for Instrument Transformers – 145 KV, 170KV, 245 KV and 420 KV”.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Energinet har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 36 og forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 82 om tildeling af kontrakter ved at have tildelt Arteche en score på 2 for underkriteriet ”Contract terms”, idet Energinets evaluering på dette punkt er åbenbart urigtig.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Energinet har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 36 og forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 82 om tildeling af kontrakter ved at have tildelt Arteche en score på 2 for underkriteriet ”Contract terms”, mens tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver Siemens Energy A/S blev tildelt scoren 6 for samme underkriterium, idet der ikke var en sådan forskel mellem Arteches og Siemens Energy’s tilbud, at dette kunne begrunde en sådan forskel i evalueringen af de to tilbud.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere Energinets beslutning af 25. oktober 2022 om at tildele kontrakten til Siemens Energy A/S.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Energinets udbud ikke kan danne grundlag for indgåelse af en kontrakt mellem hverken Energinet Forretningsservice A/S og Siemens Energy A/S eller Energinet Eltransmission A/S og Siemens Energy A/S.

Påstand 6 (subsidiær til påstand 5)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at den udbudte ”Framework Agreement for Instrument Transformers – 145 KV, 170KV, 245 KV and 420 KV” ikke kan danne grundlag for indgåelse af konkrete aftaler om anskaffelse med andre end Energinet Eltransmission A/S.”

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

Andre oplysninger i sagen

Arteche har oplyst, at det er et spanskejet selskab, der udvikler udstyr og løsninger til el-industrien, herunder produktion, transmission og distribution.

Energinet har oplyst, at Energinet Eltransmission, der driver det danske el-transmissionsnet, er et 100 % ejet datterselskab af Energinet A, som ejer og driver den overordnede gas- og el-infrastruktur i Danmark. Energinet A ejes af den danske stat.

Det er videre oplyst, at Energinet-koncernen er organiseret således, at Energinet Forretningsservice understøtter Energinet-koncernen og koncernens forretningsenheder med bl.a. drift og udvikling inden for indkøbsområdet, herunder gennemførelse af EU-udbud og kontrakter. I en række tilfælde fungerer Energinet Forretningsservice som indkøbscentral for selskaberne i Energinet-koncernen.

Klagen vedrører Energinet Eltransmissions udbud af en rammeaftale om instrumenttransformatorer, der anvendes til at transformere spænding af strøm fra høje værdier i transmissions- og distributionssystemerne til lavere og mere anvendelige værdier.

Udbuddet er gennemført i henhold til en kvalifikationsordning omfattende ”Electrical machinery, apparatus, equipment and consumables; lighting” udbudt af indkøbscentralen Achilles Information AS ved bekendtgørelse nr. 2021/S 110-290369 af 4. juni 2021, offentliggjort den 9. juni 2021.

Ved meddelelse af 16. marts 2022 inviterede Energinet Eltransmission de virksomheder, der er optaget på kvalifikationsordningen under den relevante kategori for udbuddet ”3.5.21-Transformers – Voltage, and or 3.5.20-Transformers – Current” til at søge om prækvalifikation til at afgive tilbud på Energinet Eltransmissions kommende udbud af ”instrument transformers 145 kV, 170 kV, 245 kV and 420 kV”.

Af invitationen fremgår:

” ...

1.1 Contracting Authority

Energinet Eltransmission A/S

CVR nr.: 39 31 48 78

...

1.3 The object of the tender

The Contracting Authority wants to purchase instrument transformers on the voltage levels 145 kV, 170 kV, 245 kV and 420 kV.

The frame agreement is for capacitive voltage transformers, inductive voltage transformers and current transformers on the voltage levels 145 kV, 170 kV, 245 kV and 420 kV and combined transformers on the voltage levels 145 kV and 170 kV. What is considered similar to the tendered assignment is defined as “characteristics” parameters listed in ‘Reference sheet - instrument transformer, cf. row(s) 4 and 15 in the respective sheets.

The expected contract value is EUR 12.750.000, and the maximum value is EUR 25.500.000, The duration of the frame agreement is 4 years with the possibility to be extended two times, 3 years and 1 year.

...”

Energinet har oplyst, at fem virksomheder anmodede om prækvalifikation, og at fire af virksomhederne, herunder Artech og Siemens Energy A/S (herafter Siemens), blev prækvalificerede.

Udbuddet er gennemført som udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud på baggrund af bedste forhold mellem pris og kvalitet med underkriterierne ”Price” (vægt 70 %), ”Recycling” (vægt 10 %), ”Delivery time” (vægt 10 %) og ”Contract terms” (vægt 10 %).

Energinet Eltransmission udsendte den 8. juni 2022 udbudsmaterialet, herunder udbudsbetingelserne og rammeaftalen med underbilagene ”Agreement under framework agreement” og ”General Terms and Conditions for Purchase”. Det fremgår af både invitationen af 16. marts 2022 og udbudsbetingelserne, at Energinet Eltransmission er ordregivende myndighed, men i udkastet til rammeaftale og i underbilaget ”Agreement under framework agreement” er Energinet Forretningsservice anført som aftalepart.

Energinet har oplyst, at alle fire prækvalificerede virksomheder afgav et indledende tilbud ved tilbudsfristens udløb den 8. august 2022. To af de fire tilbudsgivere trak sig efter forhandlingsrunden og afleverede således ikke endelige tilbud. Ved udløb af fristen for afgivelse af endeligt tilbud den 30. september 2022 havde Arteché og Siemens afgivet tilbud.

Energinet meddelte den 25. oktober 2022 Arteché, at det var besluttet at tildele kontrakten til Siemens. Af Energinets evalueringsrapport, som var et bilag til underretningen om tildelingsbeslutningen, fremgår:

” ...

ELECTROTECNICA ARTECHE HERMANO S.L.						
Subcriterion	Sub Subcriterion	Weight	Interpolation	Price in EUR	Score	Points
Price		70%	50%	8.120.145	10,00	7,00
Recycling (10 %)		10%			8,00	0,80
Delivery time (10%):		10%			10,00	1,00
Contract terms (10%)		10%			2,00	0,20
Total score						9,00

Siemens Energy A/S						
Subcriterion	Sub Subcriterion	Weight	Interpolation	Price in EUR	Score	Points
Price		70%	50%	8.281.597	9,60	6,72
Recycling (10 %)		10%			10,00	1,00
Delivery time (10%):		10%			10,00	1,00
Contract terms (10%)		10%			6,00	0,60
Total score						9,32

Evaluation of subcriteria:

...

Evaluation of the subcriterion Contract terms (10%)

ELECTROTECNICA ARTECHE HERMANO S.L. has in total for the tender scored 2 points for the subcriterion. Points for the weighted sub-criterion is 0,2 points.

The submitted tender is of poor and insufficient quality and does not demonstrate the necessary security for fulfilling the task tendered. Significant deficiencies are thus identified in the tender, and it is thus uncertain whether the tender can be met satisfactorily.

Energinet recognizes that the tenderer has worked with their legal deviations during the tender process and have worked with the content and clarity of these.

For the sub-criteria “Contract terms”, it is a minimum requirement that the tenderer reaches a minimum score of 4 for the tender to be compliant

cf. the Tender Conditions. The score 4-6 is according to the Tender Conditions awarded a tender of “acceptable quality” that “demonstrates an immediate acceptable solution for the tendered assignment”.

The tenderer has submitted three (3) deviations all regarding total liability of either Party, under or in connection with the Agreement, product liability and indemnification. One of deviations is considered as not explicit and unclear in content, clarity and consequence, after which, Energinet according to the EU tender law is obligated to make a strict evaluation which is based on a worst-case scenario. Based on the wording of the deviation no. 301 regarding Sub-Clause 16.1 (Indemnification), Energinet have evaluated that the deviation is not clearly described; neither clear on how the tenderer intends to hold Energinet harmless from third party claims in connection with (ii) property damage caused by the Deliverables, the use of the Deliverables or arising in connection with the Installation of the Deliverables. Based on a worst-case scenario Energinet have evaluated that part of the Sub-Clause 16.1 is deleted, which has a very negative impact on the score because of the uncertainty of how this part will be regulated.

In addition, all of the tenderer’s deviations also intends to limit liability and shift the financial risk in favor of the tenderer, which as stated in the Tender Conditions is of particular importance in the evaluation. Within this category the deviations are among others a significantly reduction of total the total liability of either Party, under or in connection with the Agreement and a significantly reduction of the product liability. Based on the wording of the deviation no. 303 and 304, the total liability of either Party, under or in connection with the Agreement and incl. product liability cf. Clause 14, is capped to a sum equal to the total orders placed during the year. As mentioned at the negotiation meeting and stated at the clarification list under “Notes from meeting 29-08-2022”, Energinet did encourage the tenderer to offer a sum per year in regard to the Parties total liability, with the exception of Product Liability, cf. Clause 14, Indemnification cf. Clause 16 and Confidentiality, cf. Clause 20. Although the wording of the deviation no. 303 does not provide Energinet with enough security in relation to the total liability (read: amount), while it depends on how many orders and the content of the orders Energinet make per year. Based on a worst-case scenario where Energinet will or has only placed one order in the current year with a value on e.g. 18.000 EUR, when one of the transformers causes damages to and or destroys Energinet property. In this case, the total liability (read: amount) of the tenderer, will not at all match the potential loss Energinet can be meet with, caused by the defect in the transformers which the tenderer is liable for. Therefore, is has a very negative impact on the score and not something Energinet can accept.

Arteche's deviations to the Contract terms have been evaluated and summed up to that tender does not demonstrate the necessary security for fulfilling the task tendered. Therefore, after an overall evaluation, the tenderer is evaluated to obtain a score below 4 with the consequence of being non-compliant.

Siemens Energy A/S

Siemens Energy A/S has scored 6 points. Points for the weighted sub-criterion is 0,6 points.

The submitted tender is of acceptable quality and demonstrates an immediate acceptable solution for the tendered assignment, within which however room for significant improvement remains. Thus, a number of areas of importance are not fully adequately covered in the tender in terms of the content and complexity of the submitted assignment.

Energinet recognizes that the tenderer has worked a lot with their legal deviations during the tender process and have worked with the content and clarity of these.

However, the tenderer still has some deviations. The tenderer has made deviations regarding limitation of liability in relation to indirect and/or consequential loss and change to the payment and price regulation which does not have major impact on the evaluation. Further, the tenderer has made more deviations regarding limitation of total liability of the Parties, limitation of product liability and limitation of liability in connection with third party claims (indemnification), that intends to limit liability and shift financial risk, which as stated in the Tender Conditions is of particular importance in the evaluation.

However, after an overall evaluation, the submitted tender is found to be of acceptable quality, however room for improvement remains.”

Arteche har anført, at underretningen om tildelingsbeslutningen er underskrevet af Energinet A, men den er rettelig underskrevet af Energinet Procurement. Energinet har oplyst, at Energinet Forretningservice i daglig tale går under betegnelserne Energinets indkøbsafdeling eller Energinet Procurement.

Energinets evaluering af Arteches tilbud gav anledning til dialog mellem parterne. Ved brev af 31. oktober 2022 fremsatte Arteche indsigelser mod Energinets tildelingsbeslutning og anførte bl.a.:

”We would like to leave clear that our legal comments were forwarded

as proposals which could be negotiated in detail at a later stage to accommodate Energinet's interests. In other words, from our point of view it was not a closed document but open to, as usual in these processes, leave room for improvements in a final negotiation. If the whole problem generated by Arteches' offer is not having stated a concrete figure, it is something that can easily be corrected in that final phase with a slight modification of the text that clarifies it, since Arteches has no problem in assuming the commented figure.”

I forhold til Arteches påstand 1 har parterne i øvrigt henvist til udkastet til rammeaftale, hvor det fremgår bl.a.:

”1. Generally

...

1.4 The Framework Agreement is an inter-company agreement comprising the Buyer and other companies in which, Energinet SOV (Company reg. no. 28 98 06 71) or another company in the Energinet group at the time of the conclusion of the Framework Agreement – or during the term of the Framework Agreement – directly or indirectly (i) holds or acquires half or more than half of the capital or assets, or (ii) is authorized to exercise half or more than half of the voting rights or (iii) is entitled to manage the company's business regardless of the official name.

1.5 Companies that cease to be covered by the definition in Sub-Clause 1.4 or companies that are spun off from a company covered by the definition in Sub-Clause 1.4 can as part of a transition phase use the Framework Agreement up until 1 year after the date of cease.

...

1.8 The Framework Agreement is tendered by Energinet Forretningservice A/S on behalf of Energinet Eltransmission A/S, why Energinet Forretningservice A/S serves as a central purchasing body awarding the Framework Agreement and does not have any intend to enter into Agreements under the Framework Agreement. However, this does not remove Energinet Forretningservice A/S rights in the above Sub-Clauses 1.4 and 1.5.”

Arteches påstand 2 og 3 angår underkriteriet ”Contract terms”. Af udbudsbetingelsernes pkt. 3.1 fremgår:

”...

Contract terms (10%)

Documentation	Evaluation
<p>...</p> <p>For the evaluation of the sub-criteria the below should be enclosed:</p> <p>If the tenderer includes a list of proposed deviations to the attached contractual terms:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Framework Agreement (doc. no. 22/01356-21) • Agreement under Framework Agreement (doc. no. 22/01356-22), • Appendix 1: General Terms and Conditions for Purchase (doc. no. 22/01356-23) <p>the tenderer should use the Clarification List (doc. 22/01356-20).</p> <p>The proposed deviations to the contractual terms should be stated in the spreadsheet marked “Legal clarification” and should be explicit and with explanation as to why they are made.</p>	<p>.....</p> <p>The tendered assignment must be performed on the basis of the attached contract terms. The tenderer may, however, suggest explicit and well-explained deviations to the contractual terms which the Contracting Authority has identified as competitive criteria’s below:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Framework Agreement (doc. no. 22/01356-21): <ul style="list-style-type: none"> ○ Sub-Clauses 5.2 and 5.3 (<i>Price regulation</i>) ○ Sub-Clauses 10.4, 10.5, 10.6 & 10.7 (<i>Termination</i>) • In Appendix 1: In General Terms and Conditions for Purchase (doc. 22/01356-23) and, where relevant, same Clauses and Sub-Clauses in the Agreement under the Framework Agreement (doc. no. 22/01356-22): <ul style="list-style-type: none"> ○ Clause 2 (Requirements), except for sub-clause 2.3 ○ Sub-Clause 4.5 (Advance payment guarantee), except for what is stated above under sub-section 2.7.1 (Tenderer’s reservations) ○ Clause 8 (Time of Delivery) ○ Clause 10 (Intellectual property rights) ○ Clause 11 (Late-delivery or non-delivery) ○ Clause 12 (Defects and remedies) ○ Clause 13 (Limitation of liability) ○ Clause 14 (Product liability) ○ Clause 15 (Insurance) ○ Clause 16 (Indemnification) ○ Clause 17 (Performance guarantee), except for what is stated above under sub-section 2.7.1 (Tenderer’s reservations) ○ Sub-Clause 19.4 (HSE requirements) ○ Clause 23 (Termination) <p>These will be included in the evaluation of the sub-criterion “Contract terms” and it is noted that any deviations may lead to a reduction to the score depending on the content, clarity, and consequence. In this regard it is explicitly noted that deviations which intends to limit liability and shift the financial risk in favor of the tenderer will be of particular importance in the evaluation.</p> <p>No deviations, and thereby absolute fulfillment of the contract terms, will result in the maximum score of 10. An overall evaluation will be made of this sub-criterion.</p> <p>A minimum score of 4 must be achieved, cf. sub-section 2.7.1</p>

...”

Tilbudsgiverne kunne således komme med forslag til afvigelser til kontraktvilkår i dokumenterne 1) ”Framework Agreement (doc. no. 22/01356-21)”, 2) ”Agreement under Framework Agreement (doc. no. 22/01356-22)” og 3) ”Appendix 1: General Terms and Conditions for Purchase (doc. no. 22/01356-23)”. Det fremgår desuden, at tilbudsgiverne skulle benytte bilaget ”Clarification List (doc. 22/01356-20)” ved afvigelser fra kontraktvilkårene. Det var et krav, at der som minimum blev opnået en score på 4 i forhold til underkriteriet ”Contract Terms”.

Af General Terms and Conditions for Purchase fremgår:

”...

13. Limitation of liability

13.1 Neither Party shall be liable for loss of profit or any indirect or consequential loss, with the exception of Indemnification, cf. Clause 16 and Confidentiality, cf. Clause 20.

13.2 Unless otherwise specified in the Agreement under Contract Data, the total liability of either Party, under or in connection with the Agreement, shall not exceed a sum equal to 3 times the Contract Prices with the exception of Product Liability, cf. Clause 14, Indemnification cf. Clause 16 and Confidentiality, cf. Clause 20.

...

14. Product liability

14.1 Seller is liable for Buyer’s loss caused by a defect in the Deliverables (product liability) according to Danish law and without the limitations in Clause 13.

14.2 Seller is not liable for Buyer’s loss of profit or any indirect or consequential loss. If Buyer incurs a product liability, Clause 16 regarding indemnification shall apply.

...

16. Indemnification

16.1 Without the limitations in Sub-Clauses 13.1 and 13.2, Seller shall defend and hold Buyer harmless from all third party claims including but not limited to the event that Buyer becomes subject to any

product liability and/or for any third party claim(s) or any loss suffered by Buyer because of or in connection with (i) bodily injury, disease or death and (ii) property damage caused by the Deliverables, the use of the Deliverables or arising in connection with the Installation of the Deliverables, cf. Clause 6.

...”

Arteches tilbud

Energinet har oplyst, at Arteche i sit indledende tilbud havde anført følgende til pkt. 16.1 i General Terms and Conditions for Purchase: ”Arteche cannot accept unlimited liabilities”. Forud for et forhandlingsmøde den 6. september 2022 sendte Energinet Forretningsservice følgende bemærkninger til Arteche til virksomhedens afvigelse til pkt. 16.1:

”Please elaborate on tenderer’s position.

E.g. Energinet cannot accept that third party bodily injury, disease or death is capped, and such a cap would render the tenderer non-compliant if proposed.

Energinet is willing to discuss a cap on third party property damage, however, the lower cap introduced, the more negative impact it will have on the score. E.g. limitation to the offered insurance coverage on DKK 20.000.000 is acceptable but still low, especially if both direct and indirect losses are included.

To be further discussed.

Please specify the deviation in the revised tender and highlight where to add the proposed deviation for Energinet to make the best and most accurate evaluation possible. If a deviation or clarification is unclear, Energinet is forced to make a strict evaluation based on worst case scenario.

Also, be aware that this deviation intends to limit liability and shift the financial risk in favor of the tenderer. Therefore, reference is made to the Tender Conditions which states that such deviation is of particular importance in the evaluation.”

Det fremgår af referatet fra forhandlingsmødet den 6. september 2022, at Arteches afvigelser til de generelle købsbetingelser blev drøftet:

”The Parties discussed the deviation and Energinet stressed, that Energinet cannot accept a cap to the first part of the clause regarding “i) third

party bodily injury, disease or death”, and such a cap would render the tenderer non-compliant.

Seller must make a specific wording of the clause e.g. including a cap on second part of the clause “(ii) property damage caused by the Deliverables, the use of the Deliverables or arising in connection with the Installation of the Deliverables”. The lower cap the more negative impact it will have on the score.”

Arteche har i bilaget ”Clarification List” til sit endelige tilbud foretaget afvigelser til pkt. 13.2, 14.1, 14.2 og 16.1 i General Terms and Conditions for Purchase. Energinet har foretaget følgende sammenstilling:

Punkt	General terms and conditions	Arteches tilbud
13.2	Unless otherwise specified in the Agreement under Contract Data, the total liability of either Party, under or in connection with the Agreement, shall not exceed a sum equal to 3 times the Contract Prices with the exception of Product Liability, cf. Clause 14, Indemnification cf. Clause 16 and Confidentiality, cf. Clause 20.	Item no. 303: <i>“13.2 The total liability of either Party, under or in connection with the Agreement shall not exceed a sum equal to the total orders placed during the year with the exception of Indemnification cf. Clause 16 and Confidentiality, cf. Clause 20”</i>
14	Product liability	
14.1	Seller is liable for Buyer’s loss caused by a defect in the Deliverables (product liability) according to Danish law and without the limitations in Clause 13.	Item no. 304: <i>“14.1 Seller is liable for Buyer’s loss caused by a defect in the Deliverables (product liability) with the limitations in Clause 13. 14.2 Seller is not liable for Buyer’s loss of profit or any indirect or consequential loss”</i>
14.2	Seller is not liable for Buyer’s loss of profit or any indirect or consequential loss. If Buyer incurs a product liability, Clause 16 regarding indemnification shall apply.	
16	Indemnification	

16.1	Without the limitations in Sub-Clauses 13.1 and 13.2, Seller shall defend and hold Buyer harmless from all third party claims including but not limited to the event that Buyer becomes subject to any product liability and/or for any third party claim(s) or any loss suffered by Buyer because of or in connection with (i) bodily injury, disease or death and (ii) property damage caused by the Deliverables, the use of the Deliverables or arising in connection with the Installation of the Deliverables, cf. Clause 6.	Item no. 301: <i>“16.1. Without the limitations in Sub-Clauses 13.1 and 13.2, Seller shall defend and hold Buyer harmless from third party claims because of or in connection with bodily injury, disease or death”</i>
------	--	--

Siemens tilbud

Det fremgår af evalueringsrapporten, at Siemens i sit tilbud havde afvigelser til General Terms and Conditions for Purchase. Energinet har foretaget følgende relevante sammenstilling:

Punkt	General terms and conditions	Siemens' tilbud
13.1	Neither Party shall be liable for loss of profit or any indirect or consequential loss, with the exception of Indemnification, cf. Clause 16 and Confidentiality, cf. Clause 20.	Item no. 301: Please replace clause 13.1 by the following wording: <i>“Neither party shall be liable for loss of production, loss of use of equipment, loss of power, cost of purchase or replacement power or any other indirect or consequential loss or damage with the exception of Confidentiality cf. Clause 20.”</i>
13.2	Unless otherwise specified in the Agreement under Contract Data, the total liability of either Party, under or in connection with the Agreement, shall not exceed a sum equal to 3 times the Contract	Item no. 302: In Clause 13.2 please delete following <i>“Product Liability, cf. Clause 14, Indemnification cf. Clause 16 and”</i>

	Prices with the exception of Product Liability, cf. Clause 14, Indemnification cf. Clause 16 and Confidentiality, cf. Clause 20.	
14	Product liability	
14.1	Seller is liable for Buyer's loss caused by a defect in the Deliverables (product liability) according to Danish law and without the limitations in Clause 13.	Item no. 303: In 14.1 please replace " <i>without the limitations in Clause 13</i> " with " <i>with the limitations in Clause 13.1 and 15.1</i> "
16	Indemnification	
16.1	Without the limitations in Sub-Clauses 13.1 and 13.2, Seller shall defend and hold Buyer harmless from all third party claims including but not limited to the event that Buyer becomes subject to any product liability and/or for any third party claim(s) or any loss suffered by Buyer because of or in connection with (i) bodily injury, disease or death and (ii) property damage caused by the Deliverables, the use of the Deliverables or arising in connection with the Installation of the Deliverables, cf. Clause 6.	Item no. 304: In the end of Clause 16.1 please add: " <i>However any liability for (ii) property damages shall be limited to the insurance value cf. Clause 15.1</i> "
16.2	Seller shall, without the limitations in Sub-Clauses 13.1 and 13.2, defend and hold Buyer harmless in case of pollution, including all cleaning and removal costs, caused by the Deliverables, the use of the Deliverables or arising in connection with the Installation of the Deliverables, cf. Clause 6.	Item no. 305: In the first sentence of Clause 16.2 please replace " <i>without the limitations in clause 13.1 and 15.1</i> " with " <i>with the limitations</i> "

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

Arteche har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Energinet har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Arteche gjort gældende, at der er en sådan uklarhed og uigennemsigthed om, hvem der er ordregiver, og en sådan tydelig uoverensstemmelse mellem den ordregivende myndighed og den, som kontrakten påtænkes indgået med, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 er overtrådt. I invitationsbrevet og i udbudsbetingelserne er Energinet Eltransmission anført som ordregivende myndighed, mens Energinet Forretningsservice i udkastet til rammeaftale og i underbilaget ”Agreement under framework agreement” er anført som kontraktpart.

Tildelingsbeslutningen fremtræder som truffet af Energinet A. Der er ingen henvisning i underretningen til, at den er udfærdiget af Energinet Forretningsservice på vegne af en anden enhed. Det har desuden ikke været entydigt, at ”Energinet Procurement” er den samme juridiske enhed som Energinet Forretningsservice, og at denne juridiske enhed i udbuddet alene skulle optræde som udbudsrådgiver for Energinet Eltransmission. Der er således ikke i underretningen en angivelse af, at Energinet Procurement alene optræder som rådgiver.

Identiteten af den part, der indgås kontrakt med som køber/kunde, er et afgørende element i, hvad der udbydes. En kontrakt, der udbydes med Energinet Forretningsservice som kontraktpart, er således en kvalitativt anden kontrakt end en kontrakt, der udbydes med Energinet Eltransmission som kontraktpart.

Arteche bestrider, at angivelsen af Energinet Forretningsservice som kontraktpart blot er en ”forglemmelse”. Arteche er desuden ikke enig i, at pkt. 1.8 i udkastet til rammeaftale gør det klart, at Energinet Eltransmission er den ordregivende myndighed i forhold til den udbudte kontrakt.

Hvis klagenævnet finder, at det er klart, at Energinet Procurement er Energinet Forretningsservice, medfører det ikke, at der er klarhed over, hvem der er

ordregiver og/eller kontraktpart, idet det blot gør det endnu mere uigennemsigtigt, om Energinet Forretningsservice er ordregiver og/eller kontraktpart, herunder om Energinet Forretningsservice i udbuddet optræder som ordregiver i sin egenskab af ”central purchasing body”, jf. pkt. 1.8 i udkastet til rammeaftale.

Hertil kommer, at rammeaftalen med pkt. 1.4 og 1.5 generelt åbner for, at alle enheder, der er tilknyttet Energinet A, kan foretage anskaffelser under rammeaftalen, hvilket er i strid med de udbudsretlige regler. Energinet har udbudt en kontrakt, der efter sit indhold tilsigter at kunne benyttes af samtlige selskaber, som har den forbindelse til Energinet A, som er anført i pkt. 1.4. Dette bidrager til, at det er uklart, (i) hvem der reelt er ordregiver i henhold til udbuddet, (ii) hvem der er kontraktpart i rammeaftalen, og (iii) hvem der kan indgå aftaler i henhold til rammeaftalen.

Energinet har herefter handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at udbyde en kontrakt, der utvetydigt tilsigter, at kontrakter i henhold til den udbudte rammeaftale kan indgås med andre end den part, der står anført som kontraktpart i den udbudte kontrakt, og som har foretaget udbuddet.

Særligt vedrørende påstand 1 har Energinet gjort gældende, at der ikke var uklarhed eller uigennemsigtigt om, hvem der er ordregiver. Energinet Eltransmission er således entydigt angivet som ordregivende myndighed i både invitationen til at søge om prækvalifikation og i udbudsbetingelserne. Det forhold, at Energinet Forretningsservice ved en fejl er angivet som part i rammeaftalen og i underbilaget ”Agreement under framework agreement”, indebærer ikke, at tilbudsgiverne kan have været i berettiget tvivl om, at Energinet Eltransmission var ordregiver. Energinet Eltransmission er desuden angivet som ordregiver i rammeaftalens pkt. 1.8.

Energinet Forretningsservice ved Energinets indkøbsafdeling (Energinet Procurement) har været udbudsrådgiver for Energinet Eltransmission på udbuddet, og det beror alene på en forglemmelse, at Energinet Forretningsservice ikke i forbindelse med udbuddet er blevet erstattet af Energinet Eltransmission som part i henholdsvis rammeaftalen og i underbilaget ”Agreement under framework agreement”. Det forhold, at underretningen om tildelingsbeslutningen er udfærdiget på Energinets brevpapir, som anvendes for hele

Energinet-koncernen, er heller ikke egnet til at skabe tvivl i forhold til Energinet Eltransmissions rolle som ordregivende myndighed. Det fremgår, at underretningen er underskrevet af Energinet Procurement og dermed af Energinet Eltransmissions udbudsrådgiver på udbuddet.

For at overholde principperne om ligebehandling og gennemsigtighed er det under alle omstændigheder tilstrækkeligt at angive de ordregivende myndigheder, som kan trække på rammeaftalen, i selve rammeaftalen, jf. EU-Domstolens dom af 19. december 2018 i sag C-216/17, *Autorità*, præmis 55 og 56. Det er derfor ikke en tilsidesættelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, at Energinet Forretningsservice er anført som part i rammeaftalen.

En ordregiver kan fungere som indkøbscentral for en anden ordregiver og dermed udbyde kontrakten på den pågældende ordregivers vegne, ligesom én ordregiver kan forvalte udbudsproceduren på vegne af andre ordregivende enheder, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 56, stk. 2.

Energinet er berettiget til at ændre i henholdsvis rammeaftalen og indkøbskontrakten, så Energinet Eltransmission angives som aftalepart i disse kontrakter i overensstemmelse med det anførte i invitationen til at ansøge om prækvalifikation og i udbudsbetingelserne. Energinet er ikke uenig i, at en kontrakt, ”der udbydes med Energinet Forretningsservice A/S som kontraktpart”, kan være ”en kvalitativt anden kontrakt end en kontrakt, der udbydes med Energinet Eltransmission A/S om kontraktpart”. Faktum i denne sag er imidlertid, at kontrakten er udbudt med Energinet Eltransmission som ordregivende myndighed og dermed kontraktpart.

Under hensyn til, at Energinet Eltransmission er anført som ordregivende myndighed i 1) invitationen til at søge om prækvalifikation, 2) udbudsbetingelserne og 3) rammeaftalens pkt. 1.8, har det ikke haft betydning for tilbudsgivernes interesse for udbuddet eller indholdet af de afgivne tilbud og dermed den trufne tildelingsbeslutning, om det var Energinet Eltransmission, Energinet Forretningsservice eller et tredje selskab i Energinet-koncernen, som var angivet som formel aftalepart i henholdsvis udkastet til rammeaftale og underbilaget ”Agreement under framework agreement”. Det afgørende er således alene aftalens materielle indhold.

Det er ikke ”i strid med de udbudsretlige regler”, at det af rammeaftalens pkt.

1.4 og 1.5 følger, at samtlige selskaber i Energinet-koncernen kan benytte rammeaftalen. Energinet Eltransmission kan således i lighed med Energinet Forretningsservice fungere som indkøbscentral for de øvrige selskaber i Energinet-koncernen, jf. også definitionen af indkøbscentraler i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 2, nr. 12. Indholdet af rammeaftalens pkt. 1.4, hvorefter alle selskaber i Energinet-koncernen kan benytte rammeaftalen, er en tilstrækkelig præcis angivelse af rammeaftalens parter. Dette støttes af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 26. september 2011, TDC A/S mod Økonomistyrelsen, og af forarbejderne til udbudslovens § 96, der implementerer udbudsdirektivets artikel 33, stk. 2, som svarer til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 51, stk. 2.

Særligt vedrørende påstand 2 har Arteche gjort gældende, at den evaluering, som Energinet har foretaget af virksomhedens tilbud, er åbenbart urigtig. Energinet har i evalueringsrapporten fremhævet, at Arteches bemærkninger til pkt. 16 i General Terms and Conditions må forstås som en fuldstændig fravigelse af betingelsernes pkt. 16. Dette er ikke tilfældet. Efter sammenhængen er det således tydeligt, at Arteche på baggrund af Energinets tidligere bemærkninger blot har fremhævet, at ansvaret for personskade ikke er undergivet nogen form for ansvarsbegrænsning.

Arteche anerkender, at en ordregiver efter klagenævnspraksis har et vidt skøn, men særligt under de foreliggende omstændigheder, hvor ordregiverens skøn fører til udelukkelse, må der stilles skærpede krav til sikkerheden i, at skønnet er udøvet på et forsvarligt grundlag. Dette er ikke tilfældet.

Ad pkt. 13

Energinet har i evalueringen af Arteches afvigelser lagt til grund, at Arteches ansvar som følge af formuleringerne kan være helt ubetydeligt, og anvender et eksempel med 18.000 euro. Det er åbenbart uberettiget at anse Arteches formuleringsforslag som svarende til en ansvarsbegrænsning på 18.000 euro. Den udbudte kontrakt er således en fireårig rammeaftale med et forventet indkøb på mellem 12.750.000 euro og 25.500.000 euro. Blot ved en simpel ligelig fordeling af det forventede mindstekøb over kontraktperioden svarer det til minimum 3.187.500 euro pr. år under kontraktperioden. Hvis det faktiske indkøb rammer maksimum på 25.500.000 euro, svarer det til 6.375.000 euro pr. år.

Der er derfor ikke grundlag for at antage, at Arteches foreslåede ansvarsbegrænsning skulle svare til et ansvar på 18.000 euro. Energinet har anlagt en åbenbart urigtig vurdering af Arteches ansvarsbegrænsning, der uretmæssigt har ført til, at Arteche er blevet udelukket fra udbuddet, selv om Arteche har tilbudt den laveste pris i et udbud, hvor pris vægter 70 %.

Ad pkt. 14

Arteches afvigelser indebærer alene, at Arteches ansvar for materiel skade er begrænset som anført i pkt. 13, og Arteche kan derfor henvise til bemærkningerne ovenfor til pkt. 13.

Energinet har anført, at Arteches afvigelser også skulle kunne forstås som en afvigelse fra kravet om, at produktansvaret skal afgøres i henhold til dansk ret. Henset til de utvetydige bestemmelser i bl.a. pkt. 24.1 i General Terms and Conditions om dansk ret må det anses som åbenbart urigtigt.

Det kan heller ikke antages, at implementering af Arteches afvigelse af pkt. 14.2 skulle kunne have den konsekvens, at Arteches ansvar efter pkt. 16 ikke skulle omfatte indirekte tab. Arteches formulering af pkt. 16.1 anfører således, at ansvaret er ”without the limitations in Sub-clauses 13.1 and 13.2”. Fraskrivelsen af det indirekte tab i pkt. 13.1 gælder derfor ikke Arteches ansvar efter pkt. 16.

Ad pkt. 16

Energinet har i evalueringsrapporten fremhævet, at Arteches afvigelser må forstås som en fuldstændig fravigelse af pkt. 16 i General Terms and Conditions. Dette er ikke tilfældet. Efter sammenhængen er det således tydeligt, at Arteche på baggrund af Energinets tidligere bemærkninger blot har fremhævet, at ansvaret for personskade ikke er undergivet nogen form for ansvarsbegrænsning.

Arteche kan ikke i sin aftale med Energinet fravige det ansvar, som Arteche vil have direkte over for tredjemand, hvad enten dette angår personskade eller materiel skade. Arteche vil derfor være erstatningsansvarlig uden nogen form for begrænsning i forhold til tredjemand, som måtte rejse et krav mod Arteche.

Arteche har desuden ikke haft afvigelser til General Terms and Conditions pkt. 15 om forsikringsdækning. Et krav fra tredjemand, hvad enten det angår

personskade eller materiel skade, vil således være omfattet af Arteches forsikringsdækning op til en sum på minimum 20 mio. kr.

Pkt. 16 er alene relevant i det helt særlige tilfælde, hvor en tredjemand udelukkende rejser sit krav mod Energinet, og der er i øvrigt ikke noget, som forhindrer Energinet i at gøre tredjemand opmærksom på, at tredjemand (også) kan rejse kravet mod Arteché. Pkt. 16 må således anses for at have en meget begrænset rækkevidde.

I den oprindelige ordlyd er pkt. 16 en undtagelse fra ansvarsbegrænsningerne i pkt. 13.1 og 13.2. Undtagelsen omfatter både personskade m.v. og materiel skade. Ved Arteches afvigelse ændres undtagelsen, så den kun omfatter personskade m.v. Det følger heraf, at undtagelsen får et snævrere indhold, men der er helt åbenbart ikke herved foretaget nogen ændring af det generelle ansvar for Arteché. For så vidt angår ansvaret for tredjemands "Property Damage" følger det derfor af kontraktens øvrige bestemmelser, at Arteché vil være ansvarlig efter dansk rets almindelige regler alene med de begrænsninger, som måtte følge af pkt. 13 og 14. Hertil kommer, at et krav fra tredjemand vedrørende "Property Damage" vil være omfattet af Arteches forsikring, jf. pkt. 15.

Hvis Arteches afvigelse til pkt. 16 implementeres i General Terms and Conditions, vil Arteché ikke kunne gøre gældende, at Arteché ikke har et ansvar for tredjemands "Property Damage". Det er på den baggrund et åbenbart urigtigt skøn, når Energinet i sin evaluering har lagt til grund, at Arteché med sin afvigelse ikke har ansvar for tredjemands "Property Damage".

Særligt vedrørende påstand 2 har Energinet gjort gældende, at en ordregiver har en væsentlig skønmargin ved vurderingen af de kvalitative elementer i et tilbud, og klagenævnet kan udelukkende tilsidesætte evalueringsskønnet, hvis ordregiveren åbenbart har overskredet de vide grænser, der gælder for skønnet, eller har handlet usagligt. Disse vide rammer for ordregiverens skøn gælder også ved vurderingen af en tilbudsgivers tilbud i forhold til et underkriterium omfattende kontraktvilkår.

Det forhold, at en tilbudsgiver, der ikke opnår minimumsscoren på 4 i forhold til underkriteriet "Contract terms", ikke kan få tildelt kontrakten, indebærer ikke, at der kan stilles skærpede krav til ordregiverens skøn. Der er ikke

hjemmel til en sådan fortolkning i praksis fra EU-Domstolen eller fra Klagenævnet for Udbud eller til en sådan antagelse i de almindelige forvaltningsretlige og offentligretlige regler.

Det er inden for rammerne af en ordregivers skøn, at Energinet har vurderet Arteches afvigelser til General Terms and Conditions ud fra et ”worst-case scenario”. En tilbudsgiver bærer risikoen for udformningen af sit tilbud og dermed risikoen for uklare formuleringer.

Arteche var ifølge sine indsigelser/bemærkninger i brev af 31. oktober 2022 opmærksom på, at virksomhedens afvigelser til General Terms og Conditions var upræcise eller ufuldstændige.

Ved at sammenholde Arteches Clarification List med afvigelser i forhold til Energinets General Terms and Conditions for Purchase må Arteches tilbud forstås således, at formuleringerne i Clarification List erstatter hele det pkt., afvigelsen relaterer sig til, medmindre andet eksplicit fremgår af tilbuddet. Klagenævnet kan derfor lægge til grund, at Arteche har foretaget følgende fravigelser af ansvarsbegrænsningerne i General Terms and Conditions:

Ad pkt. 13.2

Ansaret for et indkøb under rammeaftalen er ændret fra 3 gange kontraktprisen til den samlede kontraktsum for ordre indkøbt ”during the year”. Denne ansvarsbegrænsning vil være mindre end den forudsatte ansvarsbegrænsning i de generelle købsbetingelser, i det omfang der udelukkende indkøbes én ordre i det pågældende år eller summen af de øvrige ordrer i det pågældende år er mindre end 2 gange indkøbsprisen for den pågældende ordre.

Desuden har Arteche slettet ”Unless otherwise specified in the Agreement under the Contract Data” og undtagelsen ”Product Liability”, hvilket indebærer, at den tilbudte ansvarsbegrænsning – i modsætning til det forudsatte i pkt. 13.2 – ligeledes omfatter produktansvar.

Desuden er det ikke i Arteches tilbud klart, hvordan ”during the year” skal forstås. Det er således uklart, om ”during the year” skal forstås som det pågældende kalenderår eller som en 12 måneders periode. Det er også uklart, om der med ”during the year” refereres til det år, hvor indkøbet er foretaget, eller om der refereres til det år, hvor skaden indtræder.

Den udbudte rammeaftale er ikke en forpligtende rammeaftale, og tilbudsgiverne er derfor ikke sikret, at Energinets indkøb af instrumenttransformatorer sker via rammeaftalen. "Worst-case scenarioet" er derfor, at Energinet vælger kun at anvende rammeaftalen en gang "during the year", og at indkøbet i den forbindelse er den instrumenttransformer med den laveste pris. Den instrumenttransformer, som Arteché har anført den laveste pris for, er en 145 kV "inductive voltage transformer" til en pris på 5.415 euro. Da Energinets stationer er trefasede, vil et indkøb bestå af tre instrumenttransformere, svarende til en samlet kontraktsum på knap 17.000 euro.

Det er uden betydning, at Arteché har en forsikringsdækning på op til 20 mio. kr. En forsikringsdækning udvider ikke en ansvarsbegrænsning, og det har derfor heller ikke været relevant at tillægge størrelsen af forsikringsdækningen betydning, da Artechés ansvar som alt overvejende hovedregel ikke vil kunne overstige den aftalte ansvarsbegrænsning.

Ad pkt. 14.1

Artechés tilbud indebærer, at det forudsatte ubegrænsede produktansvar ændres, således at Artechés uklare ansvarsbegrænsning i henhold til pkt. 13.2 også omfatter Artechés produktansvar over for Energinet.

Derudover indebærer Artechés tilbud en afvigelse over for kravet om, at produktansvaret skal afgøres i henhold til dansk ret, uden det dog er tydeliggjort, hvad der ligger i denne afvigelse, herunder et alternativt lovvalg i forhold til fastlæggelse af produktansvaret.

Ad pkt. 14.2

Artechés afvigelse indebærer, at henvisningen til pkt. 16 vedrørende Energinets produktansvar over for tredjemand som følge af Artechés forhold er slettet. Det er uklart, hvad Artechés hensigt hermed er, men forholdet må mest naturligt forstås således, at Arteché i forhold til skadesløsholdelse af Energinet for produktansvaret over for tredjepart ikke er forpligtet til at skadesløsholde Energinet for tredjeparts indirekte tab.

Ad pkt. 16.1

Pkt. 16 vedrører ikke tilbudsgiverens produktansvar direkte over for tredjemand, men derimod tilbudsgiverens forpligtelse til at friholde Energinet for et produktansvar, som Energinet bliver pålagt over for tredjemand som følge

af tilbudsgiverens forhold. Arteches afvigelse indebærer, at Arteches forpligtelse til at godtgøre Energinet for et produktansvar, som Energinet bliver pålagt som følge af Arteches forhold/et leveret produkt, begrænser sig til personskade og ikke som forudsat i General Terms and Conditions pkt. 16.1 ethvert ansvar.

Det er desuden uklart, hvordan Arteche forholder sig til skadesløsholdelse af Energinet for tredjeparts indirekte tab, eftersom Arteche i sin afvigelse til pkt. 16.1 har anført, at ansvarsbegrænsningen i pkt. 13.1, som netop omfatter det indirekte tab, ikke finder anvendelse i forhold til skadesløsholdelse for tredjeparts personskade, men samtidig i pkt. 14.2, jf. ovenfor, har slettet henvisningen til pkt. 16.

Det har formodningen imod sig, at Arteche ikke skulle have haft til hensigt at fraskrive sig en forpligtelse til at friholde Energinet fra ”Property Damage”, da Arteches præcisering ellers ville have været unødvendig. Energinet kan ikke forhindre tredjemand i at rejse et krav mod Energinet frem for mod Arteche. Endelig er det irrelevant, om et ansvar for ”Property Damage” ville være omfattet af Arteches forsikring, da forsikringen som nævnt ovenfor alene er relevant i det omfang, Arteche kan pålægges et ansvar i forhold til Energinet.

Det kan sammenfattende konstateres, at Arteche har begrænset sit samlede ansvar på en uklar måde. Der er tale om en uacceptabel begrænsning af Arteches ansvar. Da Arteches ansvarsbegrænsninger er uklare med en deraf følgende usikkerhed i forhold til konsekvenserne af den anførte ansvarsbegrænsning, har Energinet Forretningsservice været forpligtet til at foretage en restriktiv vurdering af Arteches tilbud.

Særligt vedrørende påstand 3 har Arteche gjort gældende, at Energinet har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at have tildelt Siemens’ tilbud en score på 6, mens Arteches tilbud alene er tildelt en score på 2 for lignende ansvarsbegrænsninger.

Energinet har vurderet, at Siemens’ afvigelse til prisreguleringsbestemmelsen ikke flytter den finansielle risiko til fordel for Siemens. Det har dog formodningen imod sig, at Siemens skulle foreslå en ændret prisreguleringsklausul, uden at formålet derved har været at stille Siemens bedre end klausulen i udkastet til rammeaftale. Siemens’ prisreguleringsklausul bør føre til

en reduktion i Siemens' score som følge af dens "content, clarity, and consequence", herunder – men ikke kun – fordi den tilsigter eller har som konsekvens at "limit liability and shift the financial risk in favor of the tenderer", jf. udbudsbetingelsernes pkt. 3.1.

Ad pkt. 13

Siemens' afvigelser er væsentligt mere vidtgående end Arteches. Siemens fraskriver sig således ikke kun ansvar for indirekte tab i traditionel forstand, men også for en række andre tabstyper, som ikke nødvendigvis i sædvanlig forstand vil blive betragtet som indirekte tab.

Siemens' fjernelse af henvisningen til pkt. 16 i pkt. 13.1 sammenholdt med Siemens ændring af pkt. 13.2 og pkt. 16 har tydeligt som konsekvens, at Siemens ikke har noget ubegrænset ansvar for personskade.

Ad pkt. 14

Siemens afvigelser indebærer, at Siemens begrænser sit ansvar for produktansvar, således at Siemens' udvidede ansvarsbegrænsning i pkt. 13.1 også finder anvendelse på Siemens produktansvar.

Ad pkt. 16

Siemens har med afvigelsen begrænset sit ansvar for "Property Damage" til forsikringssummen. Dette adskiller sig ikke fra Arteches ansvar, da Arteche også er forsikringsdækket i henhold til pkt. 15, som Arteche ikke har haft ændringer til. Det er således udtryk for en åbenbar forskelsbehandling og et åbenbart urigtigt skøn, at Energinet har anset Siemens' tilbud som bedre end Arteches på dette punkt.

Pkt. 16 er i øvrigt en undtagelse til pkt. 13 og 14. Siemens har ved sine afvigelser til pkt. 13 og 14 foretaget væsentlige begrænsninger i sit ansvar i henhold til pkt. 13 og 14. Dette opvejes ikke af, at Siemens i sin afvigelse til pkt. 16 begrænser sit ansvar yderligere til forsikringssummen. Som følge af Siemens' afvigelser til pkt. 13 og 14 vil et ansvar for Siemens i mange af de praktisk forekommende tilfælde slet ikke blive omfattet af pkt. 16, fordi det udelukkes/afskæres allerede som følge af pkt. 13 og 14.

Siemens har i øvrigt foretaget en markant begrænsning af sit ansvar for forurening, da Siemens har begrænset sit ansvar efter pkt. 16.2, så Siemens hverken har ansvar for de tabstyper, som er omfattet af pkt. 13.1 eller udover

forsikringssummen i pkt. 15.1. Arteches har ikke afvigelser til pkt. 16.2 og har dermed påtaget sig fuldt ansvar for forurening.

Det kan sammenfattende konstateres, at Energinet har anvendt vidt forskellige standarder ved bedømmelsen af Arteches og Siemens' afvigelser til kontrakten. Siemens' afvigelser er vurderet lempeligt, hvor alle uklarheder og ansvarsbegrænsninger er fortolket til fordel for en bedre evaluering af Siemens' afvigelser, mens alle formuleringer i Arteches tilbud er fortolket som uklare eller ansvarsbegrænsende til skade for evalueringen af Arteches tilbud.

Særligt vedrørende påstand 3 har Energinet gjort gældende, at Energinet har handlet inden for rammerne af sit saglige skøn ved at tildele Siemens' tilbud 6 point i henhold til underkriteriet "Contract terms".

Siemens har foreslået en alternativ prisreguleringsbestemmelse til rammeaftalens pkt. 5.3. Energinet har vurderet, at Siemens' prisreguleringsbestemmelse ikke flytter den finansielle risiko i Siemens' favør, og denne ændring har derfor ikke, som det også fremgår af Energinets begrundelse for tildelingsbeslutningen, haft afgørende eller væsentlig indflydelse på vurderingen.

Siemens' prisindeks indebærer, at Siemens har kunnet indregne en mindre risiko i sin prissætning. Omvendt har Energinet – baseret på Siemens prisindeks i forhold til indekset (prisreguleringsbestemmelsen) i rammeaftalens pkt. 5.3 – vurderet, at der ikke vil være væsentlig forskel i udviklingen af de pågældende indeks.

Klagenævnet kan lægge til grund, at Siemens har foretaget følgende fravigelser af ansvarsbegrænsningerne i General Terms and Conditions:

Ad pkt. 13.1

Siemens' afvigelser er udelukkende en præcisering af, hvad der forstås ved indirekte tab. Præciseringen ligger efter Energinets vurdering inden for en naturlig forståelse af begrebet "indirekte tab", og forholdet har derfor heller ikke trukket væsentlig ned i forbindelse med tilbudsvurderingen.

Ad pkt. 13.2

Siemens' afvigelser er udelukkende en præcisering, da Siemens ikke har ta-

get forbehold over for bestemmelsens indledning "Unless otherwise specified in the Agreement".

Under hensyn til, at Siemens' ansvarsbegrænsning for produktansvar er selvstændigt reguleret i henholdsvis pkt. 14 og 16, har Siemens' præcisering ikke haft selvstændig negativ indflydelse på vurderingen af Siemens' tilbud. Siemens' ansvarsbegrænsning i forhold til produktansvar er således vurderet selvstændigt i forbindelse med vurderingen af Siemens' afvigelser over for General Terms and Conditions pkt. 14 og 16.

Den omstændighed, at Siemens i pkt. 13.2 har fjernet henvisningen til pkt. 16, indebærer ikke, at Siemens ikke har et ubegrænset ansvar for personskade. Det følger således af Siemens' afvigelse til pkt. 16.1, at Siemens ikke har bemærkninger til indledningen til denne bestemmelse: "Without the limitations of Sub-Clauses 13.1 and 13.2". Det følger derfor (fortsat) af pkt. 16.1 med Siemens' afvigelser, at ansvarsbegrænsningerne i pkt. 13.1 og 13.2 ikke finder anvendelse på Siemens' ansvar i henhold til pkt. 16.1 og dermed Siemens' forpligtelser til at skadesløsholde Energinet for et produktansvar påført tredjemand, herunder et produktansvar for personskade. Siemens hæfter således ubegrænset for et sådant ansvar.

Ad pkt. 14.1

Siemens' afvigelser indebærer, at Siemens' produktansvar over for Energinet ændres fra et ubegrænset ansvar til et ansvar begrænset i forhold til pkt. 13.1, og dermed et ansvar, som ikke omfatter indirekte tab, og i forhold til pkt. 15.1, og dermed et ansvar svarende til den tegnede forsikringssum. Efter General Terms and Conditions pkt. 15.1 er forsikringssummen for produktansvar 20 mio. kr. pr. skade og policeår.

Ad pkt. 16.1

Siemens' afvigelser indebærer, at Siemens' forpligtelse til at godtgøre Energinet for produktansvar, som Energinet påføres som følge af et af Siemens' produkter, ændres fra et ubegrænset ansvar til et ansvar svarende til den tegnede forsikringssum.

Som anført ovenfor fremgår det desuden af General Terms and Conditions pkt. 15.1, at forsikringssummen for produktansvar er 20 mio. kr. pr. skade og policeår. Siemens har således – i modsætning til Arteché – ikke begrænset sin forpligtelse til at skadesløsholde Energinet for et produktansvar påført

tredjemand til udelukkende at omfatte et produktansvar for personskade.

Ad pkt. 16.2

Siemens' afvigelser indebærer, at Siemens' ansvar for forurening begrænses fra et ubegrænset ansvar til et ansvar begrænset i overensstemmelse med pkt. 13.1 og 15.1 og dermed til et ansvar for direkte tab på op til 20 mio. kr. pr. skade og policeår.

Sammenfattende har Siemens således begrænset sit produktansvar for tingskade og sit ansvar for forurenings-skader til 20 mio. kr. pr. hændelse og policeår. Til sammenligning har Arteché begrænset sit produktansvar til summen af ordrer "during the year", uden at det er klart, hvad der forstås herved, ligesom Arteché har begrænset sin forpligtelse til at skadesløsholde Energinet for produktansvar, som Energinet pålægges over for tredjemand til en forpligtelse til at skadesløsholde Energinet for personskade. Siemens har således påtaget sig et mere klart defineret ansvar end Arteché og – særligt i forhold til produktansvar – et mere omfattende ansvar.

Særligt vedrørende påstand 4 og 5 har Arteché gjort gældende, at hvis Arteché får helt eller delvis medhold i påstand 1-3, er der tale om sådanne overtrædelser, at der er grundlag for at annullere Energinets tildelingsbeslutning, og særligt hvis Arteché får helt eller delvis medhold i påstand 1, er der desuden grundlag for at give Arteché medhold i påstand 5.

Særligt vedrørende påstand 4 og 5 har Energinet gjort gældende, at annullation af Energinets tildelingsbeslutning forudsætter, at der er begået en kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne, som har haft konkret betydning for udfaldet af udbuddet. Disse forudsætninger er ikke opfyldt.

Hvis Arteché måtte få medhold i påstand 1, har det betydning, at udbudsmaterialet udelukkende er tilgået de fire prækvalificerede tilbudsgivere. Det kan desuden lægges til grund, at det forhold, at der i medfør af rammeaftalen kan være opstået en tvivl om, hvorvidt Energi Forretningsservice er ordregiver på aftalen, ikke har haft betydning for indholdet af de afgivne tilbud og dermed for udfaldet af udbuddet. Både Energinet Eltransmission og Energinet Forretningsservice er tilsluttet det anvendte kvalifikationssystem. Energinet kunne endelig lovligt berigtige forholdet forud for kontraktindgåelsen.

Hvis Arteché måtte få medhold i påstand 2 eller 3, har Energinet gjort gældende, at Energinet inden for rammerne af det saglige skøn kunne have tildelt Artechés tilbud 3 point og Siemens' tilbud 4 point. Konsekvens heraf vil således i medfør af den fastsatte evalueringsmodel i udbudsbetingelsernes pkt. 3.1 i forhold til underkriteriet "Contract terms" fortsat være, at Energinet har været berettiget til at se bort fra Artechés tilbud, og at tildele kontrakten til Siemens.

Klagenævnet kan derfor lægge til grund, at selv hvis Energinet måtte få medhold i påstand 1-3, har forholdene ikke haft betydning for, hvilken tilbudsgiver der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud og dermed for resultatet af udbuddet.

Artechés annullationspåstand skal derfor heller ikke tages til følge.

Særligt vedrørende påstand 6 har Arteché gjort gældende, at som udbuddet er tilrettelagt, må det anses som stridende mod de udbudsretlige regler, hvis et andet selskab i Energinet-koncernen indgår rammeaftalen eller indgår kontrakter i henhold til rammeaftalen.

Særligt vedrørende påstand 6 har Energinet gjort gældende, at Energinet El-transmission kan fungere som central indkøbsorganisation for de øvrige selskaber under Energinet-koncernen, jf. i det hele det, som er anført ovenfor ad påstand 1. Det forhold, at rammeaftalen også kan benyttes af de øvrige selskaber og enheder under Energinet-koncernen, jf. rammeaftalens pkt. 1.4 og 1.5, har således ikke betydning for udbuddets lovlighed.

Hvis klagenævnet finder, at den indbyggede option i pkt. 1.4 og 1.5 om, at andre enheder under Energinet-koncernen kan benytte rammeaftalen, er ulovlig, og Arteché derfor måtte få medhold i påstanden, indebærer det ikke, at udbuddet bliver ulovligt, men udelukkende, at optionen ikke lovligt kan udnyttes.

Der er derfor ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Ad uopsættelighed

Arteché har gjort gældende, at Energinets overtrædelse af udbudsreglerne in-

debærer en alvorlig tilsidesættelse af grundlæggende principper i udbudsloven. Dette gælder i særdeleshed, hvis Arteché får helt eller delvis medhold i påstand 1 eller påstand 5. Som følge af overtrædelsens karakter skal betingelsen om uopsættelighed allerede af den grund anses for opfyldt.

Der foreligger desuden uopsættelighed, da Arteches tilbud som følge af evalueringen er erklæret ukonditionsmæssigt. Arteché vil derfor ikke have nogen mulighed for at blive tildelt kontrakten og har dermed heller ikke nogen mulighed for at blive kompenseret økonomisk for sit tab, da Arteché hverken vil kunne tillægges positiv opfyldelsesinteresse eller negativ kontraktinteresse. Det bør yderligere tages i betragtning, at der er tale om udbud af en rammeaftale af en meget betydelig værdi, og at overtrædelsen er egnet til væsentligt at påvirke konkurrencen på det danske marked mellem Arteché og Siemens. Arteché vil derfor lide et betydeligt og uopretteligt tab, hvis der indgås kontrakt, før der er taget stilling til klagen. Betingelsen om uopsættelighed er på den baggrund opfyldt.

Energinet har gjort gældende, at det påhviler Arteché at godtgøre, at virksomheden vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Dette har Arteché ikke godtgjort. Der er således ingen forhold, der taler for, at en manglende tildeling af kontrakten skulle true Arteches eksistens eller i øvrigt ændre virksomhedens markedsposition på uoprettelig vis.

Erstatningsreglerne vil yde Arteché et tilstrækkeligt værn, hvis klagenævnet måtte komme frem til, at tildelingsbeslutningen skal annulleres. Arteches mulighed for at opnå erstatning som følge af Energinets påståede overtrædelser under udbudsproceduren er således ikke anderledes i denne sag end i forbindelse med enhver anden kontraktindgåelse på baggrund af et udbud.

Betingelsen om uopsættelighed er derfor ikke opfyldt.

Ad interesseafvejning

Arteché har gjort gældende, at hensynet til Arteches interesse i opsættende virkning vejer tungere end Energinets interesse i at kunne indgå kontrakt, eftersom Arteches interesser ikke vil kunne varetages på en tilfredsstillende måde gennem et krav om erstatning. Interesseafvejningen skal efter klage-

nævnets faste praksis som udgangspunkt falde ud til klagerens fordel, medmindre der er helt særlige omstændigheder, som taler for ordregiverens interesse. Det er ikke tilfældet i den foreliggende sag.

Energinet har gjort gældende, at det påhviler Arteché at godtgøre sin interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning. Arteché har ikke godtgjort en sådan interesse, endsige argumenteret for, at der foreligger en sådan interesse. En interesseafvejning vil på denne baggrund også falde ud til fordel for Energinet.

Klagenævnet udtaler

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

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

Ad påstand 1

Energinet Eltransmission er angivet som ordregivende myndighed i både invitationen til at søge om prækvalifikation og i udbudsbetingelserne. Følgende fremgår desuden af pkt. 1.8 i udkastet til rammeaftale:

"The Framework Agreement is tendered by Energinet Forretningsservice A/S on behalf of Energinet Eltransmission A/S, why Energinet Forretningsservice A/S serves as a central purchasing body awarding the Framework Agreement and does not have any intend to enter into Agreements under the Framework Agreement. However, this does not remove Energinet Forretningsservice A/S rights in the above Sub-Clauses 1.4 and 1.5."

Energinet Forretningsservice er til trods herfor anført som part i udkastet til rammeaftale og i underbilaget "Agreement under framework agreement", og Energinet Procurement, som klagenævnet efter Energinets oplysninger lægger til grund, er det samme selskab som Energinet Forretningsservice, har underskrevet underretningen om tildelingsbeslutningen.

Selv om Energinet Forretningsservice er anført som part i bl.a. udkastet til rammeaftale, og selv om pkt. 1.4 og 1.5 i udkastet til rammeaftale giver andre selskaber i Energinet-koncernen mulighed for at benytte rammeaftalen, finder klagenævnet, at disse omstændigheder ikke har ført til en berettiget tvivl om, at Energinet Eltransmission var ordregiver under udbuddet. Det kan ikke antages, at det har haft betydning for tilbudsgivernes interesse for udbuddet eller for indholdet af de afgivne tilbud og dermed den trufne tildelingsbeslutning, at det var Energinet Forretningsservice, der var angivet som formel aftalepart i henholdsvis udkastet til rammeaftale og underbilaget "Agreement under framework agreement".

Efter det anførte er der ikke udsigt til, at påstanden på det foreløbige foreliggende grundlag vil blive taget til følge.

Ad påstand 2

Tilbudsgiverne kunne i forhold til underkriteriet ”Contract termes” efter udbudsbetingelsernes pkt. 3.1 komme med forslag til afvigelser til bl.a. General Terms and Conditions for Purchase. Det fremgår, at eventuelle afvigelser kunne medføre en reduktion af scoren afhængig af indhold, klarhed og konsekvens, og at afvigelser, der havde til formål at begrænse ansvaret og flytte den økonomiske risiko til tilbudsgiverens fordel, ville være af særlig betydning ved evalueringen. Hvis der ikke var afvigelser, og dermed absolut opfyldelse af kontraktens vilkår, ville det resultere i en maksimal score på 10. Det var et krav, at tilbuddet som minimum opnåede en score på 4 i forhold til underkriteriet.

Arteches tilbud indeholdt forslag til afvigelser til pkt. 13.2, 14.1, 14.2 og 16.1 i General Terms and Conditions for Purchase. Efter formuleringen af afvigelserne og de foreliggende oplysninger i øvrigt er der ikke grundlag for at antage, at Arteches forslag til afvigelser alene vedrører en del af formuleringen af de enkelte punkter. Klageneævnet lægger derfor til grund, at Arteches enkelte forslag var til erstatning af henholdsvis pkt. 13.2, 14.1, 14.2 og 16.1.

Klageneævnet finder, at de omhandlede forslag til afvigelser enten er uklare eller utvivlsomt begrænser ansvaret og/eller flytter den økonomiske risiko til Arteches fordel. Dette har Artech efter indholdet af virksomhedens brev af 31. oktober 2022 til Energinet været opmærksom på, idet det bl.a. fremgår: ”We would like to leave clear that our legal comments were forwarded as proposals which could be negotiated in detail at a later stage to accommodate Energinet’s interests. In other words, from our point of view it was not a closed document but open to, as usual in these processes, leave room for improvements in a final negotiation.”

Energinet har herefter været berettiget til at evaluere ud fra ”worst-case scenario”, og Energinet har derfor ikke åbenbart overskredet den vide grænse for sit evalueringsskøn eller handlet usagligt ved at tildele Arteches tilbud 2 point i forhold til underkriteriet ”Contract terms”. Der er herefter på det foreløbige foreliggende grundlag ikke udsigt til, at Artech vil få medhold i påstanden.

Ad påstand 3

Siemens tilbud indeholdt forslag til afvigelser til pkt. 13.1, 13.2, 14.1, 16.1 og 16.2 i General Terms and Conditions for Purchase. Forslagene vedrører

efter deres formuleringer specifikke afvigelser til de enkelte punkter, og afvigelserne har derfor en klarhed, der gør det muligt at fastlægge bestemmelsernes rækkevidde.

Selv om Siemens med sine afvigelser også har begrænset sit ansvar og flyttet den økonomiske risiko til sin fordel, kan det efter de foreliggende oplysninger ikke lægges til grund, at dette er sket i samme vide omfang som af Artech. Klagenævnet har herefter ikke grundlag for at konstatere, at Energinet åbenbart har overskredet den vide grænse for sit evalueringsskøn eller handlet usagligt ved at tildele Siemens tilbud 6 point i forhold til underkriteriet ”Contract terms”. Der er derfor på det foreløbige foreliggende grundlag ikke udsigt til, at Artech vil få medhold i påstanden.

Ad påstand 4 og 5

Der er på det foreløbige foreliggende grundlag ikke udsigt til, at Artech vil få medhold i påstand 1-3, og der er derfor heller ikke udsigt til, at påstand 4 om annullation af beslutningen om at tildele rammeaftalen til Siemens eller påstand 5 vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 er herefter ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt, og klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nadia Reichenbach Bodentien
Kontorelev