

K E N D E L S E

JD-Contractor A/S
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

mod

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

Energinet Eltransmission A/S (herefter ”Energinet”) udbød den 9. november 2023 via en eksisterende kvalifikationsordning som udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en kontrakt vedrørende ”protection of submarine cables under the project KBH05”. Der blev ikke offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i forbindelse med udbuddet. Værdien af kontrakten er efter det oplyste 93 mio. kr.

Fristen for at anmode om prækvalifikation var den 6. december 2023 kl. 12.00.

I første omgang blev JD-Contractor A/S (herefter ”JD-Contractor”) og Svensk Sjöentreprenad i Malmö AB prækvalificeret. Efterfølgende blev også J.A. Rederiet v/Kim Alfastsen (herefter ”J.A. Rederiet”) prækvalificeret.

Den 23. april 2024 meddelte Energinet, at Energinet havde til hensigt at indgå kontrakt med J.A. Rederiet.

Den 6. maj 2024 indgav JD-Contractor klage til Klagenævnet for Udbud over Energinet. JD-Contractor fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om,

at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning.

Ved delkendelse af 4. juni 2024 traf klagenævnet afgørelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning med den begrundelse, at en umiddelbar vurdering af klagen ikke førte til, at klagen havde noget på sig ("*fumus boni juris*").

JD-Contractor har nedlagt følgende endelige påstande:

Påstand 1a

Klagenævnet skal konstatere, at Energinet har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at prækvalificere og tildele kontrakten til J.A. Rederiet, selv om J.A. Rederiet på tidspunktet for prækvalifikation og tildeling var blevet virksomhedsmæssigt omstruktureret til selskabet J.A. Shipping A/S, der ikke var optaget på kvalifikationsordningen og ikke opfyldte minimumskravene til egnethed ved udbuddet.

Påstand 1b

Klagenævnet skal konstatere, at Energinet har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 47, stk. 2, ved at tildele kontrakten til J.A. Rederiet, selv om det fremgik af tilbuddet, at dette ikke alene var afgivet af J.A. Rederiet, men også af virksomheden J.A. Shipping A/S, der ikke var prækvalificeret ved udbuddet og ikke var optaget på den kvalifikationsordning, der dannede grundlag for udbuddet.

Påstand 2

(Frafaldet)

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Energinet har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at foretage en uoplyst og åbenbart urigtig bedømmelse af tilbuddene i forhold til udbuddets fire kvalitative underkriterier, idet Energinet tildelte begge tilbud samme pointtal for alle de fire kvalitative un-

derkriterier, og idet Energinet tildelte tilbuddet fra J.A. Rederiet maksimalscoren 10 for tre af de fire kvalitative underkriterier, selv om tilbuddet i forhold til disse underkriterier indeholdt væsentlige mangler og svagheder.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere Energinets beslutning om at tildele kontrakten til J.A. Rederiet.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at Energinet har handlet i strid med lov om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 2, og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at give en uklar og utilstrækkelig begrundelse for beslutningen om at tildele kontrakten til J.A. Rederiet.

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

JD-Contractors påstand 1a er identisk med selskabets påstand 1, da klagenævnet afsagde delkendelse den 4. juni 2024. Tilsvarende er selskabets påstand 3, dog med en mindre tilføjelse, og påstand 4 identiske med selskabets påstande 3 og 4, da klagenævnet afsagde delkendelse den 4. juni 2024.

Sagens nærmere omstændigheder

Enkeltmandsvirksomheden J.A. Rederiet undergik i sommeren 2023 en virksomhedsmæssig omstrukturering, som blandt andet indebar, at alle medarbejdere blev overflyttet til det nyetablerede datterselskab J.A. Shipping A/S (herefter ”J.A. Shipping”).

Den 9. november 2023 udbød Energinet via en eksisterende kvalifikationsordning som udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en kontrakt vedrørende ”protection of submarine cables under the project KBH05”. Af invitationen af 9. november 2023 fremgår, at det alene var de virksomheder, der var optaget på kvalifikationsordningen UNCE med registrering under koderne 4.2.16.2, 4.2.16.3 og 4.6.18.19, der kunne søge om prækvalifikation til at afgive tilbud på den udbudte kontrakt. Af invitationen fremgår desuden bl.a.:

”1.3 The object of the tender

The Contracting Authority wants to purchase Protection of two submarine cables in the shallow waters down to a depth of around 20 meters. The length of the cable routes to be protected is approximately 11,5 km. Furthermore, Contractor will be operating in areas with significant vessel traffic due to its location close to the city of Copenhagen.

This tender includes the following activities:

- Investigation of potential unexploded ordnances (referred to as UXOs) and objects of potential archaeological interest in and close to the cable routes.
- Protection of the submarine cables by excavation of trenches with a depth of approximately 1,2 – 1,3 meter in the seabed.
- Excavation of deeper trenches for preparation of future activities in selected areas.
- Installation of means for protecting of existing cables/pipes to be crossed by the route of the new submarine cables.
- Reestablish the seabed after cable laying by backfilling the trench with the excavated material and/or adding new material.

The protection of submarine cables is scheduled for execution in Q4, 2024 and in 2025.

The contract price is estimated to DKK 93 MM (ninety-three million Danish kroner).

2. Applicant

The application must be from the company (specified by VAT-number) which is part of the specified code on the qualification system. As result, the application cannot be submitted by a parent or sister company if these are not registered. Further no contract can be signed with a company which is not part of the specified code on the qualification system. The applicant may, however, rely on the capacity of other entities or participate as a group already included on UNCE. As result, the following should be observed:

2.1 An applicant participating on its own:

An applicant participating on its own and not relying on the capacity of other entities to meet the minimum requirements for suitability and the objective and non-discriminatory criteria for selection should only complete and submit its own ESPD containing the information required in part II-VI of the ESPD.

2.2 An applicant relying on the capacity of other entities (e.g., an af-

filiated company or a subcontractor):

If the applicant participates on its own but relies on the capacity of other entities to meet the minimum requirements for suitability c.f. section 3 and the objective and non-discriminatory criteria for selection of applicants c.f. section 3.1, the applicant must ensure that the Contracting Authority receives:

1. The applicant's ESPD containing the information required in part II-VI of the ESPD. The applicant must check “Yes” in the ESPD part II, section C (Information about reliance on the capacities of other entities).
2. Further, the applicant must ensure that the Contracting Authority receives a separate ESPD with the relevant information for each of the entities on which the applicant relies.

The Contracting Authority must stress that where an applicant relies on the economic and financial standing of other entities, the supporting entity must assume joint and several liability with the applicant for the fulfillment of the tendered contract. This can be done by a letter of commitment signed by the supporting entity. The letter of commitment must be submitted as part of the final documentation at the latest.

Further, the Contracting Authority wishes to emphasize that if the applicant relies on the technical and professional ability of a supporting entity, the supporting entity must perform any part of the contract the ability relates to. A letter of commitment must be submitted as part of the final documentation at the latest.

2.3 Group of economic operators (e.g., a consortium) included on UNCE:

If the applicant is a group of economic operators, including temporary associations (e.g., a consortium), participating jointly in the procurement procedure, the applicant must ensure that the Contracting Authority receives a separate ESPD from each of the participating economic operators with the information required in part II-VI of the ESPD.

All participating economic operators must check “Yes” in the ESPD part II, section A (Is the economic operator participating in the procurement procedure together with others).

Further the final documentation must include a signed letter of consortium declaration by all parties of the group of economic operators (joint venture, consortium or other) stating that all economic operators assume joint and several liability towards the Contracting Authority for the performance of the contract.

Please note, that the group must be included on the relevant UNCE code prior to the deadline for admission of application, cf. section 6.

3. Minimum requirements for suitability and the objective criteria for selection of applicants

3.1 Objective criteria for selection of applicants

If more than 5 applicants fulfill the minimum requirements, cf. section 3.2 and 3.3, the Contracting Authority will prequalify the up to 5 applicants who are evaluated as most qualified for the specific tendered assignment. Only these applicants will be invited to submit a tender. The selection of the applicants will be based on the relevance of the submitted references, cf. the scope stated in section 1.3, and the extent to which the references overall demonstrate comprehensive experience with deliveries comparable to the tendered assignment regarding solution, complexity and scope, especially concerning:

- specific description of the performed work
- work area (in shallow waters with significant vessel traffic)
- length of cable trench
- hardness of seabed
- maximum water depth
- experience in investigating potential unexploded ordnances and objects of potential archaeological interest in and close to the cable routes

3.2 Economic and financial standing

The applicant must confirm the economic ability in the ESPD part IV.B: “Economic and financial standing” with information from the latest annual report regarding the following economic indicators:

1. Equity (total equity incl. share capital, reserves, revaluation, retained earning etc.)
2. Equity ratio (equity/total assets). This must be stated with two decimals.

The application must meet the following minimum requirements in the latest audited annual report:

1. Equity from the latest annual report must, at the time of prequalification, be at least DKK 30 MM (thirty million Danish kroner).
2. Equity ratio from the latest annual report must be at least 20 pct. If the equity ratio is between 15 pct. And 20 pct. The applicant

can qualify if Equity exceeds DKK 93 MM (ninety-three million Danish kroner).

If the applicant is relying on the capacities of one or more other entities (e.g., a parent or sister company or a subcontractor) or the applicant is a group of economic operators included on UNCE (e.g. a consortium) the information for the ESPD part IV.B must also be given in a separate ESPD from each of these entities, cf. section 2. It is the sole responsibility of the applicant to secure that the minimum level(s) of standards required are reached on the basis of consolidation when the applicant is relying on the capacity of other entities or when the applicant is a group of economic operators (e.g., a consortium).

...”

JD-Contractor og Svensk Sjöentreprenad i Malmö AB blev prækvalificeret til at afgive tilbud ved udbuddet. Desuden blev J.A. Rederiet efterfølgende prækvalificeret, efter at virksomheden i første omgang fejlagtigt havde angivet sin egenkapital i det fremsendte ESPD i euro. Virksomheden havde efter det oplyste selv henvendt sig til Energinet herom.

Af J.A. Rederiets ESPD af 5. december 2023 fremgår bl.a. følgende:

C: Oplysninger om udnyttelse af andre enheders kapacitet

Den økonomiske aktør stoler på kapaciteten

Baserer den økonomiske aktør sig på andre enheders kapacitet for at opfylde udvælgelseskriterierne i del IV og de kriterier og regler, der eventuelt er fastsat, jf. del V nedenfor?

Har tilbudsgiveren svaret? ☒ Ja ☐ Nej

Udfyld et særskilt ESPD med de oplysninger, der anmodes om i afsnit A og B i denne del og del III for hver af de pågældende enheder, som er behørigt udfyldt og underskrevet af de pågældende enheder.

Bemærk, at dette også bør omfatte teknikere eller tekniske organer, der ikke direkte hører til i den økonomiske aktørs virksomhed, især dem, der er ansvarlige for kvalitetskontrollen, og, hvis det drejer sig om offentlige bygge- og anlægskontrakter, de teknikere eller tekniske organer, som den økonomiske aktør kan disponere over til udførelsen af arbejdet.

For så vidt som det er relevant for den eller de specifikke kapaciteter, som den økonomiske aktør baserer sig på, angives oplysningerne i del IV og V for hver af de pågældende enheder.

D: Oplysninger om underleverandører, hvis kapacitet den økonomiske aktør ikke baserer sig på

Underentreprise tredjeparter

Har den økonomiske aktør til hensigt at give en del af kontrakten i underleverance til tredjeparter?

(Dette afsnit udfyldes kun, hvis den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed udtrykkeligt anmoder om oplysningerne)

Har tilbudsgiveren svaret? ☐ Ja ☒ Nej

Hvis den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed udtrykkeligt anmoder herom ud over oplysningerne i del I, afgives de oplysninger, der anmodes om i afsnit A og B i denne del og i del III for hver af de pågældende (kategorier af) underleverandører.

Af udbudsbetingelserne fremgår følgende bl.a.:

”2. Tender and negotiation stage

Only prequalified applicants will be invited to participate in the tender and negotiation stage.

2.1 Tenderer

The tenderer must be the legal entity prequalified by the Contracting Authority. The tenderer cannot be replaced by another legal entity. This also applies to any affiliated companies. Within the scope of the tender regulation, the Contracting Authority may, regardless of the above, in special cases accept changes to the prequalified entities. The Contracting Authority is not obligated to accept changes, and any changes must be approved in writing by the Contracting Authority.

If the prequalification was of a group of economic operators (e.g. a consortium), the tender must be submitted by these legal entities and no others. The name of a jointly authorized representative must be stated with whom the Contracting Authority may enter contract with binding effect. Further if the contract is awarded to a consortium, the participants of the consortium must assume joint and several liability.

If the tenderer intends to use subcontractors for the performance of the service tendered, the name(s) of this legal entity or these legal entities should be stated in the tender.

If the tenderer has relied on a supporting entity regarding technical and professional ability to fulfill minimum levels for suitability, these entities must perform the works or services for which these capacities are required. If the tenderer has relied on a supporting entity regarding economic and financial capability, the tenderer and these entities must assume joint and several liability, if they are awarded the contract c.f. section 2.2.

2.2 Documentation

The Contracting Authority may, at any time during the tender process, ask for documentation for the information provided in the ESPD.

The documentation must be submitted within an appropriate time limit which will be set by the Contracting Authority.

2.2.1 Documentation for commitment

2.2.1.1 Documentation for commitment by supporting entities

If the applicant relies on the capacity of other entities (economic and financial standing or technical and professional ability) the commitment by those entities must be part of the final documentation.

Concerning economical and financial standing the supporting entity must assume joint and several liability with the applicant for the fulfillment of

the tendered contract. This can be done by submitting a letter of commitment signed by the supporting entity.

Concerning technical and professional ability the supporting entity must perform any part of the contract the ability relates to. This can be done by submitting a letter of commitment signed by the supporting entity.

...

2.2.2 Documentation concerning economical and financial standing

The Contracting Authority intends to ask the applicants to provide documentation for the information provided in the ESPD regarding economical and financial standing, cf. section III.1.2) of the contract notice.

2.2.3 Documentation concerning technical and professional ability

The Contracting Authority does not intend to ask the applicants to provide further documentation for the information provided in the ESPD regarding technical and professional ability, cf. section III.1.3) of the contract notice.

...

3. Evaluation and award stage

3.1 Award criterion

The award criterion is the most economically advantageous tender based on the best price-quality ratio, cf. the stated sub-criteria including weight:

Price (45%)	
Documentation	Evaluation
Prices must be stated in the attached Schedule of Prices and the defined price elements must be completed herein.	When evaluating ‘Price’, the Contracting Authority will evaluate the total tender price (for evaluation purpose), cf. Schedules of Prices (<i>doc. no. 23/04543-6</i>), sheet named ‘Grand total’, cell D18).
Prices must be stated exclusive of VAT but inclusive of all other expenses associated with the purchase.	
Prices must be stated in DKK.	

Time Schedule, Method Statement, Vessels and Equipment (25 %)	
Documentation	Evaluation

The evaluation will be based on the following elements (method statement, vessels and equipment): 1. Method statement(s) demonstrating how the tenderer intends to perform the activities comprised by the Scope of Works. 2. A description on how the tenderer intends to perform the activities specified in the Scope of Works in a fuel-efficient way. 3. A description of proposed vessel(s) and equipment proposed for performing the activities. 4. A thorough description for all vessel(s) of operation limitations due to maritime conditions and weather. Incl. an estimate of weather downtime during the project duration as presented in the Time Schedule (<i>doc. no. 23/04543-5</i>). 5. A thorough description for all UXO inspection vessel(s) of operation limitations due to maritime conditions and weather. Incl. an estimate of weather downtime during the project duration as presented in the Time Schedule (<i>doc. no. 23/04543-5</i>). The evaluation will be based on the following element (time schedule): Reference is made to Time Schedule (<i>doc. no 23/04543-5</i>).	In the evaluation of 'Method statement, vessels and equipment', The Contracting Authority will emphasize the following: 1. That the method statements demonstrate the tenderers' understanding of the project complexity, necessary activities and demonstrate suitability in the proposed procedures and methods for performing the services comprised by the Scope of Works. 2. The submitted description of performing fuel efficient techniques for the activities specified in the Scope of Works. 3. The proposed installation vessel(s) and equipment's suitability for the tendered assignment under the maritime and expected meteorological conditions (e.g., concerning seabed current and water depth) as described in the Scope of Works. 4. The proposed survey vessel(s) and equipment's suitability for the tendered assignment and assessed ability under the maritime and expected meteorological conditions (e.g., concerning seabed current and water depth) as described in the Scope of Works. 5. The proposed UXO inspection vessel(s) and equipment's suitability for the tendered assignment and assessed ability under the maritime and expected meteorological conditions (e.g., concerning seabed current and water depth) as described in the Scope of Works.
--	---

Time Schedule, Method Statement, Vessels and Equipment (25 %)	
The tenderer should include a project time schedule in the tender. The project time schedule must be project specific and include all activities executed by the tenderer concerning the Works. The tenderer should as part of the sub-criteria include a detailed and robust time schedule which outlines how the works will be structured through construction and installation phases, to pre-commissioning and delivery of as-built documentation. Delays associated with inspections and verifications shall be made clear, if known. The time schedule should contain relevant project milestones including the milestones outlined in the Time Schedule. The time schedule should be included both in the form of a chart (GANTT-diagram) with clarifications as needed, in a supporting and elaborating description.	It will be of particular importance that all phases of the works are described in relevant detail. Further, it will be evaluated positive if the project time schedule is divided into sub-tasks that demonstrate a well-planned, realistic and robust time schedule, which allows sufficient time for potential schedule contingencies, and the tenderers ability and capacity to perform the works within the time frame described in the Time Schedule (<i>doc. no. 23/04543-5</i>). It will also be evaluated positive that: • the description and schedule reflect a realistic, but front-loaded schedule for the critical activities, • hazardous activities are not performed concurrently in the same location, • the description and schedule reflect the tenderers ability to catch-up on delays and shows activities to activate. An overall evaluation will be made of this sub criterion. It is a minimum requirement that the reaches a minimum score of 4 for the tender to be compliant.

Organization and Key Personnel (10 %)	
Documentation	Evaluation

The evaluation will be based on the submitted CVs for Key Personnel proposed to perform the tendered contract. The CVs should cover the following disciplines and/or functions: • Project Manager • Offshore Manager (UXO investigations) • Offshore Manager (Protection activities) • Offshore Manager (Survey activities) • Onshore Investigations Manager • HSE Manager • QA Manager The Contracting Authority accepts that one person may cover more than one discipline or function. However, there is a limit of 1 CV for each discipline/ and or function. The CVs should clearly reflect which discipline(s) or function(s) the CV covers. The tenderer is encouraged to focus only on experiences and competences of relevance to the discipline(s)/function(s) the CV is intended to cover. Further, the tenderer is encouraged to limit each CV to no more than 3 (three) pages. The tenderer should also submit an Organization Plan which should include a detailed description of the project specific organizational structure that will be allocated to the works covered by the tendered contract. All phases of the works should be covered.	The evaluation of CVs will primarily focus on: • Whether the proposed key person has relevant experience and competences for the proposed position. • Further, emphasis will be on whether the proposed key personnel complement each other and, • Whether there is considered sufficient coverage for all positions described as key personal. The evaluation of the Organization Plan will be based on the degree of detail and • The coherence of the proposed organization to the current project to ensure the efficient performance of the works comprised by the Scope of works. • On whether the proposed plan is project specific, operational, efficient, robust and with clear lines of communication. • On whether the organization is well-structured with coverage for all interfaces taking into consideration the complexity of the works. • On the coverage of all positions and possibility to scale in manpower during execution to fulfill the project time schedule. An overall evaluation will be made of this sub criterion.
--	---

Further, the Organization Plan description should describe: • The overall structure, including hierarchy and procedures for escalation. • Lines of communication, internally and externally. • Interfaces towards the Contracting Authority. • How the tenderer will secure coverage of all positions at all time. The Organization Plan should be described in detail as well as visualized in a project specific organization chart.	It is a minimum requirement that the reaches a minimum score of 4 for the tender to be compliant.
---	--

Health, Safety and Environment (10 %)	
Documentation	Evaluation
The evaluation will be based on a detailed HSE-plan and RAMS (Risk Assessment and Method Statements) specifically for the tendered assignment, including detailed descriptions of risk management, on-site supervision, inspections and audits, emergency preparedness, accident and incident investigations and environmental initiatives and actions.	The evaluation will be based on the submitted HSE-plan and RAMS (Risk Assessment and Method Statements). It will be evaluated positive that the tenderer submits a proactive and detailed HSE-plan and RAMS for this specific assignment which - considering the complexity and scope - covers: • HSE Risk assessments (HIRA) for the scope of works where risks are eliminated rather than mitigated, including identification of the top-5 (five) risks identified for the assignment and relevant mitigating actions. • Methods which are relevant, safe to work by, includes the top 5 (five) risks and show knowledge

	of the scope of works covered. • Description of how the safety organization on site is structured to ensure an efficient supervision at all time for works included in the scope. • Description of how inspections and audits are planned including roles and responsibilities for the project. • Emergency preparedness plan for work site in Denmark for the project. • Description of how accident and incident investigations are conducted including roles and responsibilities for the projects. An overall evaluation will be made of this sub criterion. It is a minimum requirement that the reaches a minimum score of 4 for the tender to be compliant.
--	--

Contract Terms (10 %)	
Documentation	Evaluation
The evaluation will be based on the clarification list. It is possible to propose deviations to the Contract terms in the clarification list in the sheet named "Legal". The Contract terms consist of the Construction Contract (AB18) and the General Conditions (based on AB18). The proposed deviations (if any) must be clear and explicit and with an explanation as to why they are made. Any ambiguity,	The tendered assignment must be performed based on the attached contract terms. The following clauses are not part of the evaluation and are considered mandatory parts: The Construction Contract (AB18), doc. no. 23/04543-9: • Clause 2, Documents forming the construction agreement, as to: Order of priority of documents.

indistinctness or uncertainty will influence the evaluation negatively. Code of Conduct for suppliers, Contract Clause and Self-assessment Questionnaire regarding Code of Conduct for suppliers are not part of the evaluation.	General Conditions (based on AB18), doc.nr. 23/04543-8: • Clause 3, Applicable Law • Clause 6.3.1., Order of priority • Clause 10.1.1., Performance bond provided by the client • Clause 20.2.1, Relations with authorities (RUT) • Clauses 36.1.2., §36.1.3., Invoicing • Clause 37.1.1., Due date • Clause 37.2.1., Interest, • Clauses 61-63, Bankruptcy, reconstruction, etc., Death of a party, Common rules on termination with immediate effect • Chapter J., Disputes Which are not part of the evaluation. The tenderer may propose explicit, clear, and well-explained deviations to the remaining parts of the contract terms. Any proposed deviations will be subject to evaluation. It is noted that any deviation may lead to a reduction to the score depending on the content, clarity, and consequence. Deviations which intend to limit liability and shift the financial risk in favor of the tenderer will be particularly important in the evaluation. Any ambiguity, indistinctness or uncertainty will influence the evaluation negatively. In case that the tenderer has not stated any deviations and therefore fully accepted the contract terms, it will result in a maximum score of 10.
--	--

	An overall evaluation will be made of this sub-criterion. It is a minimum requirement that the reaches a minimum score of 4 for the tender to be compliant.
--	---

3.2 Evaluation model

The tenderer with the highest overall score will be awarded the contract. The overall score is calculated as:

Overall score = ((points for sub-criteria 1) x sub-criterion 1 weighting) + ((points for sub-criteria 2) x sub-criteria 2 weighting) + ((points for sub-criteria 3) x sub-criteria 3 weighting) + (...)

...

3.2.2 Scoring of qualitative criteria's

The Contracting Authority assigns points for the qualitative sub-criteria based on the evaluation description in section 4.1 and the scale below:

10	The submitted tender is of excellent quality and demonstrates a solution in which all the elements of the criteria have been handled in detail and to full satisfaction. No deficiencies have been identified with effect on the performance of the assignment, and the tender thus gives complete assurance of satisfactory fulfillment of the assignment.
7-9	The submitted tender is of good quality and demonstrates a highly qualified solution for the tendered assignment. Only minor deficiencies have been identified and the tender thus provides assurance of satisfactory fulfillment of the assignment.
4-6	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 tendered assignment.
0-3	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 assignment can be met satisfactorily

All scores from 0-10 may be used.

...

I udbudsmaterialet indgik dokumentet "Quality Management Requirements", hvorefter følgende fremgår bl.a.:

"3.3 Project Quality Plan

The Contractor must prepare and present a draft Project Quality Plan for review by Energinet as a part of the tender.

- a) The Project Quality Plan must follow with the guidelines specified in ISO 10005: 2018 (or equivalent)
- b) The draft Project Quality Plan must show core processes and examples of how they are managed.
- c) An updated Project Specific Quality Plan is a key deliverable and must be presented no later than four weeks after contract award or any other deadline agreed with Energinet.
- d) The Project Specific Quality Plan must be kept up to date in line with the development of the Works. New versions/revisions must be presented to the Energinet with track changes.

...

Som en del af J.A. Rederiets tilbud indgik et dokument af 7. marts 2024, udarbejdet på J.A. Shippings brevpapir, hvor følgende fremgår bl.a.:

"KBH05 – Protection of submarine cables

GENERAL PROJECT INFORMATION

J.A. Shipping A/S	General Project Information KBHOS - Protection of Submarine Cables	Document no.:KBH05-03.002 Revision No.: 005-2024 Revision date: 2024-03-07 Author: RA + AO Approved by: KA
--------------------------	---	---

Introduction

J.A. Shipping has been invited to tender for the protection activities of the planned power cable KBH05. the purpose of this document is to describe the general methodology for and roles for the persons involved in the project. Additional / detailed information's for the specific work are found in the respective sub documents for the individual scopes. The Method Statements have been written together with the RISK assessment for the work tasks.

...

Videre indgik dokumentet ”Description of the participants”, der var udarbejdet på J.A. Shippings brevpapir, i tilbuddet, hvoraf følgende fremgår bl.a.:

“KBH05 – Protection of Submarine Cables

The project for protecting the two submarine cables in shallow waters will be performed by J.A. Rederiet (J.A. Shipping A/S) in cooperation with Hydrocharting and Drechsler Marine Consult, both as sub-contractors.

The contract will be signed with J.A. Rederiet (J.A. Shipping A/S) only.

J.A. Shipping A/S has long time cooperation with both companies and has also previously cooperated on similar projects and with same setup as planned for this project.

HydroCharting will provide a MultiBeam Echosounder system. Drechsler Marine Consult will deliver and operate the ROV planned to be used for this project.

J.A. Rederiet (J.A. Shipping A/S) is a company who provides a wide range of services offshore and the core competence lies in salving special tasks on and under the water. The company develops and uses specialized tools for the various types of work offshore. Among other tasks J.A. Rederiet (J.A. Shipping A/S) has experience for salving tasks in the field of salvage, ROV and dicing, as well as tasks concerning cable laying and cable repairs.

...

Der indgik også et dokument af 31. januar 2024 i tilbuddet, hvoraf følgende fremgår bl.a.:

“

 J.A. Shipping A/S	HSE Plan KBH05 - Protection of Submarine Cables	Document no.: KBH05-05.001 Revision No.: 003-2024 Revision date: 31-01-2024 Author: APO Approved by: KA
---	--	--

...

4. Subcontractors

J.A. Shipping will provide written information to Energinet on all subcontractors performing work for the company on this project.

In case J.A. Shipping transfers any responsibility to a subcontractor during the project, Energinet will receive written information accordingly, including acceptance of the responsibility from the subcontractor. The subcontractor will participate in regular safety meetings prior commencement of work.

...

8. Appointed person for HSE

J.A. Shipping has appointed an internal, qualified HSE Manager to have the overall responsibility for all HSE matters. The HSE Manager has the responsibility to ensure that all HSE activities during the project are carried out according to agreed procedures and HSE requirements. The HSE Manager must ensure that the risk assessment and documentation are always up to date.

The HSE Manager will arrange monthly HSE / Safety meetings. The agenda will include detailed discussions of all observations and incidents reported during the month.

...”

Endvidere indgik et dokument, hvoraf følgende fremgår bl.a.:

“CV

Job Title: Project Manager

Name: Kim Alfastsen

Nationality: Danish

Company: J.A. Shipping A/S

...”

I underretningsbrev af 23. april 2024 meddelte Energinet, at det var blevet besluttet at tildele kontrakten til J.A. Rederiet. Af meddelelsen fremgår bl.a.:

”The result of the evaluation:

JD-Contractor A/S						
Subcriterion	Sub Subcriterion	Weight	Interpolation	Price in DKK	Score	Points
Price		45%	50%	106.673.000	8,33	3,75
Time Schedule, Method Statement, Vessels and Equipment		25%			10,00	2,50
Organization and Key Personnel		10%			10,00	1,00
Health, Safety and Environment		10%			10,00	1,00
Contract Terms		10%			9,00	0,90
Total score						9,15

J.A. Rederiet						
Subcriterion	Sub Subcriterion	Weight	Interpolation	Price in DKK	Score	Points
Price		45%	50%	98.460.000	10,00	4,50
Time Schedule, Method Statement, Vessels and Equipment		25%			10,00	2,50
Organization and Key Personnel		10%			10,00	1,00
Health, Safety and Environment		10%			10,00	1,00
Contract Terms		10%			9,00	0,90
Total score						9,90

Evaluation of subcriteria

Evaluation of the subcriterion Price

Energinet has for the evaluation of Price used the Point model with price interpolation.

JD-Contractor A/S has scored 8,33 points for the subcriterion Price. Points for the weighted price is 3,75 points.

J.A. Rederiet's total price is 98.460.000 DKK.

J.A. Rederiet has scored 10 points for the subcriterion Price. Points for the weighted price is 4,5 points.

Energinet has used the model from Tender Conditions for the use of evaluation of the subcriterion Price.

Evaluation of the subcriterion Time Schedule, Method Statement, Vessels and Equipment

JD-Contractor A/S has in total for the tender scored 10 points for the subcriterion. Points for the weighted subcriterion is 2,5 points.

The submitted tender is of excellent quality and demonstrates a solution in which all the elements of the criteria have been handled in detail and to full satisfaction. No deficiencies have been identified with effect on the performance of the assignment, and the tender thus gives complete assurance of satisfactory fulfillment of the assignment.

The method statements included in the tender are very detailed and demonstrates how the tenderer intends to perform the services and works comprised by the Scope of Works. The tenderer proposes an excellent

understanding of the project complexity and necessary activities. Furthermore, the method statements include methods and procedures which demonstrate that the tenderer fully understands the tendered works and services.

The description of proposed vessels used for cable protection operations and survey activities (for instance UXO inspections) is well described. All vessels are evaluated suitable for performing activities under the maritime and expected meteorological conditions comprised by the Scope of Works and likewise, all vessels are evaluated suitable for performing protection operations in shallow waters. Furthermore, a description of operation limitations due to maritime conditions and weather is well described and gives complete assurance of satisfactory fulfillment of the tendered contract.

Furthermore, the equipment, tools, machines, and various spreads necessary for securing the execution of the operations are well described.

The included project time schedule is detailed, robust and project specific including all activities executed by the tenderer concerning executing the tendered contract. Furthermore, it is evaluated positively that the project time schedule is divided into sub-tasks that demonstrates a well-planned, realistic, and robust time schedule, which allows sufficient time for potential schedule contingencies, and the tenderers ability and capacity to perform the works within the time frame. Further, all phases of the works are described in relevant detail and the structure of the works is outlined.

The description and schedule reflect a realistic and frontloaded execution of critical activities. Hazardous activities are well planned and not performed concurrently, and further, the description and schedule reflect the tenderers' ability to catch up on delays.

The project time schedule is included both in the form of a GANTT-chart, as well as in a supporting and elaborating description.

J.A. Rederiet

J.A. Rederiet has scored 10 points. Points for the weighted subcriterion is 2,5 points.

The submitted tender is of excellent quality and demonstrates a solution in which all the elements of the criteria have been handled in detail and to full satisfaction. No deficiencies have been identified with effect on the performance of the assignment, and the tender thus gives complete assurance of satisfactory fulfillment of the assignment.

The method statements included in the tender are very detailed and demonstrates how the tenderer intends to perform the services and works

comprised by the Scope of Works. The tenderer has an excellent understanding of the project complexity and necessary activities. Furthermore, the method statements include methods and procedures which demonstrate that the tenderer fully understands the tendered works and services.

The description of proposed vessels used for cable protection operations and survey activities (for instance UXO inspections) is well described. All vessels are evaluated suitable for performing activities under the maritime and expected meteorological conditions comprised by the Scope of Works and likewise, all vessels are evaluated suitable for performing protection operations in shallow waters. Furthermore, a description of operation limitations due to maritime conditions and weather is well described and gives complete assurance of satisfactory fulfillment of the tendered contract.

Furthermore, the equipment, tools, machines, and various spreads necessary for securing the execution of the operations are well described.

The included project time schedule is detailed, robust and project specific including all activities executed by the tenderer concerning the Works. Furthermore, it is evaluated positively that the project time schedule is divided into sub-tasks that demonstrates a well-planned, realistic, and robust time schedule, which allows sufficient time for potential schedule contingencies, and the tenderers ability and capacity to perform the works within the time frame. Further, all phases of the works are described in relevant detail and the structure of the works is outlined.

The description and schedule reflect a realistic and frontloaded execution of critical activities. Hazardous activities are well planned and not performed concurrently, and further, the description and schedule reflect the tenderers' ability to catch up on delays.

The project time schedule is included both in the form of a GANTT-chart, as well as in a supporting and elaborating description.

Evaluation of the subcriterion Organization and Key Personnel

JD-Contractor A/S has in total for the tender scored 10 points for the sub-criterion. Points for the weighted subcriterion is 1 point.

The submitted tender is of excellent quality and demonstrates a solution in which all the elements of the criteria have been handled in detail and to full satisfaction. No deficiencies have been identified with effect on the performance of the assignment, and the tender thus gives complete assurance of satisfactory fulfillment of the assignment.

As to the key personnel offered as the Project Manager, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works. As regards to the key personnel offered as the Offshore Manager for UXO investigations, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works. As to the key personnel offered as the Offshore Manager for protection activities, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works. As regards to the key personnel offered as the Offshore Manager for survey activities, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works. As to the key personnel offered as the Onshore Investigations Manager, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works. As regards to the key personnel offered as the HSE Manager, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works. As to the key personnel offered as the QA Manager, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works.

The submitted CVs are overall detailed and demonstrate experience and competences highly relevant to the requested services and works. Furthermore, the CVs demonstrate recent professional experience of all Key Personnel relevant for delivering projects of a nature and magnitude in relation to the relevant activities similar to the requested services and works.

The tenderer has submitted an organizational chart explaining the roles and function of the Key Personnel proposed to perform the requested services.

Furthermore, the organization has clear lines of communication which in the Contracting Authority's view ensures efficient communication internally, within the organization, and externally to the Contracting Authority. The tender includes a description on the coverage of all positions and the possibility to scale up in manpower during execution to fulfill the project time schedule which gives complete assurance of satisfactory fulfillment of the tendered contract.

The proposed organization plan shows an excellent project understanding and immediate usefulness for complexity of the project. Further, it shows an excellent understanding of how the various interfaces during the various phases interact and are covered.

J.A. Rederiet

J.A. Rederiet has scored 10 points. Points for the weighted subcriterion is 1 point.

The submitted tender is of excellent quality and demonstrates a solution in which all the elements of the criteria have been handled in detail and to full satisfaction. No deficiencies have been identified with effect on the performance of the assignment, and the tender thus gives complete assurance of satisfactory fulfillment of the assignment.

As to the key personnel offered as the Project Manager, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works. As regards to the key personnel offered as the Offshore Manager for UXO investigations, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works. As to the key personnel offered as the Offshore Manager for protection activities, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works. As regards to the key personnel offered as the Offshore Manager for survey activities, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works. As to the key personnel offered as the Onshore Investigations Manager, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works. As regards to the key personnel offered as the HSE Manager, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works. As to the key personnel offered as the QA Manager, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works.

The submitted CVs are overall detailed and demonstrate experience and competences highly relevant to the requested services and works. Furthermore, the CVs demonstrate recent professional experience of all Key Personnel relevant for delivering projects of a nature and magnitude in relation to the relevant activities similar to the requested services and works.

The tenderer has submitted an organizational chart explaining the roles and function of the Key Personnel proposed to perform the requested services. Furthermore, the organization has clear lines of communication which in the Contracting Authority's view ensures efficient communication internally, within the organization, and externally to the Contracting Authority.

The tender includes a description on the coverage of all positions and the possibility to scale up in manpower during execution to fulfill the project time schedule which gives complete assurance of satisfactory fulfillment of the tendered contract.

The proposed organization plan shows an excellent project understanding and immediate usefulness for complexity of the project. Further, it shows

an excellent understanding of how the various interfaces during the various phases interact and are covered, as well as how the involved sub-contractors are linked up to the project and managed by the overall project manager.

Evaluation of the subcriterion Health, Safety and Environment

JD-Contractor A/S has in total for the tender scored 10 points for the sub-criterion. Points for the weighted subcriterion is 1 point.

The submitted tender is of excellent quality and demonstrates a solution in which all the elements of the criteria have been handled in detail and to full satisfaction. No deficiencies have been identified with effect on the performance of the assignment, and the tender thus gives complete assurance of satisfactory fulfillment of the assignment.

The tenderer has submitted a detailed HSE-plan and RAMS (Risk Assessment and Method Statement) for the tendered assignment.

As regards to the HSE Risk Assessment the tenderer has included a highly detailed description of risk assessments available for various activities, covering all known hazardous situations, related to the project.

As to the method statement, the tenderer has included a description of HSE elements as an integrated part. Furthermore, the tenderer has described in detail, how accident and incident investigations are conducted including roles and responsibilities.

Regarding the safety organization the tenderer specifies that the overall responsibility for the safety of the operations is assigned to barge Manager/Master. Furthermore, the description of the safety organization includes how the safety organization on site is structured to ensure and efficient supervision for the project.

The emergency preparedness plan defines an emergency response team onshore and offshore. Likewise, an emergency notification flowchart is available for each offshore unit.

J.A. Rederiet

J.A. Rederiet has scored 10 points. Points for the weighted subcriterion is 1 point.

The submitted tender is of excellent quality and demonstrates a solution in which all the elements of the criteria have been handled in detail and to full satisfaction. No deficiencies have been identified with effect on the performance of the assignment, and the tender thus gives complete assurance of satisfactory fulfillment of the assignment.

The tenderer has submitted a detailed HSE-plan and RAMS (Risk Assessment and Method Statement) for the tendered assignment.

As regards to the HSE Risk Assessment the tenderer has included a highly detailed description of risk assessments available for various activities, covering all known hazardous situations, related to the project.

As to the method statement, the tenderer has included a description of HSE elements as an integrated part. Furthermore, the tenderer has described in detail, how accident and incident investigations are conducted including roles and responsibilities.

Regarding the safety organization the tenderer specifies that the overall responsibility for the safety of the operations is assigned to barge Manager/Master. Furthermore, the description of the safety organization includes how the safety organization on site is structured to ensure and efficient supervision for the project.

The emergency preparedness plan defines an emergency response team onshore and offshore. Likewise, an emergency notification flowchart is available for each offshore unit.

Evaluation of the subcriterion Contract Terms

JD-Contractor A/S has in total for the tender scored 9 points for the subcriterion. Points for the weighted subcriterion is 0,9 points.

The submitted tender is of good quality and demonstrates a highly qualified solution for the tendered assignment. Only minor deficiencies have been identified and the tender thus provides assurance of satisfactory fulfillment of the tender.

As to the contract terms, tenderer's few remaining deviations have the intent to limit liability and shift the financial risk in favor of the tenderer. Such deviations have a negative impact in the evaluation. These reservations are: The reservation as to the performance bond and the overall limitation of liability clause.

On this basis, the tender is regarded as "good" as to the contract terms, with reference to the Tender Conditions cl. 3.2.2.

J.A. Rederiet

J.A. Rederiet has scored 9 points. Points for the weighted subcriterion is 0,9 points.

The submitted tender is of good quality and demonstrates a highly qualified solution for the tendered assignment. Only minor deficiencies have been identified and the tender thus provides assurance of satisfactory fulfillment of the tender.

As to the contract terms, tenderer has a few deviations. The deviations have the intention to clarify the relation between the prices and the time regarding the contract terms and therefore only intend to limit liability and shift the financial risk to a minor degree. The submitted tender is of “good quality”, with reference to the Tender Conditions cl. 3.2.2.”

Den 26. april 2024 henvendte JD-Contractor sig til Energinet og anmodede bl.a. om redegørelser for identiteten på den vindende tilbudsgiver og for evalueringen. Energinet fremsendte den 1. maj 2024 besvarelse herpå, der bl.a. indeholdt en revideret begrundelse for tildelingsbeslutningen. Følgende fremgår af besvarelsen af 1. maj 2024 bl.a.:

”Tak for din e-mail dateret 26. april 2024, indeholdende en række anmodninger om aktindsigt samt redegørelser, der vil blive søgt besvaret nedenfor.

Grundet din og din klients korte deadline for besvarelse af punkterne 1-4 forholder Energinet sig i det følgende alene til disse punkter. Punkterne, der kræver høring af J.A. Rederiet, vil blive behandlet separat, hvis det fortsat ønskes. Dog vil jeg gøre opmærksom på at din klient formodentlig vil modtage en tilsvarende høring, da begge parter i øjeblikket deltager i et andet Energinet udbud, hvorfor det må forventes at J.A. Rederiet har en tilsvarende interesse i indsigt i JD-Contractors tilbud.

For så vidt angår (1) beder du Energinet besvare, *hvordan Energinet anser det for muligt at indgå kontrakt med enkeltmandsvirksomheden J.A. Rederiet omkring den udbudte opgave, hvis alle aktiviteter og medarbejdere er overflyttet til J.A. Shipping A/S.*

Udbuddet er gennemført via Achilles UNCE kvalifikationsordning, som J.A. Rederiet var optaget på, da Energinet udsendte invitationsbrev til dette udbud den 9. november 2023. J.A. Rederiet søgte om prækvalifikation og opfyldte Energinets krav til økonomisk og finansiell formåen, ligesom der var angivet relevante referencer til brug for udvælgelse.

Det er korrekt at J.A. Rederiet er en enkeltmandsvirksomhed, der fortsat er registreret som aktiv i cvr. registret. For god ordens skyld er oversigten fra cvr bilagt dette brev.

Om og hvis aktiviteterne og mandskabet er overflyttet til J.A. Shipping A/S vil vi ikke indlade os på diskussioner af, da ejerskab eller ansættelsesforhold ikke er afgørende for om en leverandør kan tildeles en kontrakt. I den forbindelse henviser jeg til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 3, der kodificerer det alment anerkendte EU-retlige princip om at leverandøren kan anvende underleverandører til opfyldelse af kontrakten samt til Domstolens udtalelse i C-642/20, hvori Domstolen underkender en italiensk særbestemmelse, der påbyder hovedleverandøren selv at udføre størstedelen af kontrakten, bl.a. under henvisning til udbudsdirektivets tilsvarende bestemmelse.

I forbindelse med gennemførelse af udbudsprocessen har Energinet ikke konstateret forhold, der har givet anledning til at tvivle på de oplysninger vi har modtaget fra J.A. Rederiet. På baggrund af din henvendelse har J.A. Rederiets ejer erklæret på tro- og love at han har rådighed over mandskab og maskiner til udførelse af alle arbejder omfattet af kontrakten.

For så vidt angår (2) beder du Energinet besvare, *hvordan det er blevet vurderet, at enkeltmandsvirksomheden J.A. Rederiet har opfyldt de økonomiske/finansielle mindstekrav ved udbuddet.*

Opfyldelse af kravet er sket på baggrund af fremsendte økonomiske nøgletal, der efterfølgende er dokumenteret ved fremsendelse af revisorpåtegnet årsrapport, der er aflagt i overensstemmelse med årsregnskabsloven, fra regnskabsåret 2022. Da de oplyste og dokumenterede tal opfylder Energinets mindstekrav til såvel egenkapital som soliditetsgrad, er J.A. Rederiet vurderet egnet til at deltage i udbuddet.

Hvad angår (3) anmodning vedrører begæring om aktindsigt i

- a. ESPD fra J.A. Rederiet
- b. ESPD fra støttende enheder
- c. Dokumentation for oplysningerne i J.A. Rederiets ESPD
- d. Korrespondance mellem Energinet og J.A. Rederiet omkring opfyldelse af mindstekrav til økonomisk og finansiell formåen

Energinet har behandlet anmodningen om aktindsigt efter offentlighedsloven (lbk nr. 145 af 24. februar 2020 m.s.æ.), jf. lovens §7, stk. 1, jf. stk. 2.

Hvad angår anmodningen ad a. gives der fuld aktindsigt i dokumentet, der omfatter ESPD afgivet af J.A. Rederiet.

Hvad angår anmodningen ad b. gives der fuld aktindsigt i dokumenterne, der omfatter ESPD afgivet af HydroCharting og Drechsler Marine Consult.

Hvad angår anmodningen ad c. vil der ikke kunne gives aktindsigt i den modtagne dokumentation uden høring af J.A. Rederiet, da det på baggrund af gennemgang af dokumentationen ikke kan udelukkes at der er oplysninger, der helt eller delvist vil kunne undtages anmodningen efter bestemmelserne i offentlighedslovens kapitel 4.

Med henvisning til besvarelsen ovenfor under andet spørgsmål (A) bedes du og din klient oplyse, hvorvidt I fastholder jeres anmodning.

Hvad angår ad d. gives der fuld aktindsigt i dokumenterne, der udgør korrespondancen mellem Energinet og J.A. Rederiet omkring opfyldelse af mindstekrav om økonomisk og finansiell formåen.

Det kan for forståelses skyld oplyses, at ansøgers fremsendelse af dokumentation i form af revisorpåtegnet årsrapport fra regnskabsåret 2022, der dokumenterede opfyldelse af mindstekrav til økonomisk og finansiell formåen samt redegørelse for at man havde fejllæst hvilken valuta, der skulle oplyses i ESPD'et, er baggrunden for at Energinet trods et indledende afslag valgte at lade ansøger rette fejlen, jf. udbudslovens § 159, stk. 5. Dette vurderes at være i overensstemmelse med praksis efter EU-domstolens udtalelse i C-336/12 og Østre Landsrets dom af 10. oktober 2023, da ansøger opfyldte det kravet til økonomisk og finansiell formåen på ansøgningstidspunktet.

Dokumenterne omfatter:

1. Notification Letter – 349759 – 23/04543 – KHB05 - Protection of submarine cables (23/04543-31)
2. Korrespondance mellem Energinet og J.A. Rederiet i EU-Supply

I forhold til (4) skriver du *For det tilfælde, at Energinet ikke allerede vælger at omgøre tildelingsbeslutningen under henvisning til den ovenfor fremhævede problematik vedrørende identiteten på vinderen af udbuddet, skal jeg opfordre Energinet til at tilbagekalde tildelingsbeslutningen med henblik på at genoptage tilbudsevalueringen, således at der kan foretages en korrekt, nuanceret og fagligt funderet evaluering og pointtildeling i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.*

Der er nærmere redegjort for baggrunden for Energinets prækvalifikation af J.A. Rederiet ovenfor. Her skal blot nævnes at Energinet på baggrund af oplysningerne og dokumentationen anser J.A. Rederiet for egnet til deltagelse i udbuddet og tildeling af kontrakten.

Hvad angår tilbudsfasen har konkurrencen primært udviklet sig mellem to dygtige og kompetente tilbudsgivere, nemlig din klient og J.A. Rederiet.

Du anfægter evalueringen på baggrund af den feedback din klient modtog den 24. april 2024. Din kritik indeholder en henvisning til klagenævnets kendelse af 31. oktober 2023, da du finder at det må have formodningen imod sig, at to tilbud – afgivet fuldstændig uafhængigt af hinanden - kan have en så ensartet karakter og et så ensartet indhold, at det kan føre til nøjagtig samme pointscore på samtlige kvalitative underkriterier ved udbuddet.

Sådan forholder det sig heldigvis ikke, da det formodentligt have givet anledning til at undersøge om de to tilbudsgivere havde koordineret deres tilbud.

Havde Energinet udbudt et relativt generisk vareindkøb og indrettet sin evalueringsmodel på samme måde som Region Sjælland havde i klagesagen du henviser til, ville der have været holdepunkter i din slutning. Imidlertid fremgår det af den anvendte evalueringsmodel, at hvert tilbud evalueres op imod de i modellen nævnte under- og delkriterier.

Videre angår kontraktens genstand en kompleks anlægsentreprise, der dels kræver aktiviteter i forhold til beskyttelse af et søkabel og dels kræver viden og kompetencer i forhold til håndtering UXO'er. Derfor er kravspecifikationen bygget op, så den i vidt omfang giver tilbudsgiverne metodefrihed, da Energinet konkret vurderer at leverandørerne har et større og mere indgående kendskab til, hvilke metoder, fremgangsmåder, værktøjer etc. der er bedst egnet til at udføre beskyttelsen af søkablet.

Der er således ikke én foretrukket udførelsesmetode. Tilbudsgiverne har derfor konkurreret på i deres løsninger, gennem valg af metoder og foreslåede procedurer, at have demonstreret forståelse for opgavens kompleksitet, nødvendige aktiviteter og valg og som i øvrigt beskrevet i evalueringsmodellen.

I henhold til klagenævnslovens § 2, stk. 2 skal ordregivers underretning om en beslutning om tildeling være ledsaget af en begrundelse for beslutningen. Denne begrundelse fremgår af Energinets brev til din klient af 24. april 2024. Som det fremgår af brevet, opnår din klient og J.A. Rederiet den samme karakter for de kvalitative underkriterier, hvorfor prisen er afgørende for tildelingen af kontrakten. Konkret er J.A. Rederiets pris mindre end din klients, hvilket konkret er udslagsgivende for tildelingen af kontrakten.

På baggrund af din henvendelse har vi genbesøgt evalueringen af de to tilbud og nedenfor har evalueringsgruppen forsøgt at sætte yderligere ord på begrundelserne for karaktergivningen. Imidlertid finder vi ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen og genoptage evalueringen.

Hvad angår underkriteriet ”Time Schedule, Method Statements, Vessel and Equipment”, er Energinets uddybende feedback til din klients tilbud indsat med rødt nedenfor:

The method statements included in the tender are very detailed and demonstrates how the tenderer intends to perform the services and works comprised by the Scope of Works. The tenderer proposes an excellent understanding of the project complexity and necessary activities. Furthermore, the method statements include methods and procedures which demonstrate that the tenderer fully understands the tendered works and services.

It is evaluated positively, from a fuel efficiency perspective, that the tenderer does not propose to use vessels held in position using Dynamic Positioning (DP).

The description of proposed vessels used for cable protection operations and survey activities (for instance UXO inspections) is well described.

The tenderer proposes to use anchor-fixed vessels for the UXO operations, which is evaluated positively, as it provides a stable platform for their proposed diving activities.

The tenderer describes the use of a diving spread as their main solution to the UXO inspection part of the contract. The description of the diving procedures is very detailed and the reasoning to suggest divers as the main inspection method is sound and based on experiences from comparable projects.

It is evaluated positively that all proposed vessels are suitable for performing activities under the maritime and expected meteorological conditions comprised by the Scope of Works as the vessels have been utilized on comparable projects and likewise, all vessels are evaluated suitable for performing protection operations in shallow waters. Furthermore, a description of operation limitations due to maritime conditions and weather is well described and gives complete assurance of satisfactory fulfillment of the tendered contract.

The proposed guard vessels are evaluated positively, as they are agile enough to act within the operational description and fulfill their mission to guard and chase during ongoing operations during execution of (especially) UXO inspection works.

Furthermore, the equipment, tools, machines, and various spreads necessary for securing the execution of the operations are well described.

The included project time schedule is detailed, robust and project specific including all activities executed by the tenderer concerning executing the tendered contract. Furthermore, it is evaluated positively that the project time schedule is divided into subtasks that demonstrates a well-planned,

realistic, and robust time schedule, which allows sufficient time for potential schedule contingencies, and the tenderers ability and capacity to perform the works within the time frame. In this context it is noted that the vessel proposed by the tenderer is owned by the tenderer which in the view of the Contracting Authority reduces the potential for scheduling conflicts.

Further, all phases of the works are described in relevant detail and the structure of the works is outlined.

The description and schedule reflect a realistic and frontloaded execution of critical activities. Hazardous activities are well planned and not performed concurrently, and further, the description and schedule reflect the tenderers' ability to catch up on delays.

It is evaluated positively that the project description contains a contingency plan, should the UXO inspection works experience a delay (multiple spreads).

It is evaluated positively that the presented time schedule fits within the timeframe outlined in the tender material.

The project time schedule is included both in the form of a GANTT-chart, as well as in a supporting and elaborating description.

Hvad angår tilbuddet fra J.A. Rederiet er den uddybende feedback indsat med rødt nedenfor:

The method statements included in the tender are very detailed and demonstrates how the tenderer intends to perform the services and works comprised by the Scope of Works. The tenderer shows an excellent understanding of the project complexity and necessary activities. Furthermore, the method statements include methods and procedures which demonstrate that the tenderer fully understands the tendered works and services.

It is evaluated positively, from a fuel efficiency perspective, that the tenderer does not propose to use vessels held in position using Dynamic Positioning (DP).

The description of proposed vessels used for cable protection operations and survey activities (for instance UXO inspections) is well described.

The tenderer proposes to use spud-leg fixed vessels for UXO operations, which is evaluated positively, as it provides a very stable base for necessary diving activities, as well as allows for swift changes of position.

The proposed vessels are spacious and provides plenty room for all members of the crew and client representatives.

The description of the UXO inspection part of the tender is very detailed and includes a description of each of the different spreads used in SI-MOPS during the inspection work. The reasoning to suggest several methods for inspection to work on the project simultaneously is sound and based on comparable projects.

It is evaluated positively that all vessels are evaluated suitable for performing activities under the maritime and expected meteorological conditions comprised by the Scope of Works and some of the vessels have been utilized on comparable projects and all vessels are evaluated suitable for performing protection operations in shallow waters. Furthermore, a description of operation limitations due to maritime conditions and weather is well described and gives complete assurance of satisfactory fulfillment of the tendered contract.

The proposed guard vessels are evaluated positively, as they provide an excellent mix of agility and size to act within the operation description and fulfill their mission to guard the ongoing operations during execution of (especially) UXO inspection works.

Furthermore, the equipment, tools, machines, and various spreads necessary for securing the execution of the operations are well described.

The included project time schedule is detailed, robust and project specific including all activities executed by the tenderer concerning the Works. Furthermore, it is evaluated positively that the project time schedule is divided into sub-tasks that demonstrates a well-planned, realistic, and robust time schedule, which allows sufficient time for potential schedule contingencies, and the tenderers ability and capacity to perform the works within the time frame.

Further, all phases of the works are described in relevant detail and the structure of the works is outlined.

The description and schedule reflect a realistic and frontloaded execution of critical activities. Hazardous activities are well planned and not performed concurrently, and further, the description and schedule reflect the tenderers' ability to catch up on delays.

The proposed setup of using several spud-legged vessels simultaneously appears as a very time-efficient mode operation, which is reflected in the time-schedule. The proposed spreads can partially work in 24hr mode, which further impacts the time schedule positively.

It is evaluated positively that the project description and time schedule aim to mitigate potential delays during UXO inspection by working with multiple spreads from the start.

It is evaluated positively that the presented time schedule fits within the timeframe outlined within the tender material by quite a margin, leaving a healthy amount of contingency.

The project time schedule is included both in the form of a GANTT-chart, as well as in a supporting and elaborating description.

Hvad angår underkriteriet ”Organization and Key Personnel” er Energi-nets uddybende feedback til din klients tilbud indsat med rødt nedenfor:

As to the key personnel offered as the Project Manager, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works, incl. experience from the direct vicinity to the project site. As regards to the key personnel offered as the Offshore Manager for UXO investigations, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works, incl. experience from the direct vicinity to the project site. As to the key personnel offered as the Offshore Manager for protection activities, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works, incl. experience from the direct vicinity to the project site. As regards to the key personnel offered as the Offshore Manager for survey activities, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works, incl. experience from the direct vicinity to the project site. As to the key personnel offered as the Onshore Investigations Manager, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works. As regards to the key personnel offered as the HSE Manager, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works. As to the key personnel offered as the QA Manager, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works.

The submitted CVs are overall detailed and demonstrate experience and competences highly relevant to the requested services and works, including similar projects in the direct vicinity to the project site. Furthermore, the CVs demonstrate recent professional experience of all Key Personnel relevant for delivering projects of a nature and magnitude in relation to the relevant activities similar to the requested services and works, incl. experience from the direct vicinity to the project site.

The tenderer has submitted an organizational chart explaining the roles and function of the Key Personnel proposed to perform the requested services.

Furthermore, the organization has clear lines of communication which in the Contracting Authority’s view ensures efficient communication internally, within the organization, and externally to the Contracting Authority. The tender includes a description on the coverage of all positions and the possibility to scale up in manpower during execution to fulfill the project time schedule which gives complete assurance of satisfactory fulfillment of the tendered contract.

The proposed organization plan shows an excellent project understanding and immediate usefulness for complexity of the project. Further, it shows an excellent understanding of how the various interfaces during the various phases interact and are covered.

Hvad angår tilbuddet fra J.A. Rederiet er den uddybende feedback indsat med rødt nedenfor:

*As to the key personnel offered as the Project Manager, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works. As regards to the key personnel offered as the Offshore Manager for UXO investigations, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works, **incl. experience from the direct vicinity to the project site**. As to the key personnel offered as the Offshore Manager for protection activities, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works. As regards to the key personnel offered as the Offshore Manager for survey activities, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works. As to the key personnel offered as the Onshore Investigations Manager, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works, **incl. experience from the direct vicinity to the project site**.*

As regards to the key personnel offered as the HSE Manager, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works. As to the key personnel offered as the QA Manager, the CV demonstrates experience and competences highly relevant to the requested services and works.

The submitted CVs are overall detailed and demonstrate experience and competences highly relevant to the requested services and works. Furthermore, the CVs demonstrate recent professional experience of all Key Personnel relevant for delivering projects of a nature and magnitude in relation to the relevant activities similar to the requested services and works.

The tenderer has submitted an organizational chart explaining the roles and function of the Key Personnel proposed to perform the requested services.

Furthermore, the organization has clear lines of communication which in the Contracting Authority's view ensures efficient communication internally, within the organization, and externally to the Contracting Authority.

The tender includes a description on the coverage of all positions and the possibility to scale up in manpower during execution to fulfill the project

time schedule which gives complete assurance of satisfactory fulfillment of the tendered contract.

The proposed organization plan shows an excellent project understanding and immediate usefulness for complexity of the project. Further, it shows an excellent understanding of how the various interfaces during the various phases interact and are covered, as well as how the involved sub-contractors are linked up to the project and managed by the overall project manager, as the sub-contractors are presented as an integral part of the tenderer's organization.

Hvad angår underkriterierne "HSE" og "Contract Terms" har vi ikke yderligere at tilføje.

For at sammenfatte ovenstående, har Energinet gennemført en udbudsproces, der har været karakteriseret af to virkeligt stærke tilbudsgivere og en tredje, der udgik af konkurrencen på baggrund af revideret tilbud.

De to tilbudsgivere har begge afleveret gode og gennemarbejdede tilbud og har lyttet til og indarbejdet de tilbagemeldinger begge modtog i forbindelse med forhandlingsmøderne. Dette er baggrunden for den høje karaktergivning, da der hverken i forhold til underkriterierne "HSE", "Organization and Key Personnel" eller "Time Schedule, Method Statements, Vessel and Equipment" har været elementer i besvarelsene, der har trukket ned i karakteren. Hvad angår underkriteriet "Contract Terms" har begge leverandører haft (forskellige) afvigelser, af mindre betydning, til de konkurrenceudsatte elementer i kontrakten og begge har derfor fået karakteren 9.

Energinet håber hermed at have besvaret dine og din klients spørgsmål. Tilbuddet om et møde står naturligvis fortsat ved magt og vi håber at kunne fortsætte det gode samarbejde.

Lad os det gerne vide om de resterende dele af anmodningen om aktindsigt fortsat står ved magt."

Som nævnt afsagde klagenævnet den 4. juni 2024 delkendelse om ikke at tillægge JD-Contractors klage opsættende virkning.

Den 17. juni 2024 meddelte Energinet JD-Contractor delvis aktindsigt i en række dokumenter, der indgik i J.A. Rederiets tilbud. Disse og andre dokumenter, der indgik i J.A. Rederiets tilbud, er blevet fremlagt efter nævnets delkendelse af 4. juni 2024. En række af dokumenterne er udarbejdet på brev-papir tilhørende J.A. Shipping.

Energinet har i et dokument, der blev fremlagt den 27. august 2024, forholdt sig yderligere til JD-Contractors indsigelse mod Energinets kvalitative evaluering af tilbuddene fra henholdsvis J.A. Rederiet og JD-Contractor.

Parternes anbringender

Ad påstand 1a

JD-Contractor har gjort gældende, at Energinet har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at prækvalificere og tildele kontrakten til J.A. Rederiet, der på tidspunktet for prækvalifikation og tildeling var blevet virksomhedsmæssigt omstruktureret til selskabet J.A. Shipping, der ikke var optaget på kvalifikationsordningen og ikke opfyldte minimumskravene til egnethed ved udbuddet.

Det var enkeltmandsvirksomheden J.A. Rederiet, der var optaget på den kvalifikationsordning, som Energinet har gennemført udbuddet på grundlag af. Det var således J.A. Rederiet, der blev inviteret til at søge om prækvalifikation, der blev prækvalificeret af Energinet til at afgive tilbud ved udbuddet, og der blev tildelt kontrakten af Energinet efter gennemførelsen af udbuds- og forhandlingsforløbet.

Af CVR-registret fremgår det om J.A. Rederiet, at der efter juli 2023, hvor der var registreret 34 ansatte hos J.A. Rederiet, ikke har været registreret nogen ansatte hos J.A. Rederiet.

Tilsvarende fremgår det af CVR-registret om J.A. Shipping, at selskabet blev stiftet den 7. juni 2023 på den samme adresse som J.A. Rederiet, og at der i august 2023 for første gang blev registreret ansatte i virksomheden. Virksomheden havde ved sin første registrering 35 ansatte, hvilket stort set svarer til det antal ansatte, der var i J.A. Rederiet ved den sidste registrering. I registreringshistorikken i CVR-registret for J.A. Shipping fremgår det endvidere, at selskabet blev stiftet med en kapital på 1.000.000 kr., og at indbetaling heraf skete ved indskud af bestående virksomhed til kr. 1.000.000 til kurs 4.963,65.

Af de foreliggende oplysninger fra CVR-registret og Skibsregistret om ejerskabet til de relevante skibsfartøjer fremgår det således, at de forretningsmæssige aktiviteter, der tidligere blev udøvet i J.A. Rederiet, fra august 2023 er blevet udøvet i J.A. Shipping.

Til trods for at der ikke har været ansatte i J.A. Rederiet fra august 2023, idet virksomheden var blevet indskudt i det nyetablerede selskab J.A. Shipping, valgte Energinet i november 2023 at invitere J.A. Rederiet til at deltage i udbuddet af en kontrakt til 93 mio. kr.

J.A. Rederiet blev prækvalificeret af Energinet til at afgive tilbud, uanset at prækvalifikationsanmodningen med oplysninger om referencer og økonomiske oplysninger fra virksomheden reelt var uden relevans og værdi, idet der ikke længere blev udøvet aktiviteter i virksomheden, da disse på tidspunktet blev udøvet fra J.A. Shipping.

J.A. Rederiets deltagelse i udbuddet, selv om virksomheden var blevet indskudt i selskabet J.A. Shipping, måtte udspringe af, at J.A. Shipping ikke var blevet optaget på den relevante kvalifikationsordning den 9. november 2023 og derfor ikke var i stand til lovligt at deltage i Energinets udbud. Uanset om J.A. Shipping måtte have været registreret i kvalifikationsordningen på tidspunktet for igangsættelsen af udbuddet, ville J.A. Shipping i øvrigt ikke have været i stand til at honorere de minimumskrav til egnethed, der var blevet opstillet af Energinet ved udbuddet.

Energinet kunne desuden ikke prækvalificere J.A. Rederiet ved udbuddet, idet virksomheden formelt og reelt var blevet indskudt i selskabet J.A. Shipping. J.A. Rederiet kunne dermed ikke længere betragtes som en selvstændig økonomisk aktør, der kunne deltage i udbud på baggrund af kvalifikationsordningen.

Det har således været uproportionalt og usagligt at vurdere J.A. Rederiets økonomiske/finansielle oplysninger for regnskabsåret 2022 op imod de stillede minimumskrav til egenkapital og soliditetsgrad ved udbuddet, idet J.A. Rederiets økonomi var indgået i den virksomhedsmæssige omstrukturering, som havde resulteret i, at de forretningsmæssige aktiviteter nu blev udøvet fra selskabet J.A. Shipping med et andet CVR-nummer.

Det har også været uproportionalt og usagligt at lægge vægt på J.A. Rederiets referencer som oplyst i virksomhedens ESPD, idet der ikke længere blev udøvet forretningsmæssige aktiviteter i virksomheden J.A. Rederiet, hvilket indebærer, at det på tidspunktet for gennemførelse af prækvalifikationen stod klart, at J.A. Rederiet aldrig ville komme til at udføre nogen dele af den udbudte kontrakt.

J.A. Rederiet havde i sit ESPD utvetydigt angivet, at virksomheden ikke havde til hensigt at give dele af kontrakten i underleverance til tredjeparter, hvilket ikke stemte overens med, at J.A. Rederiet ikke længere havde ansatte i virksomheden og derfor heller ikke ville være i stand til at udføre kontrakten. Der var således ikke nogen realitet i J.A. Rederiets selvstændige deltagelse i udbuddet.

Tilbuddet var desuden udformet på J.A. Shippings brevpapir, baseret på ydelser leveret af J.A. Shipping og nøglepersoner samt underleverandører til J.A. Shipping. J.A. Rederiet beskrives ingen steder i tilbuddet som havende en rolle i kontraktforholdet eller udførelsen af de udbudte ydelser. Tværtimod fremhæves J.A. Shipping som det selskab, der er blevet prækvalificeret til at afgive tilbud, og som vil have rollen som kontraktholder over for Energinet, herunder i forhold til ansvaret for underleverandører.

Ved fastlæggelsen af, hvad det er for en virksomhed, der har afgivet tilbud ved et udbud, kan der ikke alene lægges vægt på den tekniske virksomhedsprofil, der har uploadet tilbuddet i udbudssystemet. Tilbuddet må vurderes i sin helhed og efter sit materielle indhold, og der vil ofte kunne være tale om, at et tilbud formelt og reelt er afgivet af en sammenslutning af virksomheder (konsortium), selv om det alene er den ene af deltagerne i sammenslutningen, der har stået for at uploade og afgive tilbuddet i udbudssystemet via virksomhedens virksomhedsprofil.

Det er et faktum, at tilbuddet efter sit indhold helt eller delvist fremstod som afgivet af J.A. Shipping. Dette har også været naturligt, i og med at J.A. Rederiet på tilbudstidspunktet ikke længere var en virksomhed med ansatte, der var egnet og havde evne til at afgive tilbud på den udbudte kontrakt.

Videre er J.A. Rederiets hjemmeside også sammenfaldende med J.A. Shippings hjemmeside, hvilket yderligere dokumenterer, at J.A. Rederiet ikke på tilbudstidspunktet længere var en tilbudsgiver med selvstændig identitet. Det

fremgår på hjemmesiden under fanen ”Company Profile”, at ”J.A. Shipping, established in 1989 by Jens Alfastsen, is a renowned and reputable company in the maritime industry. In January 2009, Captain Kim Alfastsen assumed the role of CEO and became the sole owner of the company.”

Efter den virksomhedsmæssige omstrukturering i sommeren 2023 har J.A. Rederiet således ikke anset sig selv som en selvstændig virksomhed i drift, men derimod som en del af det nyetablerede selskab J.A. Shipping.

Af de udbudsdokumenter, som JD-Contractor har fået forelagt i forbindelse med udbudsprocessen og senest af underretningen vedrørende tildelingen fremgår det, at det var J.A. Rederiet, der deltog i udbuddet. J.A. Rederiet har således på intet tidspunkt anmodet Energinet om at kunne ”overdrage” sin deltagelse i udbuddet til J.A. Shipping.

Det ville i øvrigt heller ikke have været muligt for Energinet at tillade en ”overdragelse” af deltagelsen i udbuddet til J.A. Shipping, idet selskabet ikke ville kunne opfylde egnethedskravene ved udbuddet, jf. princippet i udbudslovens § 147, stk. 1, nr. 4, som også må være relevant i forhold til udbud gennemført i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Det kan ikke anses for en undskyldelig omstændighed, at Energinet ikke måtte have været bekendt med den virksomhedsmæssige omstrukturering, der var foretaget hos J.A. Rederiet. Energinet blev den 26. april 2024, hvor JD-Contractor kom med sin første indsigelse vedrørende tildelingen, bekendt med forholdet og kunne have disponeret ved at tilbagekalde tildelingsbeslutningen. I den forbindelse henvises til eksempelvis klagenævnets kendelser af 27. maj 2015, Annelise Küseler mod Morsø Kommune, og af 2. marts 2021, City Mobil A/S mod Region Midtjylland, hvor klagenævnet har fastslået, at en ordregivende myndighed har pligt til at reagere på forhold, der skaber tvivl om retmæssigheden af en tildelingsbeslutning helt frem til tidspunktet for kontraktindgåelsen.

I den konkrete situation var Energinet forpligtet til at reagere, idet en fastholdelse af tildelingsbeslutningen vil medvirke til, at den udbudte kontrakt til en anslået værdi af 93 mio. kr. i sin helhed vil blive udført af virksomheder, særligt J.A. Shipping, der ikke er registreret på kvalifikationsordningen.

Såfremt Energinet måtte vælge at indgå kontrakt med J.A. Rederiet velvidende, at J.A. Rederiet ikke længere eksisterer som selvstændig virksomhed, vil det ikke kunne anses som en kontraktindgåelse i overensstemmelse med kvalifikationsordningen, og kontrakten vil herefter skulle erklæres for uden virkning.

Energinet har ladet en virksomhed deltage som tilbudsgiver ved udbuddet, uanset at virksomheden reelt ikke længere er i drift, og uanset at alle de elementer, som Energinet har fokuseret på ved egnethedsvurderingen, ikke længere er relevante og retvisende for virksomheden, hvorfor der foreligger en omgåelse af udbudsreglerne, herunder udbudslovens § 147 eller dennes princip.

Energinet har ikke foretaget nogen reel egnethedsvurdering af den virksomhed, som har fået tildelt kontrakten. Når Energinet nu har kendskab til forholdene, herunder navnlig omstruktureringen fra J.A. Rederiet til J.A. Shipping, er der handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 59, stk. 4. Den reelle kontrakthaver vil være J.A. Shipping, der ikke opfylder betingelserne. Energinet har også en pligt til at reagere helt frem til kontraktens indgåelse.

En blåstempling af Energinets fremgangsmåde, hvorefter det tillades, at en virksomhed uden medarbejdere og uden aktiver kan udnytte sin formelle optagelse på en kvalifikationsordning til at lade et udbudt arbejde udføre i sin helhed af virksomheder, der ikke er optaget på kvalifikationsordningen, vil åbne op for omfattende muligheder for at omgå udbudsreglerne. Det vil således kunne åbne op for, at virksomheder vil kunne agere som ”stråmænd” for andre virksomheder, der af den ene eller anden grund ikke er i stand til at komme i betragtning til en kvalifikationsordning, et dynamisk indkøbssystem eller en rammeaftale, eksempelvis fordi virksomheden ikke selv opfylder et egnethedskrav eller er omfattet af en udelukkelsesgrund.

J.A. Shipping har reelt fået tildelt kontrakten til ca. 100 mio. kr. i sin helhed – bortset fra mindre dele, der varetages af underleverandører – selv om J.A. Shipping ikke er blevet egnethedsvurderet ved udbuddet, herunder i forhold til de udbudsretlige udelukkelsesgrunde. J.A. Rederiet anførte i sit ESPD, at virksomheden ikke baserede sig på J.A. Shippings kapacitet, hvilket klagenævnet fejlagtigt har lagt til grund i delkendelsen af 4. juni 2024. J.A. Rederiet havde desuden i ESPD’et anført, at virksomheden ikke havde til hensigt

at anvende underleverandører (som J.A. Rederiet ikke baserede sig på) til udførelsen af kontrakten.

Angivelsen af ikke at ville anvende underleverandører skal ses i sammenhæng med, at J.A. Rederiet ikke baserede sig på J.A. Shippings tekniske/faglige formåen ved udbuddet, men alene baserede sig på to andre navngivne virksomheders tekniske/faglige formåen.

Der er således intet i J.A. Rederiets ansøgning om prækvalifikation, der har kunnet tages som udtryk for, at J.A. Shipping havde en særskilt rolle som underleverandør til J.A. Rederiet.

Energinet har gjort gældende, at J.A. Rederiet opfyldte minimumskravet til tilbudsgivers økonomiske og finansielle formåen, hvorfor Energinet både kunne og skulle tage tilbuddet fra J.A. Rederiet i betragtning. Der er således ikke grundlag for at tage JD-Contractors påstand om, at tildelingen skulle have været i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, til følge.

Der gælder ikke selvstændige krav til en underleverandørs egnethed, og J.A. Rederiet har været berettiget til at organisere sig og strukturere sin opgaveløsning i henhold til virksomhedens egne ønsker, hvorfor det som JD-Contractor har anført om J.A. Rederiets underleverandør J.A. Shippings optagelse på kvalifikationsordningen, herunder selskabets mulighed for at opfylde minimumskravet til egnethed, er uden relevans. Det afgørende er, at den juridisk ansvarlige tilbudsgiver er identisk med den tilbudsgiver, som er optaget på kvalifikationsordningen, og at denne juridisk ansvarlige tilbudsgiver opfylder egnethedskriterierne.

Det var J.A. Rederiet, som var optaget på kvalifikationsordningen, som blev prækvalificeret til at deltage i udbuddet, som afgav tilbud i EU-Supply med angivelse af virksomhedens CVR-nr., og som Energinet tildelte den udbudte kontrakt til. Det er således et faktum, at J.A. Rederiet fortsat eksisterer. Det bestrides derfor, at J.A. Rederiet ikke længere kan betragtes som en økonomisk aktør i henhold til det, som JD-Contractor har gjort gældende.

Selve afgivelsen af tilbuddet er således en viljeserklæring, der binder den virksomhed, i hvis navn tilbuddet er uploadet. Da tilbuddet er afgivet af J.A. Rederiet med CVR-nr. 32199313, er det J.A. Rederiet, der er forpligtet og

dermed juridisk ansvarlig for tilbuddet, jf. også aftalelovens § 1. Det forhold, at der i tilbuddet flere steder er henvist til J.A. Shipping, der er J.A. Rederiets forpligtede underleverandør, ændrer ikke ved, at den formelle og reelle tilbudsgiver er J.A. Rederiet.

J.A. Rederiet har foretaget en intern omstrukturering af sine aktiviteter, men dette ændrer ikke på, at J.A. Rederiet fortsat udgør en virksomhed, der er optaget på Energinets kvalifikationsordning, og som Energinet derfor også er forpligtet til at tage i betragtning ved sine udbud. Det afgørende for, om J.A. Rederiet kunne og skulle prækvalificeres til at afgive tilbud, var således ikke, hvilke aktiver der var i virksomheden, men derimod, om virksomheden opfyldte minimumskravet for prækvalifikation i form af krav til egenkapital og soliditetsgrad, hvilket var tilfældet.

Til dokumentation for, at J.A. Rederiet opfyldte minimumskravene til tilbudsgivers egenkapital og soliditetsgrad, jf. punkt 3.2 i invitation til prækvalifikation, har Energinet fremlagt J.A. Rederiets senest tilgængelige revisorattesterede årsrapport fra 2022. Dokumentationen blev indhentet i forbindelse med prækvalifikationen af J.A. Rederiet.

Det er ikke uproportionalt og usagligt at vurdere J.A. Rederiets opfyldelse af minimumskravene på baggrund af de fremlagte økonomiske oplysninger fra virksomhedens seneste revisorattesterede årsrapport. Virksomhedens økonomiske og finansielle kapacitet må vurderes ud fra de foreliggende oplysninger, og der kan ikke stilles skærpede krav til dokumentationen for én prækvalifikationsansøger. Omstruktureringen ændrer desuden ikke på J.A. Rederiets økonomiske og finansielle kapacitet, idet omstruktureringen alene har bestået i en udskillelse af virksomhedens aktiver i et af J.A. Rederiet helejet datterselskab, hvorfor værdien af aktiverne fortsat ligger i J.A. Rederiet.

Der var ikke opstillet minimumskrav til tilbudsgiveres tekniske og faglige formåen, ligesom det som følge af det begrænsede antal prækvalifikationsansøgere ikke blev relevant at foretage en udvælgelse blandt disse, hvorfor referencerne ikke har spillet nogen rolle i tilbuddet. Uanset dette ville det ikke have været usagligt at lægge vægt på de referencer, som J.A. Rederiet har oplyst. Referencerne dokumenterer en erfaring, der er indvundet hos J.A. Rederiet, hvorved virksomheden har den krævede erfaring til at udføre opgaverne på kontrakten med Energinet.

J.A. Rederiet opfyldte minimumskravet for prækvalifikation i form af krav til egenkapital og soliditetsgrad, og da J.A. Rederiet havde afgivet det tilbud, der blev vurderet som det økonomisk mest fordelagtige, har det ikke været i strid med ligebehandlings- eller gennemsigtighedsprincippet at tildele kontrakten til J.A. Rederiet. Tværtimod var Energinet i denne situation såvel berettiget som forpligtet til at tildele kontrakten til J.A. Rederiet.

Det er derfor irrelevant for Energinets adgang til at tildele kontrakten til J.A. Rederiet, at J.A. Shipping ikke var optaget på kvalifikationsordningen, da det ikke var dette selskab, der blev prækvalificeret eller udpeget som vinder af udbuddet. Ligeledes er det uden betydning, at der i tiden efter J.A. Rederiets optagelse på kvalifikationsordningen skete en omstrukturering af virksomheden, når virksomheden fortsat opfyldte kriterierne for prækvalifikation.

Energinet havde ikke begrænset tilbudsgivernes adgang til at gøre brug af underleverandører til udførelse af kontrakten. Til støtte for, at der består en frihed for tilbudsgiverne til selv at strukturere opgaveløsningen, skal henvises til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 37, hvorefter det fremgår, at det er op til den økonomiske aktør/tilbudsgiver selv at fastlægge, hvordan tilbudsgiver ønsker at organisere sig, herunder om tilbudsgiver ønsker at byde som en fysisk eller en juridisk person, eller om tilbudsgiver ønsker at organisere sig i en sammenslutning af flere leverandører (konsortium).

Det er endvidere et grundlæggende udbudsretligt princip som fastslået af såvel EU-Domstolen som klagenævnet, at tilbudsgivere må basere sig på andre enheders formåen både for så vidt angår prækvalifikation (opfyldelse af minimumskrav til egnethed) og udførelse af kontrakten. EU-Domstolen har ved flere lejligheder haft anledning til at tage stilling til lovligheden af nationale regler, der begrænser tilbudsgivernes muligheder for at anvende underentreprenører/-leverandører til opfyldelse af kontrakten, og Domstolen har hver gang fastslået, at sådanne nationale regler er ulovlige. Til eksempel herpå kan henvises til EU-Domstolens dom i sag C-63/18 af 26. september 2019, *Vitali SpA mod Autostrade per l'Italia SpA*. Tilsvarende er kommet til udtryk i klagenævnets praksis, jf. nævnets kendelse af 10. januar 2020, *LM Gruppen ApS mod Banedanmark*.

J.A. Rederiet har derfor været berettiget til at tilrettelægge sit tilbud og sin opgaveløsning sådan, at opgaverne på kontrakten med Energinet skal udføres ved underleverandører, herunder J.A. Shipping. Den interne omstrukturering

hos J.A. Rederiet hindrer således heller ikke Energinets tildeling af kontrakten til J.A. Rederiet, idet det afgørende fortsat er, at den prækvalificerede tilbudsgiver, J.A. Rederiet, er ansvarlig for kontraktens opfyldelse.

En underleverandør – uanset om underleverandøren reelt udfører den udbudte opgave i sin helhed – er ikke en kontraktpart, og der er dermed heller ikke risiko for, at en virksomhed, der ikke selv opfylder egnethedskrav, kan blive kontraktpart. Der er i den henseende ikke forskel på en situation, hvor man lader arbejdet i sin helhed udføre af underleverandører og en situation, hvor dele af arbejdet udføres af underleverandører. Det er således heller ikke usædvanligt, at en underleverandør, som udelukkende udfører en mindre del af kontrakten, ikke opfylder det egnethedskrav, ordregiver har stillet til sin kontraktpart/den aftalepart, der er økonomisk og juridisk ansvarlig for kontrakten. Udbudsreglerne indeholder derfor ikke et generelt krav om, at en underleverandør ikke må være omfattet af en udelukkelsesgrund eller skal opfylde nærmere egnethedskrav.

Den gennemførte omstrukturering har heller ikke konkret ført til, at Energinet står over for en mindre robust aftalepart, end hvis J.A. Rederiet havde undladt at foretage omstruktureringen og selv havde forestået arbejderne på kontrakten. Idet J.A. Rederiet ejer alle kapitalandele i J.A. Shipping, er økonomien hos J.A. Rederiet ikke blevet påvirket af omstruktureringen, og tilsvarende er alle kompetencerne hos J.A. Rederiet fortsat i behold, idet såvel medarbejdere som materiel fortsat er til rådighed for J.A. Rederiet igennem J.A. Shipping.

J.A. Rederiets deltagelse i udbuddet har ikke været forsøgt overdraget til J.A. Shipping, hvilket imidlertid heller ikke har haft nogen betydning, idet J.A. Rederiet selv opfyldte kravene til at deltage i udbuddet. Såfremt J.A. Rederiet havde ønsket at foretage en sådan overdragelse, er der meget, der taler for, at dette ville have været muligt i den konkrete situation, hvor ”overdragelsen” skyldes en intern omstrukturering, der først blev foretaget efter J.A. Rederiets optagelse på kvalifikationsordningen.

Det afgørende for, om der kan foretages en ændring hos en prækvalificeret enhed i tilfælde af en omstrukturering, synes således efter såvel EU- og klagenævnspraksis som efter bestemmelsen i udbudslovens § 147, stk. 1, nr. 4, at være, om den ”nye” deltager i udbuddet selv kunne opfylde kravene til at deltage i udbuddet, og om omstruktureringen hos tilbudsgiveren har forringet

de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling, jf. klagenævnets kendelse af 15. maj 2019, Salini Impregilo S.p.A. mod Metroselskabet I/S, ad påstand 2a, og EU-Domstolen dom af 24. maj 2016 i sag C-396/14, MT Højgaard A/S og Züblin A/S.

I den konkrete sag er der netop tale om, at alle kompetencerne og værdierne fortsat er i behold hos J.A. Rederiet, ligesom den blotte overdragelse af kompetencerne ikke ville påvirke de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling, og dermed synes det heller ikke at have været betænkeligt at tillade en ændring af deltageren i kvalifikationsordningen, såfremt dette havde været ønsket fra J.A. Rederiet.

Det er ikke den isolerede aktivitet hos tilbudsgiver, der er afgørende for, om tilbudsgiver kan prækvalificeres, og om tilbuddet kan tages i betragtning, men derimod udelukkende om virksomheden opfylder minimumskravet for prækvalifikation i form af krav til egenkapital og soliditetsgrad. Da J.A. Rederiet opfylder disse minimumskrav, var Energinet såvel berettiget som forpligtet til at tage tilbuddet fra J.A. Rederiet i betragtning.

Den foreliggende situation adskiller sig således heller ikke fra enhver anden situation, hvor et tilbud indgives af et selskab, der lader opgaverne udføre af et datterselskab som underleverandør, eller fra den ofte forekommende situation, hvor en tilbudsafgivende hovedentreprenør alene agerer som styringsentreprenør, men lader alle arbejder udføre ved underentreprenører.

Energinet har dokumenteret, at Energinet har indhentet den krævede dokumentation fra J.A. Rederiet for opfyldelsen af minimumskravene til økonomisk og finansiell kapacitet i form af den seneste årsrapport. Der er således hverken hjemmel til eller et legitimt grundlag for, at Energinet kan skærpe kravene til J.A. Rederiets økonomiske kapacitet i forhold til de øvrige tilbudsgivere eller til dokumentationen herfor.

Ejerandelene i J.A. Shipping repræsenterer den værdi, der er indskudt i J.A. Shipping, og da J.A. Rederiet er enejer af J.A. Shipping, ville J.A. Rederiet under alle omstændigheder fortsat have samme egenkapital.

En tilbudsgivers identitet og evne til at afgive tilbud er desuden ikke knyttet til indholdet af den pågældende virksomheds hjemmeside. Virksomhedens

identitet er derimod udelukkende bundet op på virksomhedens identifikationsnummer, nemlig cvr-nummeret. Når en virksomhed har et cvr-nummer, udgør virksomheden således en selvstændig juridisk person, som selvstændigt kan erhverve rettigheder og påtage sig forpligtelser.

Det forhold, at J.A. Rederiet og J.A. Shipping som koncernforbundne virksomheder de facto fungerer som én driftsenhed, herunder deler hjemmeside, ændrer således ikke på, at der rent juridisk er tale om to selvstændige selskaber, der hver især kan påtage sig forpligtelser.

Ad påstand 1b

JD-Contractor har gjort gældende, at det har udgjort en grov og væsentlig overtrædelse af udbudsreglerne, at Energinet har tildelt den udbudte kontrakt til J.A. Rederiet, selv om tilbuddet efter sit indhold var afgivet af J.A. Shipping eller af J.A. Shipping og J.A. Rederiet i forening.

Det er et grundlæggende udbudsretligt princip, at en ordregivende myndighed, der gennemfører et tofaset udbud med en indledende prækvalifikation, alene kan antage tilbud fra virksomheder, der er blevet prækvalificeret. Det følger også af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 77, stk. 5, at der ved tildeling af kontrakter baseret på en kvalifikationsordning alene kan udvælgges deltagere og tilbudsgivere, der allerede er kvalificerede i henhold til den relevante kvalifikationsordning.

Af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 47, stk. 2, følger det videre, at der ved et udbud med forhandling kun kan deltage virksomheder, der har modtaget en opfordring til at deltage i forhandlingerne.

Det er ubestridt, at J.A. Rederiet og ikke J.A. Shipping var optaget på den kvalifikationsordning, der dannede grundlag for Energinets udbud. Det er endvidere ubestridt, at det var J.A. Rederiet alene, der blev prækvalificeret til at deltage i forhandlingerne og afgive tilbud ved Energinets udbud.

Det er endelig ubestridt, at J.A. Rederiet ikke baserede sig på J.A. Shipping økonomiske/finansielle kapacitet eller tekniske/faglige kapacitet ved udbuddet.

Der er således ikke tvivl om, at Energinet har været udbudsretligt afskåret fra at tage et tilbud fra J.A. Shipping i betragtning. Dette uanset om tilbuddet måtte være afgivet individuelt af J.A. Shipping eller af en sammenslutning af deltagere/et konsortium med deltagelse af J.A. Shipping.

Det endelige tilbud, som Energinet mener alene blev afgivet af J.A. Rederiet, er imidlertid formelt og reelt afgivet af J.A. Shipping.

Af uddrag fra det endelige tilbud følger det således eksplicit, at J.A. Shipping også har anset sig som tilbudsgiver ved udbuddet.

Af tilbuddets bilag ”General Project Information” fremgår det således, at det er J.A. Shipping, der har anset sig som prækvalificeret til at afgive tilbud ved udbuddet. Bilaget er desuden også udformet på J.A. Shippings’ brevpapir, og J.A. Rederiet nævnes ikke i dokumentet. Videre fremgår det af tilbuddets bilag ”Description of the participants”, at J.A. Shipping har en formel rolle som tilbudsgiver.

Det kan ikke tolkes anderledes, end at J.A. Shipping står bag det afgivne tilbud som formel tilbudsgiver. Særligt formuleringen ”The contract will be signed with J.A. Rederiet (J.A. Shipping) only” viser entydigt, at J.A. Shipping har forbeholdt sig at være en del af den senere kontraktindgåelse og dermed også er at betragte som formel tilbudsgiver. Af bilaget fremgår det også, at det alene er virksomhederne Hydrocharting and Drechsler Marine Consult, der har karakter af underleverandører i tilbudsgiverteamet.

Det fremgår også af tilbuddet, at J.A. Shipping vil have en formel rolle som kontrakthaver i form af bl.a. ansvaret over for underleverandører. Det giver ingen mening at beskrive J.A. Shippings forhold omkring overdragelse af ansvar til underleverandører, hvis ikke J.A. Shipping selv er at betragte som kontrakthaver og dermed også oprindelig tilbudsgiver.

Endelig fremgår det af tilbuddet, at den medarbejder, der tilbydes i rollen som ”Project manager” og dermed vil have det overordnede ansvar over for Energinet, er Kim Alfastsen, der angives som værende ansat hos J.A. Shipping.

Det er desuden ikke en underleverandørs opgave og forpligtelse at give Energinet de informationer, som er beskrevet i afsnit ”4. Subcontractors”, ved beskrivelsen af HSE-planen. Det er alene en kontraktthaver, der har sådanne kontraktuelle forpligtelser i relation til underleverandører. Afsnittet kan derfor kun forstås således, at det er J.A. Shipping, der har været tiltænkt rollen som juridisk kontraktthaver over for Energinet og dermed også er den juridiske person, der står bag det afgivne tilbud.

Der indgår desuden ikke et eneste CV fra medarbejdere hos J.A. Rederiet i tilbuddet. Der indgår således ikke en eneste medarbejder, der angives at have beføjelser til at disponere og træffe beslutninger på vegne af J.A. Rederiet.

Der er således ikke tvivl om, at tilbuddet er afgivet af J.A. Shipping eller af J.A. Rederiet og J.A. Shipping i forening.

JD-Contractor har kun opnået begrænset aktindsigt i tilbuddet, og der kan således være tale om, at det også følger af andre dele af tilbuddet, at det (også) er afgivet af J.A. Shipping.

Under alle omstændigheder hersker der på baggrund af udformningen af tilbuddet så meget tvivl om, hvorvidt dette alene er afgivet af den prækvalificerede virksomhed, J.A. Rederiet, at Energinet ikke har været berettiget til at lægge til grund, at dette har været tilfældet.

En tilbudsgiver bærer i henhold til klagenævnets faste praksis selv risikoen for fejl og uklarheder i et tilbud, og Energinet har således i lyset af de meget klare fremhævelser af J.A. Shippings rolle i tilbudsafgivningen og det efterfølgende kontraktforhold ikke bare kunnet lægge til grund, at det alene var J.A. Rederiet, der havde afgivet tilbuddet.

Det er også uden betydning, at tilbuddet i udbudssystemet fremstod som afgivet af J.A. Rederiet. Angivelsen af J.A. Rederiet som tilbudsgiver i udbudssystemet har således alene haft karakter af en teknisk formalitet, og angivelsen er alene udtryk for, hvilken virksomhedsprofil der har stået bag den praktiske håndtering og fremsendelse af tilbuddet i udbudssystemet. Der er per definition ikke sammenhæng mellem den juridiske person, der har uploadet tilbuddet i et udbudssystem via en eksisterende teknisk profil, og den juridiske person eller de juridiske personer, der er de formelle tilbudsgivere. Det er således også muligt at afgive tilbud som et konsortium, selv om tilbuddet

i et udbudssystem teknisk set kun fremstår som afgivet af den deltager i konsortiet, der er bemyndiget til at afgive tilbuddet på vegne af alle deltagerne i konsortiet.

Det har desuden ikke været muligt at rette op på fejl/mangler som led i forhandlingerne, da tilbuddet var det endelige tilbud ved Energinets udbud med forhandling.

En ”reparation” af fejlen/uklarheden i tilbuddet har ikke blot kunnet ske ved, at Energinet alene har indgået kontrakt med J.A. Rederiet, da det har ligget uden for rammerne af forhandlingsproceduren at forhandle grundlæggende forbehold i de endelige tilbud. Det har heller ikke været i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 76, stk. 4, at lade J.A. Rederiet reparere på den grundlæggende fejl/mangel i tilbuddet, da en reparation bestående i at ændre identiteten på den virksomhed, der står bag et afgivet endeligt tilbud, utvivlsomt vil være at sidestille med afgivelsen af et nyt tilbud og dermed ikke vil kunne ske i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.

Det har været J.A. Rederiets egen opfattelse, at J.A. Shipping også stod bag tilbuddet, hvilket flugter med den faktiske virkelighed, som ses af tilbudsmaterialet. Det er på ingen måde tydeligt, at det kun er J.A. Rederiet, der står bag tilbuddet. Det er J.A. Shipping og/eller J.A. Rederiet selv, der har medvirket til den eksisterende usikkerhed.

Energinet har gjort gældende, at J.A. Rederiet, som afsender af tilbuddet i medfør af aftalelovens § 1, er den juridisk forpligtede tilbudsgiver og dermed den eneste tilbudsgiver.

Den omstændighed, at tilbuddet i sin helhed er udformet på J.A. Shippings brevpapir, udgør ikke en bindende viljeserklæring i aftalelovens § 1's forstand og indebærer ikke, at J.A. Shipping er tilbudsgiver. J.A. Shipping kan heller ikke anses som afsender og værende forpligtet heraf, jf. aftalelovens § 1, fordi tilbuddet i sin helhed er baseret på ydelser udført af J.A. Shipping og underleverandører til J.A. Shipping – og som en konsekvens heraf baseret på nøglepersoner ansat hos J.A. Shipping og underleverandører til J.A. Shipping.

Dokumenterne, som JD-Contractor baserer sine synspunkter på, er uddrag af J.A. Rederiets tilbud i forhold til beskrivelsen af, hvordan virksomheden opfylder det kvalitative underkriterium ”Time Schedule, Method Statement, Vessels and Equipment”, det kvalitative underkriterium ”Organization and Key Personnel” og det kvalitative underkriterium ”Health, Safety and Environment”.

J.A. Rederiet har i disse bilag – for at belyse og betrygge Energinet i kvaliteten af tilbuddet i henhold til de enkelte underkriterier – henvist til J.A. Shipping, der som underleverandør til J.A. Rederiet skal forestå den faktiske udførelse af kontrakten.

Ligesom det står tilbudsgiver frit for, hvordan tilbudsgiver ønsker at organisere sig, står det også tilbudsgiver frit, om og i hvilket omfang tilbudsgiver lader underleverandører bistå i forbindelse med tilbudsudarbejdelsen. De opgaver, der skal udføres af en underleverandør, kan i sagens natur bedst beskrives af underleverandøren.

Det er ubestridt mellem parterne, at J.A. Shipping ikke er prækvalificeret. J.A. Shipping er derfor heller ikke blevet tilbudsgiver ved, at J.A. Rederiet og/eller J.A. Shipping misvisende angiver dette i den del af tilbuddet, som beskriver, hvorledes kontrakten vil blive udført. Denne forståelse understøttes desuden af, at det i dokumentet ”Description of the participants”, som også indgår i J.A. Rederiets beskrivelse af, hvordan underkriteriet ”Time Schedule, Method Statement, Vessels and Equipment” ville blive opfyldt, er angivet, at ”The contract will be signed with J.A. Rederiet (J.A. Shipping A/S) only”.

Denne passus angiver således, at det er J.A. Rederiet, der er tilbudsgiver (underskriver af kontrakten) samtidig med, at det ved tilføjelsen af J.A. Shipping i parentes yderligere indikeres, at J.A. Rederiet anser de to virksomheder for at udgøre én enhed efter omstrukturering af virksomhederne og dermed også har beføjelserne til at forpligte J.A. Shipping i forholdet mellem J.A. Shipping og J.A. Rederiet.

Det er desuden naturligt, at den HSE-plan, der indgik i tilbuddet, udarbejdes af den aktør, der skal udføre arbejderne, og det er derfor ikke påfaldende, at dette dokument fremstår som udarbejdet af J.A. Shipping. J.A. Shipping kan

som udførende aktør også gøre brug af eksterne underleverandører, og i forhold til disse skal sikkerheden og arbejdsmiljøet være i orden, hvorfor det er naturligt, at også J.A. Shippings eventuelle underleverandører behandles i planen. Det forhold, at J.A. Shipping som en del af opgaveudførelsen har ansvaret for håndtering af underleverandører, påvirker imidlertid ikke det ansvar, der påhviler J.A. Rederiet over for Energinet.

Uanset at Kim Alfastsen er tilbudt som en nøgleperson i udførelsen af opgaven via sin ansættelse i J.A. Shipping, er dette ikke ensbetydende med, at han ikke samtidig som ejer af J.A. Rederiet også kan tegne denne virksomhed og således kan disponere og træffe beslutninger på vegne af den forpligtede tilbudsgiver.

Påstand 2

(Frafaldet)

Ad påstand 3

JD-Contractor har gjort gældende, at Energinet har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at foretage en uoplyst og åbenbart urigtig bedømmelse af tilbuddene i forhold til udbuddets fire kvalitative underkriterier, idet Energinet tildelte begge tilbud samme pointtal for alle de fire kvalitative underkriterier.

I udbudsbetingelsernes punkt 3.1 havde Energinet beskrevet, hvad tilbudsbesvarelserne skulle indeholde i forhold til de kvalitative underkriterier, samt hvad Energinet ville lægge vægt på i forbindelse med evalueringen af tilbuddene. Der var således lagt op til en detaljeret og nuanceret tilbudsevaluering, der tilmed skulle foretages ved hjælp af en bred pointskala med 11 pointniveauer (fra 0-10).

At tilbudsgiverne kunne forvente en detaljeret og nuanceret tilbudsevaluering fulgte også naturligt af det faktum, at der var tale om en udbudt kontrakt med en høj økonomisk værdi (anslået 93 mio. kr.), samt at de kvalitative underkriterier vægtede med 55 %.

Energinet foretog en helt generel og overordnet tilbudsevaluering/karaktergivning, hvor Energinet ikke i forhold til et eneste af de fire kvalitative underkriterier var i stand til at differentiere de to tilbud fra hinanden. De to tilbud opnåede således nøjagtigt samme pointscore for så vidt angår alle de fire kvalitative underkriterier.

En ordregivende myndighed har brede skønsmæssige beføjelser angående tilbudsevaluering ved et udbud i forhold til de kvalitative underkriterier. I en situation, hvor de to eneste tilbud opnår nøjagtigt samme pointscore på samtlige kvalitative underkriterier, må det imidlertid være den ordregivende myndighed, der skal løfte bevisbyrden for, at tilbuddene har haft en så identisk kvalitet, at der ikke har været grundlag for at differentiere tilbuddene pointmæssigt, herunder med den konsekvens, at det reelt bliver tildelingskriteriet ”pris” og ikke ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”, der bliver afgørende for tildelingen af kontrakten.

Det påhviler i forhold til fast klagenævnspraksis en ordregivende myndighed, der gennemfører et udbud i henhold til tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”, at evaluere tilbuddene på et sagligt og oplyst grundlag og i overensstemmelse med den beskrivelse af underkriterierne, som følger af udbudsbetingelserne. Energinet kan ikke anses for at have iagttaget disse forpligtelser med den unuancerede og identiske pointtildeling, som er foretaget ved den gennemførte evaluering.

JD-Contractor skal henvise til klagenævnets kendelse af 31. oktober 2023, Sysmex Nordic A/S mod Region Sjælland, hvor den ordregivende myndighed for så vidt angår en lang række delkriterier havde givet de to tilbudsgivere nøjagtigt samme pointtal, og hvor klagenævnet fandt, at ”det havde formodningen imod sig, at to tilbud kan være så ens, at der med et interval på 0-100 alligevel systematisk gives begge tilbudsgivere det samme antal point ved en relativ, kvalitativ vurdering i et omfang, som det fremgår af evalueringsrapporten.”

Det har formodningen imod sig, at to tilbud kan være så ens, at de opnår nøjagtigt samme pointtal på samtlige kvalitative underkriterier. Energinet synes reelt at have kopieret begrundelsen for den ene tilbudsgivers pointtal i forhold til den anden tilbudsgivers pointtal, og det kan konstateres, at det er de helt samme formuleringer, der er anvendt i forhold til begge tilbudsgivere.

Energinet har undladt at behandle JD-Contractors aktindsigtsbegæring, og det har således ikke været muligt for JD-Contractor at få indblik i de forhold, der har bevirket, at Energinet har tildelt JD-Contractor og J.A. Rederiet samme pointtal på samtlige fire kvalitative underkriterier uagtet de talrige delkriterier, hvor tilbudsgiverne havde mulighed for at differentiere sig fra hinanden. JD-Contractor og J.A. Rederiet opnåede på tre ud af fire kvalitative underkriterier maksimalscoren 10. Den pointtildeling, som blev foretaget af Energinet, kan på ingen måde forklares eller retfærdiggøres.

Det har særligt formodningen imod sig, at J.A. Rederiet har kunnet opnå maksimalscoren 10 i forhold til underkriteriet "Organization and Key Personnel", når det ubestridt kan lægges til grund, at kontrakten i sin helhed vil blive udført i underentreprise, og når den virksomhed, som Energinet vil skulle indgå kontrakt med og varetage samarbejdet om kontrakten med, ikke har en eneste ansat medarbejder.

Det er ligeledes uforståeligt, at J.A. Rederiet har kunnet opnå samme pointscore som JD-Contractor i forhold til "Organization and Key Personnel", når virkeligheden er den, at J.A. Rederiet som påpeget af Energinet selv er en helt ny aktør på markedet i forhold til de udbudte ydelser, mens JD-Contractor har en mangeårig erfaring med at levere ydelserne på markedet.

Energinet har ikke fremlagt dokumentation for, at den supplerende begrundelse har haft nogen form for sammenhæng med den oprindelige evaluering. Den supplerende begrundelse er efter JD-Contractors opfattelse udtryk for en efterrationalisering, der er blevet designet til lejligheden på baggrund af JD-Contractors indsigelse mod pointtildelingen. Den supplerende begrundelse bør derfor ikke tillægges betydning ved klagenævnets afgørelse af sagen.

Der er en række mangler og svagheder i tilbuddet fra J.A. Rederiet i relation til de kvalitative underkriterier, som Energinet havde fastlagt i udbudsbetingelserne. Disse mangler og svagheder har imidlertid ikke udmøntet sig i Energinets pointtildeling, idet tilbuddet modtog maksimalscoren 10 i forhold til alle de kvalitative underkriterier bortset fra underkriteriet "Contract terms", hvor tilbuddet opnåede den næsthøjeste score 9.

Det anerkendes, at der tilkommer en ordregivende myndighed et vidt skøn ved vurderingen af tilbuddene i forhold til de kvalitative kriterier. I det konkrete tilfælde, hvor Energinet har tildelt tilbuddene fra JD-Contractor og J.A.

Rederiet nøjagtig samme pointscore på alle de kvalitative underkriterier, og hvor Energinet har tildelt maksimalscoren 10 til J.A. Rederiet på tre af de fire underkriterier, til trods for at tilbuddet har mangler og svagheder, har Energinet imidlertid disponeret uden for rammerne af sit skøn.

De identificerede niveaumæssige forskelle burde have resulteret i, at Energinet havde tildelt de to tilbud forskellige pointtal, således at det ikke endte med at blive en ren priskonkurrence i strid med det fastlagte tildelingskriterium.

Angående underkriteriet ”Time Schedule, Method Statements, Vessel and Equipment” har J.A. Rederiet til UXO-investigations i 2024 baseret den tilbudte løsning på et sammensat setup af udstyr, der mobiliseres fra flere forskellige firmaer til den specifikke opgave, og hvortil der skal indhentes en midlertidig projekt-specifik godkendelse. Det gælder eksempelvis dykker-setup fra Søfartsstyrelsen. Der er således ikke tale om et kendt setup, der i sin helhed har løst tilsvarende opgaver tidligere, eller som har arbejdet samlet på det relevante site. De valgte fartøjer har tidligere været anvendt til lignende opgaver i området, men det har dels været med udstyr fra andre leverandører, dels under projektledelse fra tredjepart, som ikke er en del af J.A. Rederiets sammensatte projektteam til lejligheden.

Til ”Protection activities (pre-trenching, backfilling & special protection)” i 2025 har J.A. Rederiet også baseret sin løsning på et sammensat setup af udstyr, der mobiliseres fra flere forskellige firmaer til den specifikke opgave. Der er ikke tale om et godkendt gravefartøj, men derimod at der mobiliseres en landbaseret gravemaskine på enten en ubemandet pram uden egen fremdrift, navigation eller lignende. Alternativt mobiliseres gravemaskinen på et andet skib, der heller ikke er godkendt som gravefartøj. Der er ingen beskrivelser af et eventuelt støttebens placering omkring kablet eller logning af, hvor graveskovl m.v. er placeret/positioneret, som er industristandard i forhold til gravearbejder til søs, og som vil være af ekstrem stor vigtighed ved krydsninger samt ved tildækning af det nyinstallerede kabel. Der er ikke gjort specifikke overvejelser omkring opgaveløsningen, hvilke metoder der skal anvendes hvor, eller hvilke udfordringer der er med beskyttelsen af kablet i de pågældende områder.

Tilbuddet udviser dermed ingen forståelse for projektets kompleksitet og nødvendige aktiviteter. Metodeerklæringerne omfatter heller ikke gængse

metoder og procedurer, som viser, at virksomheden har forståelse for de udbudte arbejder og ydelser. Der foreligger derfor usikkerhed om, hvorvidt det tilbudte setup er i stand til at udføre arbejdet, ligesom der er usikkerhed om kvaliteten af beskyttelsen af kablet efterfølgende.

For så vidt angår underkriteriet "Organization and Key Personnel" er tilbuddet fra J.A. Rederiet udelukkende baseret på udførelse af arbejderne i underentreprise, idet J.A. Rederiet ikke har nogen registrerede ansatte.

Den adm. Direktør, Kim Alfastsen, er ifølge tilbuddets CV alene tilknyttet J.A. Shipping.

J.A. Rederiets projektteam er således baseret på et sammensat team med nøglepersoner og ansatte fra mange forskellige firmaer. Hverken den overordnede projektledelse eller eksekveringen af de enkelte opgaver er forankret i en organisation med kendte rammer, arbejdsgange eller under et fælles kvalitets- og ledelsessystem.

Kim Alfastsen er udover at være projektleder på entreprisen også skipper på et af arbejdsfartøjerne samt adm. direktør for J.A. Rederiet.

Kim Alfastsen har ingen dokumenteret erfaring med projektledelse af UXO eller kabelbeskyttelsesprojekter og kan qua sine mange dobbeltroller ikke forventes at anvende mere end en beskednen del af sin tid på ledelse af Energinets projekt.

J.A. Rederiets projektteam er i forhold til UXO-investigations baseret på et sammensat team fra mange forskellige firmaer. De tilbudte nøglepersoner har primært erfaring med udførsel af diverse hands-on opgaver i forbindelse med UXO-projektledelse, men ingen af dem har erfaring med overordnet projektledelse og styring. Det betyder også, at Energinet med J.A. Rederiet som kontraktpart vil være afhængig af at skulle have personale fra Søværnets Dykkertjeneste ombord i forbindelse med udførelse af de relevante undersøgelser. Dette vil naturligvis indebære en ikke ubetydelig meromkostning for Energinet. En meromkostning, som ikke ville forekomme med JD-Contractor som kontraktpart, idet JD-Contractor i sit tilbud har tilbudt nøglepersoner, der har den relevante erfaring i Danmark, og som derfor ikke ville nødvendiggøre inddragelse af personel fra Søværnets Dykkertjeneste ombord, da de

via ”Danmarksvagten” vil være på tilkald. Søværnets Dykkertjeneste har et indgående kendskab til JD-Contractors metoder og UXO-personale.

Vedrørende ”Protection activities (pre-trenching, backfilling & special protection) i 2025” har hverken projektleder Kim Alfastsen eller Offshore Manager for Protection activities Alf Olesen nævneværdig erfaring med opgaver som den, Energinet har udbudt. Det følger af de fremlagte CV’er, at den eneste relevante erfaring er et enkelt projekt i perioden november til december 2022, hvor de pågældende personer i forbindelse med en kabelreparation på Nysted Vindmøllepark beskyttede en stump interarray kabel (mellemspænding). Eneste relevante erfaring er således beskyttelse af nogle få hundrede meter kabel mellem to 20 år gamle vindmøller.

Angående underkriteriet ”Health, Safety and Environment” skal J.A. Rederiets HSE-plan dække et projektteam baseret på et sammensat team af medarbejdere fra mange forskellige firmaer. Dette stiller ekstra krav til styring af leverandører og samarbejdspartnere i forhold til HSE, da hverken den overordnede projektledelse eller eksekveringen af de enkelte opgaver er forankret i en organisation med kendte rammer, arbejdsgange eller under et fælles kvalitets- og ledelsessystem.

For at leve op til samme standard for HSE, som hvis der var tale om en sædvanlig driftsorganisation, burde HSE-planen være udbygget med en omfattende beskrivelse af, hvorledes grænseflader m.v. vil være organiseret mellem de mange projektdeltagere, herunder ansvarsfordelingen mellem de forskellige virksomheder. I stedet er HSE-planen lavet for og af J.A. Shipping, som ifølge Energinet hverken er overordnet ansvarlig for kontrakten eller opdragsgiver for de øvrige partnere. Der er således overordnet tale om en helt generisk HSE-plan, som kun i meget begrænset omgang er gjort projekt- og opgavespecifik. Ligeledes er der ikke tale om en HSE-plan eller et kvalitetsystem, som er certificeret i henhold til ISO-standarder eller lignende, hvilket ellers kunne have givet Energinet sikkerhed for, at organisationen arbejder struktureret og ensartet med sikkerhed og kvalitet.

Med de anførte mangler og svagheder i tilbuddet er der således ikke tale om, at tilbuddet har et niveau svarende til Energinets egen beskrivelse af pejlemærket for maksimalscoren 10.

Energinet har gjort gældende, at Energinets tilbudsvurdering blev foretaget inden for rammerne af det vide skøn, der tilkommer en ordregiver, og som klagenævnet efter fast praksis ikke efterprøver. Energinet har ikke foretaget en uoplyst og åbenbart urigtig bedømmelse af de modtagne tilbud.

Energinet har foretaget en meget grundig tilbudsgennemgang og tilbudsvurdering såvel under udbudsprocessen som ved den endelige tilbudsvurdering, hvilket også kommer til udtryk i referaterne fra forhandlingsmøderne med de to tilbudsgivere.

Som det fremgår af mødereferaterne, blev tilbuddenes stærke og svage egenskaber gennemgået for hver af de fire underkriterier, og Energinet påpegede de umiddelbare forbedringspotentialer i tilbuddene over for tilbudsgiverne på det første forhandlingsmøde. Ved sammenligning af tilbagemeldingerne til de to tilbudsgivere fremgår det, at det indledende tilbud fra JD-Contractor gav anledning til bemærkninger i et videre omfang. Begge tilbudsgivere tog i meget høj grad tilbagemeldingerne til sig og skærpede deres tilbud på de påpegede områder, således at tilbagemeldingerne efter den anden forhandlingsrunde var langt mere positive for begge tilbudsgiveres vedkommende.

Baggrunden for tilbuddenes høje niveau skyldes således ikke alene tilbudsgivernes høje faglige niveau, men også det grundige forhandlingsforløb, som var gennemført forud for afgivelse af de endelige tilbud. Set i lyset af dette forløb fremstår det således heller ikke bemærkelsesværdigt, at begge tilbudsgivere formåede at opnå maksimalscore på tre ud af fire kvalitative underkriterier.

Energinets tilbudsvurdering har været både saglig og tilbunds gående, uanset tilbudsgivernes ensartede kvalitative niveau. Forskelle i metoden til løsning af den konkrete opgave har ikke ændret på, at JD-Contractor og J.A. Rederiet hver især har formået at tilbyde en fremragende løsning i forhold til de vurderingskriterier, som Energinet havde opstillet i udbudsbetingelsernes punkt 3.1. Energinet har dog været i stand til at differentiere de to tilbud fra hinanden, idet der i høj grad har været øje for det forskellige indhold i løsningerne fra de to tilbudsgivere.

På baggrund af JD-Contractors henvendelse af 26. april 2024 har Energinet dog ved brev af 1. maj 2024 suppleret begrundelsen for tilbudsvurderingen.

Af denne supplerende af tilbudsvurderingen er forskellene i løsningerne tydeligere beskrevet, men det ændrer dog ikke på, at kvaliteten af begge løsninger fortsat vurderes at være ligeværdige og fremragende.

Energinets karaktergivning er således heller ikke udtryk for, at Energinet ikke har foretaget en tilbundsående og nuanceret tilbudsvurdering, eller at Energinet ikke kunne identificere mindre kvalitetsmæssige nuancer mellem de to tilbud, men i de endelige tilbud har kvaliteten af de to tilbudte løsninger blot været så tæt, at de små nuancer ikke kunne berettige en forskel i karaktergivningen.

Den ligeværdige karaktergivning på de kvalitative underkriterier indebærer ikke, at tildelingskriteriet reelt bliver ”pris”. Tildelingskriteriet er fortsat ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”, uanset at tilbuddene på de kvalitative kriterier har været jævnbyrdige.

Et eventuelt tidligere samarbejde og erfaringer mellem en ordregiver og en tilbudsgiver kan ikke indgå i tilbudsvurderingen, men denne må foretages på baggrund af tilbudsbesvarelsen holdt op imod de beskrevne vurderingskriterier. På samme måde har Energinet således ikke kunnet lade forudgående kendskab til og samarbejde med JD-Contractor komme JD-Contractor til gode ved tilbudsvurderingen. Dette ville være i strid med ligebehandlingsprincippet.

Tilbudsevalueringen er desuden foretaget af en gruppe af eksterne fageksperter tilknyttet Energinet, der alle har mange års erfaring fra deltagelse i udbudsprocesser for lignende projekter omfattende survey arbejde, UXO og installation samt de hermed forbundne risici, og som efterfølgende med individuelle kompetencer har deltaget som projektledere, delprojektledere eller HSE-koordinatorer for Energinet under gennemførelsen af de respektive projekter.

Det er ikke korrekt, at den uddybende begrundelse i redegørelsen af 1. maj 2024 er udtryk for en fejlbehæftet og mangelfuld evaluering. Redegørelsen af 1. maj 2024 er udarbejdet på foranledning af henvendelsen af 26. april 2024 fra JD-Contractors advokat og indeholder i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 75, stk. 2, en uddybning af begrundelsen for tilde-

lingsbeslutningen i underretningsbrevet af 23. april 2024. I øvrigt ville Energinet efter princippet i udbudslovens § 170 være berettiget til at genoptage sin tilbudsevaluering.

JD Contractor har i øvrigt ikke fået fuld indsigt i tilbuddet fra J.A. Rederiet, der indeholder en mere detaljeret beskrivelse af tekniske og økonomiske indretninger og fremgangsmåder, idet disse oplysninger er undtaget fra aktindsigt.

Kontraktens genstand er en kompleks anlægsentreprise, der indeholder flere aktiviteter, herunder bl.a. undersøgelse af objekter tæt på kabelruten inkluderende UXO'er (ueksploderet ammunition), forberedelse og udgravning af kabelrender i havbunden og beskyttelse af søkablet, når det er installeret. Hertil kommer, at der er tale om et projekt, hvor mange faktorer på udbudstidspunktet var ubekendte, hvorfor Energinet har valgt, at projektering skal foretages i samarbejde med den valgte leverandør.

Idet der således på udbudstidspunktet ikke forelå det fornødne grundlag for at udarbejde et løsningsforslag, og da Energinet vurderede, at leverandøren havde et større og mere indgående kendskab til, hvilke metoder fremgangsmåder, værktøjer osv. der var mest egnede, skulle tilbudsgiverne ikke tilbyde et løsningsforslag. Tilbudsgiverne blev i stedet vurderet på deres valg af metoder og foreslåede procedurer, der skulle demonstrere forståelse for opgavens kompleksitet og nødvendige aktiviteter samt på deres valg af udstyr og fartøjer til udførelse af opgaverne omfattet af kontrakten, jf. udbudsbetingelsernes punkt 3.

JD-Contractors tilbudsbesvarelse var i modsætning til J.A. Rederiets kendetegnet ved, at JD-Contractor med inspiration fra en tidligere udført opgave for Energinet havde beskrevet ikke blot metoderne for arbejdets udførelse, men også et konkret løsningsforslag. Der blev således leveret oplysninger, der ikke var efterspurgt, og hvis kvalitet og realiserbarhed på evaluerings-tidspunktet – med de mange ubekendte faktorer – ikke kunne vurderes. Dette ekstra lag i JD-Contractors tilbud gjorde ikke tilbudsbesvarelsen dårlig eller mangelfuld, men tilførte omvendt heller ikke nogen værdi i forhold til det beskrevne tildelingskriterium.

Foranlediget af JD-Contractors mere konkrete indsigelser i relation til de enkelte underkriterier har Energinets evalueringsgruppe (på ny) foretaget en

gennemgang af tilbuddene samt vurderingen heraf og forholdt sig til de konkrete indsigelser.

Ved vurderingen af det tilbudte udstyr i henhold til beskrivelsen af underkriteriet ”Time Schedule, Method Statements, Vessels and Equipment” kan der alene lægges vægt på egnetheden af det tilbudte udstyr i forhold til løsning af den konkrete opgave, og det er derfor irrelevant, om netop det tilbudte udstyrs setup har været anvendt samlet på en anden opgave. Efter Energinets vurdering er J.A. Rederiets tilbudte udstyr meget velegnet til den udbudte opgave.

Det ville ikke have været muligt/lovligt at opstille et evalueringskriterium baseret på en vurdering af, om den tilbudte udstyrspakke var sammensat fra flere forskellige firmaer, eller om tilbudsgiver havde konkret erfaring med den tilbudte sammensætning af udstyr. Evalueringskriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand og påvirke kvaliteten heraf, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 82, stk. 2, og 3, hvilket brugen af underleverandører og tilbudsgivers tidligere erfaringer ikke er. Dette udgør derimod egnedetskriterier, som efter klagenævnets faste praksis ikke kan inddrages i den kvalitative tilbudsvurdering.

Energinet er uforstående overfor, hvordan indhentning af en midlertidig projekt-specifik godkendelse skulle påvirke egnetheden og kvaliteten af J.A. Rederiets tilbudte udstyr og metoder negativt, idet en projekt-specifik godkendelse er lige så god som den alternative 1-årige godkendelse. Der er desuden ikke i udbudsmaterialet stillet krav om, at tilbudsgiver skulle have alle nødvendige godkendelser og tilladelser allerede på tilbudstidspunktet, hvilket efter klagenævns- og domstolspraksis som udgangspunkt heller ikke er tilladt, jf. til eksempel Københavns Byrets dom af 3. marts 2022, G4S Security Services A/S mod Post Danmark A/S.

Den konkrete håndtering af J.A. Rederiets metodebeskrivelser, herunder støt-tebens placering omkring kablet, logning af graveskovl ved krydsninger og tildækning af kabel, beror på de krydsningsaftaler, der skal indgås med ejerne af de krydsende ledninger, og på de konkrete forhold på lokationen, der ikke var kendte på udbudstidspunktet, men derimod skulle afdækkes i samarbejde med den valgte leverandør. Af samme årsag var tilbudsgiverne ikke blevet bedt om at komme med et konkret løsningsforslag på disse meget specifikke

aktiviteter, ligesom tilbudsvurderingen af samme årsag – og i henhold til beskrivelsen i udbudsbetingelserne – ikke omfattede en vurdering af konkrete løsningsforslag, men derimod egnetheden af de tilbudte metoder i lyset af projektets kompleksitet.

At JD-Contractor i modsætning til J.A. Rederiet qua sine tidligere erfaringer i området af egen drift er kommet med forslag til, hvordan nogle mere konkrete problemstillinger håndteres, er ikke forhold, som Energinet med beskrivelsen af underkriteriet ”Time Schedule, Method Statements, Vessels and Equipment” for overholdelse af rammerne for det forvaltningsretlige skøn er forpligtet eller berettiget til at tillægge positiv værdi ved vurdering af tilbuddet fra JD-Contractor eller omvendt tillægge negativ værdi ved vurdering af tilbuddet fra J.A. Rederiet.

J.A. Rederiets beskrivelser indeholder således de informationer og metodebeskrivelser, som udbudsmaterialet foreskriver, og Energinet har derfor handlet inden for rammerne for det vide forvaltningsretlige skøn ved at vurdere, at tilbuddet fra J.A. Rederiet i forhold til underkriteriet ”Time Schedule, Method Statements, Vessels and Equipment” – ligesom tilbuddet fra JD-Contractor – var på et fremragende niveau.

Underkriteriet ”Organization and Key Personnel” omfatter en vurdering af de enkelte nøglepersoners kompetencer, og en vurdering af egnetheden af den tilbudte organisation i forhold til løsningen af den konkrete opgave. Allerede af denne grund er JD-Contractors indsigelser ikke relevante.

Energinet har tillagt det positiv vægt, at J.A. Rederiet har udvalgt kompetencer og sammensat sit team specifikt til løsning af den konkrete opgave. Det forhold, at visse af kompetencerne er indhentet hos underleverandører/freelancere, påvirker ikke kvaliteten af kompetencerne eller organisationen. J.A. Rederiets organisationsplan viser en velstruktureret organisationsplan med klare kommunikationsveje og en klar fordeling af ansvarsområder på de forskellige roller. Det er i øvrigt ikke usædvanligt, at specialistrollerne, der kræves for at udføre en opgave som den udbudte, besættes af underleverandører/freelancere.

Angående J.A. Rederiets kompetencer inden for UXO investigations og protection activities fremgår det af CV’et for Dirk Schoenen, at han siden 2019 udelukkende har beskæftiget sig med UXO/EOD. Tilsvarende har Alf Olesen

ved sit CV dokumenteret bred og relevant erfaring med de fleste delopgaver omfattet af udbuddet, herunder opgaver i relation til ”protection activities”, hvilket også omfatter erfaringer med konkret sammenlignelige opgaver, eksempelvis for Ørsted og Prysmian. Indholdet af de enkelte referencer i CV’erne kunne have været beskrevet mere udførligt, men dette gør sig også gældende i forhold til JD-Contractors tilbudte CV’er.

Desuden afgøres Søværnets deltagelse i undersøgelser af Søværnet selv, og det kan således ikke afklares på forhånd, om Søværnet vil deltage fysisk eller på tilkald – uanset hvilken tilbudsgiver der havde vundet udbuddet. Hertil kommer, at Søværnets deltagelse i undersøgelser er direkte foreskrevet i det Scope of Work, der var en del af udbudsmaterialet.

Selv om begge tilbudsgiveres CV’er kunne have været optimeret i relation til beskrivelsen af projektreferencer, og selv om J.A. Rederiets CV på ”protection activities” viser mere bredt dokumenteret erfaring med opgaver i relation til ”protection activities” fremfor enkelte relevante projekter, har Energinet således også vurderet, at disse forhold ikke i den samlede helhedsvurdering af underkriteriet ”Organization og Key Personnel” var tilstrækkelige til, at det for de to tilbudsgivere kunne begrunde, at scoren blev reduceret med en karakter.

For så vidt angår underkriteriet ”Health, Safety and Environment” skal HSE-planen dække den konkrete opgave, der skal udføres, og forudsat at opgavefordelingen – som det er tilfældet for tilbuddet fra J.A. Rederiet – er klar, er det underordnet, om de enkelte poster er besat af interne eller eksterne medarbejdere. HSE-planen skal således dække det samme uanset den konkrete organisering. J.A. Rederiets setup indeholder klart definerede roller, ligesom der også i organisationen er en HSE-koordinator, der har til opgave at koordinere og sikre grænseflader mv., og der er derfor heller ikke grundlag for JD-Contractors indsigelse på dette punkt.

Der er desuden ikke stillet krav om ISO-certificering i udbudsmaterialet. Det afgørende er således HSE-planens indhold og ikke eventuelle certificeringer. Energinet har ved sine gentagne gennemgange af J.A. Rederiets HSE-plan konstateret, at planen lever op til niveauet for en ISO-certificering.

Energinet har sammenfattende foretaget en grundig tilbudsvurdering under hensyntagen til indholdet af underkriterierne i udbudsbetingelserne. JD-

Contractors indsigelser over for tilbudsvurderingen er ikke underbyggede, og JD-Contractor har heller ikke løftet bevisbyrden for, at Energinet skulle have foretaget en vurdering, der hviler på et forkert grundlag, eller som i øvrigt ligger uden for det vide skøn, der tilkommer Energinet

Ad påstand 4

JD-Contractor har gjort gældende, at tildelingsbeslutningen skal annulleres, under henvisning til, der er anført vedrørende påstand 1a, 1b og 3.

Overtrædelserne har en sådan karakter, at de såvel individuelt set som samlet set skal føre til annulation af tildelingsbeslutningen.

Energinet har med henvisning til det ad påstand 1a, 1b og 3 anførte gjort gældende, at Energinets tilrettelæggelse og gennemførelse af udbuddet i det hele er sket i overensstemmelse med reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet. Der er derfor ikke grundlag for en annulation af tildelingsbeslutningen.

For så vidt angår påstand 5 vil det heller ikke føre til annulation af tildelingsbeslutningen, selv hvis klagenævnet måtte nå til det resultat, at Energinets underretningsbrev af 23. april 2024 indeholdt en mangelfuld begrundelse, jf. klagenævnets kendelse af 8. marts 2017 Stadsing A/S mod Roskilde Kommune.

Ad påstand 5

JD-Contractor har gjort gældende, at Energinet med underretningsbrevet af 23. april 2024 ikke iagttog sin begrundelsesforpligtelse, sådan som den følger af lov om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 2, og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Energinets underretningsbrev var ledsaget af en begrundelse, der var stort set identisk for så vidt angår JD-Contractors og J.A. Rederiets opfyldelse af de fire kvalitative underkriterier.

Den i realiteten enslydende og desuden overordnede og generelle begrundelse for de to tilbudsgiveres opfyldelse af underkriterierne gjorde det umuligt for JD-Contractor at få en nærmere forståelse for udfaldet af udbuddet og

tildelingen af kontrakten, hvilket også var årsagen til, at JD-Contractor gjorde indsigelse over for tildelingen og sidenhen indgav klage til klagenævnet.

Energinet erkendte også, at der ikke var givet en fyldestgørende begrundelse for tildelingen, idet Energinet den 1. maj 2024 udsendte en revideret begrundelse for tildelingen, hvor Energinet havde forsøgt at nuancere den oprindelige begrundelse for tildelingen.

Energinets oprindelige begrundelse for tildelingen har ikke opfyldt det krav, der følger af lov om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 2, og det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip om, at en tildelingsbeslutning skal være ledsaget af en begrundelse, der gør det muligt for en forbigået tilbudsgiver at vurdere, om der er grundlag for at indgive klage til klagenævnet.

Forpligtelsen efter lov om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 2, er skærpet i forhold til det, der gælder efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, idet den fyldestgørende begrundelse skal foreligge allerede ved tildelingen. Det har ikke været tilstrækkeligt, at Energinet efterfølgende har uddybet begrundelsen.

Energinet har gjort gældende, at Energinets underretningsbrev af 23. april 2024 indeholder en både udførlig og reel vurdering af de to tilbud, og at brevet opfylder begrundelseskravet i Lov om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 2. Der er efter bestemmelsen ikke noget krav om, at begrundelseskravet også rummer nuancerne i tilbudsvurderingen, og at dette skal udtrykkes i underretningsbrevet.

Energinet er forpligtet til at begrunde sin tilbudsvurdering og i den forbindelse angive det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 2, sammenholdt med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 75. Energinet har ved sin underretning netop givet en udførlig begrundelse for den ligeledes grundige tilbudsvurdering. Alene tilbudsvurderingen af de fire kvalitative underkriterier gives således over fem fulde A4-sider.

Det forhold, at tilbuddene fra JD-Contractor og J.A. Rederiet fik tildelt samme pointtal på de kvalitative kriterier, og at begrundelsen herfor var stort set enslydende, fratager således ikke begrundelsen sin udførlighed, men er udtryk for, at tilbuddene var af samme høje kvalitet. Da begge tilbud blev

vurderet til den bedst mulige karakter på tre af de fire underkriterier, vil de kvalitetsmæssige (relative) forskelle, som der skal redegøres for i begrundelsen, i sagens natur heller ikke være store.

Praksis fra klagenævnet viser, at de tilfælde, hvor ordregivers begrundelse tilsidesættes som utilstrækkelig, er de tilfælde, hvor ordregiver reelt ikke giver nogen sproglig evaluering af tilbuddet, men derimod begrænser sin evaluering til en pointgivning, jf. klagenævnets kendelse af 14. oktober 2014 Grontmij A/S mod Ministeriet for By, Bolig og Landdistrikter.

Energinet har ikke erkendt ikke at have givet en fyldestgørende begrundelse for tildelingen. Baggrunden for Energinets uddybende begrundelse var udelukkende, at JD-Contractor ved mail af 26. april 2024 anfægtede Energinets tilbudsvurdering, hvorfor Energinet i overensstemmelse med sin forpligtelse i henhold til forsyningsdirektivets artikel 75, stk. 2, valgte at uddybe begrundelsen af tildelingsbeslutningen.

Selv hvis klagenævnet skulle anse Energinets begrundelse i underretningsbrev af 23. april 2024 for utilstrækkelig, har Energinet opfyldt sin forpligtelse ved den supplerede begrundelse af 1. maj 2024, jf. også forsyningsdirektivets artikel 75, stk. 2.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1a og 1b

Klagenævnet udtalte i delkendelsen af 4. juni 2024 følgende ad påstand 1 (nu påstand 1a):

”Det er mellem parterne ubestridt, at det var den juridiske enhed J.A. Rederiet, der er optaget på kvalifikationsordningen, blev prækvalificeret, afgav tilbud, senere blev tildelt den udbudte kontrakt af Energinet og efter det oplyste agter at opfylde kontrakten.

Ligeledes er det mellem parterne ubestridt, at J.A. Rederiet i sommeren 2023, forud for at Energinet i november 2023 udsendte invitationer om at deltage i udbuddet, foretog en virksomhedsmæssig omstrukturering, således at virksomhedens aktiver blev indskudt i et helejet datterselskab, J.A. Shipping.

Endelig er det ubestridt, at J.A. Rederiet fortsat er optaget på kvalifikationsordningen.

J.A. Rederiet har i sit ESPD oplyst, at virksomheden baserede sig på andre enheders kapacitet for at opfylde udvælgelseskriterierne. Endvidere har J.A. Rederiet dokumenteret sin økonomiske kapacitet ved fremlæggelsen af årsrapporten for 2022.

Energinet havde ikke fastsat krav om at en tilbudsgiver ikke kan basere sig på andre enheders kapacitet, ligesom Energinet ikke har fastsat begrænsninger af brugen af underleverandører.

Det kan herefter lægges til grund, at J.A. Rederiet, der fik tildelt kontrakten, var optaget på kvalifikationsordningen og opfyldte minimumskravene til egnethed ved udbuddet.

På ovenstående baggrund finder klagenævnet, at der på det foreløbige foreliggende grundlag ikke er udsigt til, at JD-Contractor vil få medhold i påstanden.”

Der er i sagen efterfølgende fremlagt dokumenter, der indgik i J.A. Rederiets tilbud, og hvoraf fremgår bl.a., at beskrivelsen af, hvordan J.A. Rederiet ville opfylde de kvalitative underkriterier, var udformet på J.A. Shippings brevpapir, at Kim Alfatsen, der er ejer af enkeltmandsvirksomheden J.A. Rederiet er Project Manager for J.A. Shipping, og at flere CV'er er udarbejdet på J.A. Shippings brevpapir. Det er også i dokumentet ”General Project Information” beskrevet, at det var J.A. Shipping, der var blevet inviteret til at deltage i udbuddet (*”J.A. Shipping has been invited to tender for the protection activities of the planned power cable KBH05”*) og af dokumentet ”Description of the participants”, at opgaven ville blive udført af J.A. Rederiet (J.A. Shipping A/S) i samarbejde med underentreprenørerne Hydrocharging and Dreschler Marine Consult (*”The project for protecting the two submarine cables in shallow waters will be performed by J.A. Rederiet (J.A. Shipping A/S) in co-operation with Hydrocharging and Dreschler Marine Consult, both as sub-contractors”*), men at kontrakten kun ville blive underskrevet af J.A. Rederiet (J. A. Shipping) (*”The contract will be signed with J.A. Rederiet (J.A. Shipping A/S) only”*).

JD-Contractor har bl.a. på denne baggrund gjort gældende, at tilbuddet blev afgivet af J.A. Shipping eller af J.A. Rederiet og J.A. Shipping i fællesskab, uagtet at det alene var J.A. Rederiet, der var optaget på kvalifikationsordnin-

gen, var prækvalificerede og opfyldte minimumskravene til egnethed ved udbuddet. Energinet har under skriftvekslingen anført bl.a., at det var J.A. Rederiet, der var prækvalificeret, og at det ikke gjorde J.A. Shipping til tilbudsgiver, at J.A. Rederiet og/eller J.A. Shipping misvisende angav dette i den del af tilbuddet, der beskrev, hvorledes kontrakten ville blive udført.

Det er således ikke – som anført i delkendelsen af 4. juni 2024 – mellem parterne ubestridt, at det var J.A. Rederiet, der afgav tilbud.

Det følger af klagenævnets praksis, jf. herved kendelse af 10. januar 2020, LM Gruppen ApS mod Banedanmark, at en tilbudsgiver selv bestemmer, hvordan man ønsker at organisere sig, og at tilbudsgiver frit kan anvende underleverandører i forbindelse med opfyldelse af kontrakten, medmindre ordregiveren har fastsat begrænsninger i adgangen til at benytte underleverandører. Af kendelse af 24. januar 2025, Kyndryl Danmark ApS mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse fremgår også, at en tilbudsgiver selv bestemmer, hvordan man ønsker at organisere sig, og videre, at en tilbudsgiver ikke selvstændigt behøver at besidde de egenskaber, der kræves under den udbudte kontrakt, og den nærmere opgaveudførelse dermed kan overlades til underleverandører uden, at det påvirker tilbudsgiverens retsstilling i udbudsretlig forstand.

Som nævnt i klagenævnets delkendelse af 4. juni 2024 fremgår det af J.A. Rederiets ESPD (pkt. C), at J.A. Rederiet ville basere sig på andre enheders kapaciteter for at opfylde udvælgelseskriterierne.

J.A. Rederiet er fortsat en juridisk aktiv virksomhed med samme CVR-nr. og adresse som oplyst i ESPD'et i det afgivne tilbud. J.A. Rederiet har – som også anført i klagenævnets delkendelse af 4. juni 2024 – dokumenteret, at virksomheden opfylder minimumskravene til egnethed og er over for Energinet aftaleretligt forpligtet til at opfylde kontrakten. Energinet som ordregiver har efter det oplyste heller ikke været i tvivl om, hvilken juridisk enhed, der afgav tilbud.

Uanset den usikkerhed om, hvilken juridisk enhed, der afgav tilbuddet, som de ovenfor nævnte dokumenter, der indgik i J.A. Rederiets tilbud gav anledning til, finder klagenævnet på ovenstående grundlag, og efter en samlet vurdering, at den juridiske enhed, som har afgivet tilbuddet, ikke kan anses for at være blevet ændret, eller at tilbudsafgivelsen skete i forening med andre.

Dette navnlig ikke, når oplysningerne om den anden juridiske enhed tilhører en underleverandør, som den tilbudsgivende juridiske enhed baserer sin økonomiske og faglige kapacitet på. Tilsvarende gælder, når en underleverandør på eget papir beskriver opgaven, som underleverandøren skal udføre.

På denne baggrund finder klagenævnet, at Energinet ikke har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, eller artikel 47, stk. 2.

Påstandene 1a og 1b tages derfor ikke til følge.

Påstand 2

(Frafaldet)

Ad påstand 3

Klagenævnet udtalte i delkendelsen af 4. juni 2024 følgende ad påstand 3:

”Energinet har i udbudsbetingelsernes punkt 3 beskrevet tildelingskriterierne og evalueringsmodellen, som dannede grundlag for evalueringen af de indkomne tilbud. Herunder er det anført, at Energinet ved evalueringen af de kvalitative underkriterier vil benytte sig af en pointskala ind delt i fire trin – med point fra 0 til 10, hvor maksimalscoren er 10 point.

Efter fast klagenævnspraksis har en ordregiver ... et vidt skøn ved den kvalitative evaluering af de enkelte tilbud og tildelingen af point, og klagenævnet tilsidesætter alene ordregiverens skønsmæssige vurdering, hvis skønnet er usagligt, hviler på et objektivt forkert grundlag, eller hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens skøn.

Det fremgår af Energinets underretningsbrev af 23. april 2024, hvorved det blev meddelt, at J.A. Rederiet blev tildelt kontrakten, at JD-Contractor og J.A. Rederiet havde opnået præcis samme pointtildeling på de fire kvalitative kriterier. Endvidere fremgår det af evalueringen, at tekstbeskrivelsen af JD-Contractor og J.A. Rederiets opfyldelse af de nævnte kriterier med ganske få afvigelser er fuldstændig enslydende og fremstår generiske.

Det har formodningen imod sig, at de to tilbud for så vidt angår de kvalitative kriterier har været så ens, at de har opnået nøjagtig samme point-

tildeling og tekstbeskrivelse i det omfang, som det fremgår af evalueringsrapporten, og det påhviler herefter Energinet at løfte bevisbyrden for, at evalueringen er gennemført på et sagligt og korrekt grundlag.

Energinet har med fremlæggelsen af den uddybende evaluering af 1. maj 2024 og det i øvrigt fremkomne på det foreløbige foreliggende grundlag løftet denne bevisbyrde, og der er derfor ikke udsigt til, at JD-Contractor vil få medhold i påstanden.”

Da der under den efterfølgende behandling af sagen ikke er fremkommet afgørende nye oplysninger, og da JD-Contractors nu anførte uddybende bemærkninger ikke fører til en anden vurdering, tages påstand 3 ikke til følge.

Ad påstand 5

Af lov om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 2, følger, at en ordregivers underretning om tildelingsbeslutning skal være ledsaget af en begrundelse. Af lovbemærkningerne til bestemmelsen (lovforslag nr. 110 af 27. januar 2010, de specielle bemærkninger til § 2) følger videre, at begrundelsen skal opfylde kravene i det dagældende forsyningsvirksomhedsdirektivs artikel 49, stk. 2 (nu artikel 75, stk. 2), hvorefter alle forbigåede ansøgere og tilbudsgivere efter skriftlig anmodning skal have oplyst, hvorfor deres ansøgning eller tilbud blev afvist. Ifølge forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 75, stk. 2, litra c, skal alle tilbudsgivere, der har afgivet et antageligt tilbud, desuden informeres om det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele. Ordregiver skal meddele navnet på den tilbudsgiver, hvis tilbud er antaget, eller parterne i rammeaftalen.

Videre fremgår af nævnte lovbemærkningerne til klagenævnslovens § 2, at bestemmelsen har til formål at give de berørte ansøgere og tilbudsgivere bedre indsigt i ordregivers beslutninger om tildeling af en kontrakt og indgåelse af en rammeaftale, således at de involverede virksomheder bedre kan vurdere, om der er grundlag for at klage over de truffe beslutninger.

Energinet gav ved underretningsbrevet af 23. april 2024 en begrundelse for tilbudsevalueringen, ligesom Energinet på JD-Contractors skriftlige anmodning den 1. maj 2024, altså på 8. dagen regnet fra underretningsbrevet, fremsendte en uddybende evaluering, jf. herved forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 75, stk. 2.

Klagenævnet finder på denne baggrund, at Energinets tildelingsbeslutning lever op til begrundelseskravet i lov om Klagenævnet for Udbud § 2, stk. 2, jf. stk. 1, nr. 2. At det vindende tilbud fik tildelt samme pointtal på de kvalitative kriterier som JD-Contractor, og at begrundelsen derfor var stort set enslydende, ændrer ikke herpå.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 4

Idet påstandene 1a, 1b, 3 og 5 ikke tages til følge, er der heller ikke grundlag for at tage påstand 4 om annulation til følge.

Herefter bestemmes

Klagen tages ikke til følge.

JD-Contractor A/S skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 40.000 kr. i sagsomkostninger til Energinet Eltransmission A/S.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mads Spanggaard Stockholm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
chefkonsulent