

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Erik P. Bentzen, Vibeke Steenberg,
Pernille Hollerup)

J.nr.: 2013-0033303

20. juni 2013

K E N D E L S E

Bombardier Transportation Denmark A/S og Balfour Beatty Rail Danmark
A/S

(advokat Martin André Dittmer, København)

mod

Aarhus Letbane I/S

(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2012/S 130-216635 af 6. juli 2012 udbød indklagede, Aarhus Light Rail Transport Secretariat (nu Aarhus Letbane I/S), som et udbud med forhandling efter direktiv 2004/17/EF (forsyningsvirksomhedsdirektivet) en kontrakt vedrørende konstruktion af en ny letbane i Aarhus samt indkøb af rullende materiel hertil. Kontraktens værdi er i udbudsbekendtgørelsen anslået til mellem 1,6 mia. kr. og 2,0 mia. kr., ekskl. moms. Tildelingskriteriet er »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Ved udløbet af fristen for ansøgning om prækvalifikation den 24. september 2012 havde følgende konsortier anmodet om at blive prækvalificeret:

1. Siemens A/G, Siemens A/S i konsortium med Strukton/Aarsleff JV I/S.
2. CAF i konsortium med ETF, VINCI og Pihl.
3. OHL i konsortium med Vossloh.
4. Ansaldo STS SpA i konsortium med Stadler og Pankow GmbH.
5. Technimont Civil Construction i konsortium med GE og PESA.
6. Bombardier Transportation Denmark A/S i konsortium med Balfour Beatty Rail Danmark A/S (klageren).

7. Alstom Denmark A/S i konsortium med Alstom Transport S.A.

Ved brev af 3. december 2012 meddelte indklagede klageren, at følgende konsortier var blevet prækvalificeret:

1. Siemens A/G, Siemens A/S i konsortium med Strukton/Aarsleff JV I/S.
3. OHL i konsortium med Vossloh.
4. Ansaldo STS SpA i konsortium med Stadler og Pankow GmbH.
7. Alstom Denmark A/S i konsortium med Alstom Transport S.A.

Den 2. januar 2013 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 11. februar 2013 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 22. april 2013.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og med artikel 44, stk. 1, idet omfanget og indholdet af de optioner, der indgår i udbuddet, ikke fremgår af udbudsbekendtgørelsen.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede ikke har afløftet sin udbudspligt for optioner, der ikke har været nævnt som værende omfattet af udbuddet i udbudsbekendtgørelsen, og at en tildelt kontrakt indeholdende sådanne optioner som følge heraf vil være omfattet af reglerne om uden virkning i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og med artikel 54, stk. 4, jf. §§ 1 og 2, stk. 2, i lovebekendtgørelse nr. 336 af 13. maj 1997 om begrænsning af skyldneres muligheder for at deltage i offentlige udbudsforretninger, idet indklagede i udbudsbekendtgørelsen alene stillede

krav om, at den vindende tilbudsgiver afgav dokumentation for tilbudsgiverens gæld i det land, hvor tilbudsgiveren er etableret, uanset at indklagede var forpligtet til at stille krav om en erklæring om gæld til det offentlige for såvel Danmark som det land, hvor tilbudsgiveren er etableret.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og med artikel 54, stk. 5 og 6, idet indklagede i forbindelse med prækvalifikationen uretmæssigt har set bort fra tredjemandesressourcer, som var stillet til rådighed for klageren.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10, idet indklagede uretmæssigt lagde vægt på underleverandørers ressourcer og prækvalificerede Alstom Denmark A/S i konsortium med Alstom Transport SA på baggrund heraf, uanset at konsortiet ikke havde dokumenteret, at de pågældende underleverandører stillede deres ressourcer til rådighed for konsortiet.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10, idet indklagede uretmæssigt lagde vægt på Vosslohs kapacitet i prækvalifikationsanmodningen og prækvalificerede OHL i konsortium med Vossloh på baggrund heraf, uanset at indklagede var forpligtet til at se bort fra Vosslohs kapacitet.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10, idet indklagede uretmæssigt lagde vægt på Struktons tekniske kapacitet i prækvalifikationsanmodningen og prækvalificerede Siemens A/G, Siemens A/S i konsortium med Strukton/Aarsleff JV I/S på baggrund heraf, uanset at indklagede var forpligtet til at se bort fra Struktons kapacitet.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10, idet indklagede ved vurderingen af prækvalifikationsanmodningen indleveret af konsortiet bestående af Tecnimont, GE og PESA uretmæssigt har set bort fra PESA's kapacitet, uanset at prækvalifikationsanmodningen var vedlagt erklæringer om gæld til det offentlige for alle tre konsortiedeltagere.

Påstand 9

Klagenævnet skal annullere den udbudsprocedure, som indklagede har iværksat ved udbudsbekendtgørelse 2012/S 130-216635 af 10. juli 2012.

Påstand 10 (subsidiær i forhold til påstand 9)

Klagenævnet skal annullere indklagedes prækvalifikationsbeslutning og pålægge indklagede at lovliggøre udbuddet ved at foretage en fornyet evaluering og udvælgelse af anmodningerne om prækvalifikation.

Påstand 11 (mere subsidiær i forhold til påstand 9)

Klagenævnet skal annullere indklagedes prækvalifikationsbeslutning.

Indklagede har nedlagt påstand om, at påstand 2, 5 – 8 og 10 afvises, subsidiært ikke tages til følge, og at påstand 1, 3 – 4, 9 og 11 ikke tages til følge.

Klageren har taget forbehold for at nedlægge påstand om erstatning.

Sagens nærmere omstændigheder

Indklagede offentliggjorde den 11. januar 2012 en vejledende forhåndsmeddelelse vedrørende udbuddet i EU-Tidende. Heri står bl.a. vedrørende udbuddets omfang:

»II.3) Short description of the contract or purchase(s):

...

The Rolling Stock will operate under purely electric traction, based on a 750 V DC system. The contract consists of the design, build and maintenance of LRT trains and Tram-Trains capable of operation on the same sections. The contract will include maintenance of the rolling stock. In addition an option for catenary free section along the Harbour is included«

Samtidig med offentliggørelsen af den vejledende forhåndsmeddelelse blev udbudsstrategien, »Aarhus Light Rail Tender Strategy«, offentliggjort på indklagedes hjemmeside. Af udbudsstrategien fremgår bl.a. følgende vedrørende »Transportation tender structure«:

»Tender A

Rolling stock (RS) and infrastructure option on full electrification solution

...

Option 1: Wireless running along the Harbour section – on board energy.

...

Tender B

Parallel tender of the TT rolling stock running on the blue and green sections.

...

Option 1: Wireless along the Harbour section- on board energy«

Den 21. februar 2012 og den 22. februar 2012 blev der afholdt informationsmøder om udbuddet i henholdsvis Aarhus og København. Efter det oplyste deltog alle de senere ansøgere, heriblandt klageren, i møderne. Af præsentationsmaterialet fra møderne, »Aarhus Light Rail Information Meeting«, fremgår bl.a.:

»Transport system – Tender

...

Electric traction for the Rolling Stock is based on 750 V DC system. Trams will be pure electrified and Tram-Trains will [be] diesel/hybrid or pure electrified.

In addition an option for catenary free section along the Harbour is included.

The Transportation system consists of 2 packages and will be tendered with prequalification.

...

Tender A

Rolling stock (RS) and infrastructure option on full electrification solution

...

Option 1: Wireless running along the Harbour section – on board energy.

...

Tender B

Parallel tender of the TT rolling stock running on the blue and green sections.

...

Option 1: Wireless along the Harbour section- on board energy«

På informationsmøderne blev der stillet en række spørgsmål til indklagede. Spørgsmålene og indklagedes svar på disse er gengivet i »Q&As about prequalification and tender« af 2. marts 2012. Heri står bl.a.:

»Catenary free section

Q-24: Will there be acceptable solutions other than on-board solutions for the catenary free section?

A-24: No

Q-25: Do you want catenary free system for only trams or both trams and tram trains?

A-25: Both«

I udbudsbekendtgørelsen af 6. juli 2012 står bl.a. følgende:

»II.1.5) Short description of the contract or purchase(s):

The Aarhus Light Rail system (AL System) will comprise a new light rail section to be constructed in the region of Aarhus. The construction will include the interconnection between the new AL system and the existing railways to the cities of Odder (southbound) and Grenaa (north east bound). The tender regards design and build of all infrastructure and rolling stock for the AL system which also includes a time limited maintenance of the rolling stock (6 years with an option for further three years). It consists of a solution for infrastructure and 2 parallel options for rolling stock:

Supply and installation of all necessary light rail infrastructure incl. track and OCS (750 V dc), CMC (depot and control centre), substations, tele/radio, passenger info etc. for part of the light rail transit system. Adjustment of infrastructure on some sections. Workshop and depot in Aarhus Station Area. Rolling stock is procured through parallel options as described in II.2.2.

The sections of the AL System, which have to be electrified covers approximately 14 km of new sections to be constructed in the inner city of Aarhus, 70 km section on the existing Grenaa Railway and 30 km section on the existing Odder Railway.

The construction phase is expected to commence in February 2014 and to be concluded in December 2016.

...

II.2.2) Information about options

Options: yes

Description of these options: Option 1 and 2, including sub-options, are parallel options in the sense that either option 1 or option 2, including sub-options, will be included in the final contract.

Option 1: Supply of 15 electric Trams for lines 1-4 (80 km/h) and 8 Tram Trains (LRT vehicles able to run up to 100 km/h) for lines 5-6 incl. maintenance of rolling stock for 6 years.

Option 1 A: Supply of 5 additional Trams (80 km/h) at a later date, incl. maintenance of rolling stock for 6 years.

Option 1 B: Supply of 15 additional Trams (80 km/h) at a later date, incl. maintenance of rolling stock for 6 years.

Option 2: Supply of 23 electric Tram Trains (LRT vehicles able to run up to 100 km/h) for lines 1-6 incl. maintenance of rolling stock for 6 years.

Option 2 A: Supply of 5 additional Tram Trains (LRT vehicles able to run up to 100 km/h) at a later date, incl. maintenance of rolling stock for 6 years.

Possible additional options related to both tender solutions will be defined in the course of negotiation process with the tenderers. Wireless running at the Harbour section using on-board energy will most likely be included as an option.

The maintenance part of the rolling stock can be renewed for three years.

...

III.2.1) Personal situation of economic operators, including requirements relating to enrolment on professional or trade registers

Information and formalities necessary for evaluating if the requirements are met: The tenderer should submit the following documentation:

- A solemn declaration on debt and exclusion scenarios, pursuant to the Procurement Directive, Article 45 (1) and (2), cf. Utilities Directive Article 54 (4).

...

III.2.2) Economic and financial ability

Information and formalities necessary for evaluating if the requirements are met: The tenderer should submit the following documentation:

- Audited and approved annual reports for the most recent three financial years. If the tenderer does not prepare annual reports, the annual reports may be replaced by a declaration certified by the tenderer's auditor and listing the tenderer's turnover, result before tax, equity capital, and balance sheet for the most recent three financial years,

- Declaration certifying to which extent material changes have occurred in the enterprise's financial situation since the most recent financial year. Such declaration must be made by the bank, auditor, or the enterprise's chief executive officer or chief financial officer under penalty of perjury. The declaration must be made for the purpose of this tender procedure, and therefore the date of such declaration must be later than the date of publication of the tender procedure. The declaration must

address the applicant's financial situation in the period from the most recent financial years and until the date of issue of the declaration.

III.2.3) Technical capacity

Information and formalities necessary for evaluation if the requirements are met: The tenderer should submit the following documentation:

- Description of the applicant's references from equivalent or similar assignments completed in the last 10 years. The description should state the scope of the assignment (contract price), description of the services performed by the applicant, performance period (status), and documentation, with respect to finished projects, that the services were performed according to contract (technical fulfillment), on time (identifying any delays), and on budget (identifying any budget overruns).

Aarhus Light Rail Transport Secretariat reserves the right to verify the validity of the information submitted and to contact any references stated.

The description of the applicant's references is expected to clarify the applicant's competencies within the areas of design and build of metros, light rails and similar. Correspondingly, the description is expected to substantiate the applicant's references and competencies within the construction of LRT systems, metro systems or similar assignments. The description should thus prove the applicant's experiences within the construction of LRT systems from commencement of the construction process to completion, as well as the applicant's experiences within application of equivalent standards to BOStrab.

- Description of the enterprise or consortium expressing interest, including subcontractors.

...

VI.3) Additional information:

The expression of interest must include a solemn declaration on debt and exclusion scenarios. If a consortium is taking part in the expression of interest, a solemn declaration for all of the participating companies should be submitted in the expression of interest. ...

If the expression of interest is filed by a consortium, the expression of interest must be accompanied by the information required under item III.2.1 (personal situation), item III.2.2 (economic and financial ability) and item III.2.3 (technical capacity) of the Contract Notice for all participants of the relevant consortium. If such information is not submitted, or if the information is not sufficient, for one of the participants of the consortium, the expression of interest will not be deemed to be non-compliant with the formal requirements set out for this tender procedure, but any such lacking information may affect the prequalification assessment.

The tenderer who is awarded the contract should document the solemn declaration on debt and exclusion scenarios. This should be documented

by a certificate issued by an appropriate authority in the country where the tenderer has his business set up.

The number of invited enterprises/consortia is four.

In so far as the number of enterprises/consortia, whose expression of interest is in compliance with the requirements listed in section III.2, exceeds four, the selection of tenderers will be based on the following grounds:

- the quality of references on construction of Light rail Transit Systems, metro systems or similar construction assignments from the past 10 years,
- the quality of references on application of standards equivalent to BOStrab,
- the financial capacity of the enterprise/consortium.

...

The expression of interest should be sent on CD-rom/USB-stick and 1 original signed paper copy and 9 paper copies to the address in Annex A III.«

Erklæringen, som skulle afgives i henhold til den citerede del af udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.1), havde følgende ordlyd:

»...

Pursuant to the Danish Consolidation Act no. 336 of 13 May 1997 on the Restriction of Debtors' Options for Participating in Public Procurement Procedures and on the Amendment of Certain other Acts ... it is hereby solemnly declared that the candidate has no unpaid, due debt that exceeds DKK 100.000 (or similar amount in a different currency) to the authorities in Denmark in the form of taxes, duties and contributors to social security schemes under Danish law, nor has such unpaid debt to the authorities in the country in which the candidate has set up business.

...«

Klageren ansøgte om prækvalifikation inden fristen den 24. september 2012. I ansøgningen står vedrørende de to medlemmer af det ansøgende konsortium:

»...

The above two proposed members of the consortium [klageren] have been nominated to participate and submit an expression of interest in the project by Bombardier Inc. and Balfour Beatty Ltd. respectively and will be fully supported by the worldwide resources of both organizations as evidenced by the enclosed Letters of Comfort.

...«

Til ansøgningen var vedlagt en konsortiebeskrivelse, hvoraf fremgik:

»...

Bombardier Transportation Denmark A/S and Balfour Beatty Rail Danmark A/S intend to participate together in the Aarhus Light Rail Transit Project (the »Project«) and jointly submit this expression of interest as the »applicant«. Their intention is to form an unincorporated consortium, that shall, if required, have joint and several liability, to deliver the Project, if successfully awarded the contract. Each entity shall be supported by parent companies and any of such parent company's subsidiaries or other affiliates within their group to provide credit enhancement or technical resources to the extent required to successfully deliver the Project.

...«

Klageren havde således i ansøgningen baseret sig på den økonomiske og tekniske formåen fra moder- og søsterselskaber i Bombardier- og Balfour Beatty-gruppen og havde vedlagt ansøgningen om prækvalifikation to støtteerklæringer fra henholdsvis Balfour Beatty Group Limited og Bombardier Inc.

Af støtteerklæring af den 12. september 2012 fra Balfour Beatty Group Limited fremgår bl.a.:

»We are pleased to confirm that the resources of the Balfour Beatty Group are available to support Balfour Beatty Rail Danmark A/S (the »Company«) in connection with the provision of the capabilities necessary to meet the contractual obligations of the Company in the event that the contract for execution of the new Aarhus Light Rail Transit System (the »Contract«) is awarded to the consortium of which the Company is a member.

We acknowledge that, in relation to Balfour Beatty activities in respect of the Contract, these will be carried out primarily using the joint capacities of the Company, Balfour Beatty Rail AB (of Sweden) and Balfour Beatty Rail GmbH (of Germany), all of which are wholly owned members of the Balfour Beatty Group. In addition, we undertake to provide any further support required for the Contract from either the UK, or internationally from other businesses within the Group, should the need arise.«

Af støtteerklæring af den 13. september 2012 fra Bombardier Inc. fremgår bl.a.:

»As with participation in other turnkey and public-private partnership («PPP») projects, we confirm that BTB's participation in the Project will be fully supported by the resources of the entire Bombardier Inc. group. ... Bombardier Inc. will commit a well-resourced and experienced team to assist in developing and delivering all technical, financial and other aspects of the Project. Should it be required, the Ultimate Parent Company would be prepared to provide a parent company guarantee to support the obligations of BTB, at an appropriate time.

The terms of this letter are not intended to create any legal rights or obligations for investment or participation in the Project for the Ultimate Parent Company. The approval for participation in the Project will be subject to completion of due diligence, receipt of all necessary internal, external and regulatory approvals and the finalisation of relevant agreements for the Project to the satisfaction of the Ultimate Parent Company.«

I det nævnte brev af 3. december 2012, hvor indklagede meddelte klageren, hvem der var blevet prækvalificeret, står bl.a.:

»We regret to inform you that your enterprise has not been prequalified for the tender proceedings. The expression of interest has met the requirements set out in the contract notice in terms of documentation and declarations, but the consortium is not eligible for prequalification due to the financially and technically weak structure of the consortium.

In accompanying letters of comfort provided by the international mother companies of Bombardier International and Balfour Beatty Group Limited, it is stated that both companies will support their Danish daughter companies in terms of technical fulfillment of the Contract. However, the letter provided by Bombardier International contains the following legal disclaimer:

»The terms of this letter are not intended to create any legal rights or obligations for investment or participation in the Project for the Ultimate Parent Company. The approval for participation in the Project will be subject to completion of due diligence, receipt of all necessary internal, external and regulatory approvals and the finalisation of relevant agreements for the Project to the satisfaction of the Ultimate Parent Company«

This entails that the company at any time can withdraw the technical support to Bombardier Transportation Denmark A/S. Financially, the general legal disclaimer likewise entails that company at any time can withdraw the any provided financial support to Bombardier Transportation Denmark A/S.

The letter of comfort of the Balfour Beatty Group does not contain a similar disclaimer, but still it cannot be interpreted that the Group is willing to issue guarantees with regard to the financial obligations of the daughter company, since no direct mention is made of making such guarantees. The indicated, yet uncertain, declaration of support from the mother companies is not satisfactory from a financial point of view as it leaves the Aarhus Letbane I/S with a high uncertainty as to the exact level of guarantee the mother companies are willing to provide.

As the economy of the mother companies cannot be taken into consideration, the consortium is very weak financially. Overall the balance sheet of the consortium is not high and the development of the financial situation of the consortium is decreasing. Moreover, the result before tax of Balfour Beatty Rail Denmark A/S was negative. As such the overall picture of the financial situation of the consortium is not satisfactory and raises doubt as to the guarantees which the consortium can provide to Aarhus Letbane I/S in relation to a possible award of contract.

From a technical perspective, the references presented all stem from the mother companies. Through these the Bombardier and Balfour Beatty consortium has documented thorough references on construction of LRT. A number of these are turnkey projects where the consortium has constructed entire LRT systems. The Bombardier references on supply of rolling stock and maintenance of rolling stock all stem from the mother company and since a general legal disclaimer is made in this company's letter of comfort these references cannot form part of the technical evaluation. The willingness to assist the Danish daughter company is neither precise nor legally binding.

Pursuant to the information submitted in the expression of interest by Bombardier and Balfour Beatty consortium and the requirements listed in the contract notice, it has been established that the Bombardier and Balfour Beatty consortium neither fulfills the requirement of a technically qualified consortium nor the requirement of a financially qualified consortium. The Bombardier and Balfour Beatty consortium is deemed not qualified for prequalification.«

Klageren rettede ved brev af 6. december 2012 henvendelse til indklagede og anmodede om, at indklagede revurderede klagerens ansøgning om prækvalifikation.

Ved brev af den 12. december 2012 meddelte indklagede, at indklagede fastholdt vurderingen af klagerens ansøgning om prækvalifikation. Af brevet fremgår bl.a.:

»In reference to your letter dated 6 December 2012 we regret to inform you that the decision on prequalification still stands.

Aarhus Letbane I/S has evaluated the expressions of interest based on the requirements set out in the contract notice and the material submitted by the applicants in their expression of interest. On the basis of this, the consortium Bombardier Transportation Denmark A/S and Balfour Beatty Rail Denmark A/S was regarded as not financially or technically eligible as the consortium relies on the international mother companies to fulfill the contract requirements.

The letter of comfort by Bombardier International contains a general legal disclaimer, which entails that no legal rights or obligations for investment or participation can be incurred on the company. This general legal disclaimer cannot against its wording be interpreted as relating solely to a commitment to participate in the project in a direct contractual relationship to Aarhus Letbane I/S. Therefore the financial and technical ability of this mother company cannot be part of the evaluation of the expression of interest.

As for the letter of comfort by Balfour Beatty Group, the letter does not contain a similar disclaimer, but still it cannot be interpreted that the Group is willing to issue guarantees with regard to the financial obligations of the daughter company, since no direct mention is made of making such guarantees. The indicated, yet uncertain, declaration of support from the mother companies is not satisfactory from a financial point of view as it leaves Aarhus Letbane I/S with a high uncertainty as to the exact level of guarantee the mother companies are willing to provide. Therefore the financial ability of the Balfour Beatty Group did indeed form part of the evaluation of the expression of interest.

For these reasons the prequalification decision of Aarhus Letbane I/S still stands.«

Indstillingsnotat udarbejdet af Cowi A/S og Systra:

Indklagede antog Cowi A/S og Systra som rådgivere i forbindelse med udbuddet. Cowi A/S og Systra afgav i oktober 2012 et indstillingsnotat med en evaluering af ansøgningerne om prækvalifikation, »Recommendations of Prequalification«.

I indstillingsnotatet står vedrørende klageren:

»...

5.1.6 Bombardier Transportation Denmark A/S in consortium with Balfour Beatty Rail Denmark A/S

...

... the expression of interest by Bombardier Transportation Denmark A/S and Balfour Beatty Rail Denmark A/S is compliant.

...

5.2.6 ...

...

... the letter provided by Bombardier International contains a general legal disclaimer which means that the company is unwilling to guarantee technical support to Bombardier Transportation Denmark A/S. ...

...

Financially the consortium is very weak. ... As such the overall picture of the financial situation of the consortium is not satisfactory and raises doubt as to the guarantees which the consortium can provide to Aarhus Letbane I/S in relation to a possible award of contract.

...

In its letter of comfort Bombardier International has expressed willingness to provide a parent company guarantee to support the obligation of the daughter company if this were to be required. However, the legal disclaimer contained in its letter of comfort effectively means that no legal obligations can be incurred from the letter, thus turning it into a mere declaration of intent. The letter of comfort of the Balfour Beatty Group does not contain a similar disclaimer, but still it cannot be interpreted that the Group is willing to issue guarantees with regard to the financial obligations of the daughter company, since no direct mention is made of making such guarantee. ... From a financial point of view the consortium is deemed not eligible for prequalification.

From a technical perspective, the references presented all stem from the mother companies. ... the consortium is also deemed not eligible for prequalification from a technical point of view.

... it has been established that the Bombardier and Balfour Beatty consortium neither fulfils the requirement of a technically qualified consortium nor the requirement of a financially qualified consortium. The Bombardier and Balfour Beatty consortium is deemed not eligible for prequalification.«

I indstillingsnotatet står vedrørende Alstom Denmark A/S i konsortium med Alstom Transport SA:

»...

5.1.7 ALSTOM Denmark A/S in consortium with ALSTOM Transport SA

...

ALSTOM Denmark A/S and ALSTOM Transport SA describe use of the following subcontractors for the carrying out of the tasks of construction/supply of rolling stock including maintenance:

- Bravida
- MT Højgaard
- Grontmij

The consortium has enclosed all relevant information in the application for the subcontractors and therefore the competencies of the subcontractors can be included in the assessment of eligibility of the consortium.

...

5.2.7 ...

...

As mentioned in section 5.1.7 the ALSTOM Denmark and ALSTOM Transport consortium describes the use of subcontractors Bravida, MT Højgaard and Grontmij. The consortium has enclosed all relevant information in the application for the subcontractors and therefore the competencies of the subcontractors can be included in the assessment of eligibility of the consortium.

...«

I indstillingsnotatet står vedrørende OHL i konsortium med Vossloh:

»...

5.1.3 OHL in consortium with Vossloh

...

A solemn declaration has been submitted for each of the applying enterprises as prescribed in the contract notice, section VI.3 Additional information, with the exception of the solemn declaration for the enterprise Vossloh. This entails that assessment of the financial situation of the applicant is not possible for Vossloh as it is not possible to see if the enterprise has any unpaid debt to the authorities in the country where Vossloh has its business set up. ... The Assessment of the expression of interest will be assessed on the submitted information for the rest of the consortium.

...

5.2.3 ...

...

It should be noted, that the financial and technical abilities of Vossloh have not been included in the assessment of eligibility as a result of the missing solemn declaration on debt and exclusion scenarios.

...

The assessment of the consortium's financial development does not include the development of Vossloh, as the declaration on financial development was not submitted for Vossloh.

...

Also the consortium has submitted references on supply of rolling stock and maintenance of rolling stock through Vossloh's references, but the assessment of these cannot be included into the assessment of eligibility as the solemn declaration of debt and exclusion scenarios was not submitted for Vossloh.

...

6.1.3 ...

...

The OHL and Vossloh consortium has demonstrated several references on construction of LRT... Also the consortium has submitted references on supply of rolling stock and maintenance of rolling stock... The consortium has references from the European Market... The overall picture of the consortium is deemed to be good.

...«

I indstillingsnotatet står vedrørende CAF i konsortium med ETF, VINCI og Pihl:

»...

5.2.2 CAF with ETF, VINCI and PIHL

...

However, for VINCI, no solemn declaration was submitted, and it is not possible to assess whether the enterprise has debt to the authorities or is subject to exclusion scenarios. ... It should be noted, that the financial and technical abilities of VINCI and CEGELEC have not been included in the assessment of eligibility as a result of the missing solemn declaration on debt and exclusion scenarios.

...«

I indstillingsnotatet står vedrørende Siemens A/G og Siemens A/S i konsortium med Strukton/Aarsleff JV I/S:

»...

5.1.1 Siemens A/G, Siemens A/S in consortium with Strukton/Aarsleff JV I/S

...

It is not clear whether the Strukton entity which forms part of Strukton/Aarsleff I/S and thus the consortium is the German mother company or the Danish subsidiary.

...

5.2.1 ...

...

Since it is unclear which Strukton entity forms part of the consortium the financial abilities of the company have not been included in the assessment of eligibility of the consortium.

...«

I indstillingsnotatet står vedrørende Technimont Civil Construction i konsortium med GE og PESA:

»...

5.2.5 Technimont Civil Construction in consortium with GE and PESA

...

A solemn declaration was not submitted for the enterprise PESA. This entails that assessment of the financial situation as well as the technical ability of the applicant is not possible for PESA as it is not possible to see whether the enterprise has any unpaid debt to the authorities in the country where PESA has its business set up nor if PESA is subject to any of the exclusion scenarios listed in the solemn declaration. ... It should be noted, that the financial and technical abilities of PESA have not been included in the assessment of eligibility as a result of the missing solemn declaration on debt and exclusion scenarios.

...

6.1.5 ...

...

Also the consortium has submitted several references on supply of rolling stock, which cannot be taken into account in the assessment due to PESA's lack of submission of a solemn declaration.

...«

Skriftlige erklæringer:

Indklagede har fremlagt skriftlige erklæringer fra bl.a. projektchef Morten Springdorf, Aarhus Letbane I/S, og projektchef Louise Boserup Krabbe, Cowi A/S.

I erklæring af 18. april 2013 fra projektchef Morten Springdorf, Aarhus Letbane I/S, står:

»...

1. Hvad er begrundelsen for at angive ledningsfri kørsel på Havnepladsen som en mulig option?

...

Aarhus kommune har som interessant bedt Aarhus letbane undersøge muligheden for ledningsfri kørsel langs havnen. Da de økonomiske og tekniske konsekvenser af denne løsning ikke er belyst under lignede forhold, er ledningsfri kørsel medtaget som option.... Optionen er betegnet som en mulig option, for resultatet af forhandlingerne vil være afgørende for, om og i givet fald hvordan ledningsfri kørsel langs havnen skal indgå i det endelige tilbud.

...

4. Er ledningsfri kørsel baseret på en ny teknologi og i givet fald hvilken?

...

Nej ledningsfri kørsel har været kendt i en del år. Den første vi kender til er fra Nice hvor letbanen kører ca 500 meter over en åben plads. Strækningen blev åbnet i 2007.

...

5. Hvilke hidtidige erfaringer er der med ledningsfri kørsel?

...

Der er bygget en del letbaner med strækninger hvor ledningsfri kørsel forekommer. De fleste fra 2007 og fremad. ... Den ledningsfrie strækning variere[r] i længde og afhænger af antal stop, klimaet, hastighed og højdeforskelle. Der er efter vores oplysninger ikke letbanestrækninger med ledningsfri kørsel på lignende breddegrader.

...

6. Kan ledningsfri kørsel karakteriseres som et udviklingsarbejde?

...

Ja ingen tvivl om at markedet løbende tester batterier med større lagrings kapacitet og dermed længere strækning med ledningsfri kørsel. Efter vores viden er længste stræk med ledningsfri kørsel for nuværende 1,2 km. Dansk teknologisk institut har beregnet at batterier i fremtiden vil kunne lagre mere energi på mindre plads. Der er i den forbindelse lavet beregninger over strækningen Aarhus – Grenaa. Beregninger viser at der i dag rent batterimæssigt er mulighed for at køre til Grenaa på batterier, som oplades på standsningsstederne. Dog med meget lange lade tider.

...

7. Vil alle potentielle leverandører kunne levere ledningsfri kørsel?

...

Ja de potentielle leverandører har alle systemer for ledningsfri kørsel. Forskellene ligger i meter ledningsfri, strækning, hastighed, antal stop og højdeforskel. Den ønskede ledningsfrie strækning i Aarhus er på ca. 2 km og lignende strækning er ikke i drift andet sted, efter vores oplysninger.

...

8. Hvor lang en strækning er den ledningsfri kørsel aktuel?

...

Den ønskede ledningsfri strækning i Aarhus er ca 2 km. På strækningen er der 3 standarder med forventet hastighed på mellem 20 og 40 km/t. Højdeforskellen er ca 20 meter. Strækningen ønskes testet i leverandørmarkedet, da der løbende sker en udvikling på området.

...

9. I udbudsbekendtgørelsen er det desuden anført, at mulige yderligere optioner vil blive defineret i løbet af forhandlingerne med de bydende. Hvad er baggrunden for denne formulering?

...

Der er i forbindelse med anlægsloven for Aarhus letbane defineret at eventuelle tilkøb kan ske ved at den betalende part ønsker at tilkøbet indgår i udbuddet. Hvilke tilkøbsydelse, der er eller kan være relevante, vil afhænge af forhandlingerne. Det er derfor nødvendigt, at udbuddet indeholder mulighed for, at en betalende part kan få oplyst tilkøbsprisen på en tilkøbsydelse som en option. ...«

I erklæring af 18. april 2013 fra projektleder Louise Krabbe Boserup, Cowi A/S, står:

»...

2. Hvad har været afgørende for, om underleverandørerne, herunder koncernforbundne selskabers kompetencer, er indgået i prækvalifikationsvurderingen?

...

Den afgørende faktor for, hvorvidt underleverandører, herunder koncernforbundne selskabers kompetencer, er indgået i prækvalifikationsvurderingen, var, om de krævede oplysninger for sådanne underleverandører eller koncernforbundne selskaber var vedlagt ansøgningen, og om det fremgik tilstrækkeligt klart af ansøgningen, hvem der var en del af konsortiet.

...

3. Er og var det vurderingen, at konsortiet Bombardier/Balfour uden support fra de bagvedliggende moderselskaber er egnet til at udføre den udbudte opgave?

...

Som anført i prækvalifikationsrapporten var det COWI / Systra's vurdering, at Bombardier og Balfour ikke i sig selv ville have de fornødne tekniske og økonomiske kompetencer til at bygge Århus Letbane, hvorfor konsortiet derfor ikke blev vurderet egnet i forhold til den udbudte opgave.

...

4. Hvad var baggrunden for at udelukke Bombardier Inc.'s økonomiske og tekniske kompetencer samt Balfour Beatty's økonomiske ressourcer fra prækvalifikationsvurderingen?

...

Grunden til at der ved vurderingen ikke blev lagt vægt på Bombardier Inc's økonomiske og tekniske kompetencer var, at der i ansøgningen var vedlagt en støtteerklæring vedrørende såvel økonomisk og teknisk support fra Bombardier International, som indeholdt en reservation om at dette selskab ikke var juridisk forpligtet af støtteerklæringen. Der blev i egnethedsvurderingen af Bombardier Inc., som bidrog med den overvejende del af Bombardier's økonomiske kompetence samt hele den tekniske kompetence lagt afgørende vægt på dette forhold.

Grunden til at der ved vurderingen ikke blev lagt vægt på Balfour Beatty Group's økonomiske kompetencer var, at der for denne konsortiepart var vedlagt en støtteerklæring, af hvilken det ikke var muligt at sige med sikkerhed at denne ville yde en økonomisk garanti til datterselskabet i tilfælde af at konsortiet vandt kontrakten.

5. Var der andre ansøgere end konsortiet Bombardier/Balfour, der støttede de økonomiske kompetencer for moderselskaber eller underleverandører i øvrigt?

...

For alle øvrige konsortier er moderselskaber involveret som en egentlig konsortiepart sammen med datterselskabet. Derfor har spørgsmålet om støtteerklæring fra sådanne ikke været relevant i forhold til andre moderselskaber end i konsortiet Bombardier/Balfour Beatty. Den eneste undtagelse vedrører konsortieparten til Siemens, Struktur/Aarsleff JV I/S, for hvilken konsortium parten indikerede at moderselskaberne Per Aarsleff A/S og Strukton Rail GmbH ville kunne forsyne bygherren med støtteerklæring for de respektive datterselskaber. Støtteerklæringerne var dog ikke vedlagt ansøgningen. Per Aarsleff A/S og Strukton Rail GmbH's økonomiske ressourcer er derfor ikke indgået i prækvalifikationsvurderingen.

For underleverandører har spørgsmålet ikke været relevant da ingen af ansøgerne har angivet, at de støttede deres økonomiske kompetencer på underleverandører.

6. Hvilken betydning har MT Højgaard A/S', Grontmijs og Bravidas tekniske kompetencer for beslutningen om at prækvalificere Alstom Danmark A/S i konsortium med Alstom Transport SA?

...

Bravida, MT Højgaard og Grontmijs tekniske kompetencer har ikke haft betydning for vurderingen af konsortiet da ingen af disse firmaer præsenterede relevante referencer indenfor bygning af letbaner eller sammenlignelige baner og derfor heller ikke beslutningen om, at prækvalificere konsortiet, jfr. COWI's erklæring om prækvalifikation udarbejdet til brug for Århus Letbane I/S's bestyrelsesmøde primo marts 2013.

7. Foretog I i forbindelse med prækvalifikationsvurderingen en undersøgelse af, hvorvidt det var Strukton Rail A/S eller Strukton GmbH, der indgik i konsortiet Strukton/Aarsleff JV I/S?

...

Der blev ved prækvalifikationsvurderingen foretaget en gennemgang af prækvalifikationsmaterialet med henblik på at afklare hvilket Strukton-selskab der indgik i konsortiet pga. uklarhed herom i det fremsendte materiale. Som følge af uklarheden blev ingen af Strukton selskabernes økonomi lagt til grund for den finansielle vurdering. I forhold til afklaringen af, hvilken Strukton enhed, der indgik i konsortiet var evalueringsholdet ikke opmærksomme på moderselskabets udmelding om, at det ville kunne fremsende en støtteerklæring på bygherres forespørgsel som nævnt i punkt 5 ovenfor på tidspunktet for prækvalifikations indstillingens udformning.

8. Hvilken betydning har de tekniske kompetencer for hhv. Strukton Rail A/S og Strukton GmbH været tillagt i forbindelse med prækvalifikationsansøgningen fra Siemens AG, Siemens A/S i konsortium med Strukton/Aarsleff JV I/S?

...

Som anført i COWI's erklæring om prækvalifikation udarbejdet til brug for Århus Letbane I/S's bestyrelsesmøde primo marts 2013 blev de tekniske kompetencer for Strukton selskaberne tillagt vægt i forbindelse med den tekniske vurdering i relation til konstruktion af letbane infrastrukturen. Vurderingen ville være faldet enslydende ud selvom selskaberne ikke var blevet inddraget i den tekniske vurdering, idet konsortiet også uden Strukton selskabernes kompetencer havde vægtige referencer indenfor konstruktion af infrastrukturen.

9. I COWI's indstilling om prækvalifikation af 29. oktober 2012 er det for så vidt angår ansøgningen fra konsortiet OHL/Vossloh anført, at Vosslohs kompetencer grundet manglende tro- og loveerklæring ikke er inddraget/kan inddrages i prækvalifikationsvurderingen. Samtidig er der i indstillingens pkt. 6.1.3 henvist til, at konsortiet har leveret referencer for leveringen af rullende materiel og vedligeholdelse af samme. I hvilket omfang er Vosslohs tekniske og økonomiske kompetencer indgået i vurderingen af ansøgningen fra konsortiet OHL/Vossloh?

...

Det beror på en fejl, når det i COWI's indstilling om prækvalifikation af 29. oktober 2012 er anført, at Vossloh's kompetencer grundet manglende tro-og-love erklæring ikke er inddraget i prækvalifikationsvurderingen. Ansøgningen om prækvalifikation fra konsortiet OHL/Vossloh indeholdt således en tro-og-loveerklæring for såvel Vossloh Kiepe som Vossloh España. Vossloh Kiepe's tekniske kompetencer er således ind-

gået i prækvalifikationsvurderingen, som det også er angivet i indstillingens pkt. 6.1.3.

10. I indstillingen til prækvalifikation er det ... anført, at PESA's tekniske og økonomiske kompetencer ikke er inddraget i prækvalifikationsvurderingen som følge af, at ansøgningen ikke var vedlagt en tro- og loveerklæring fra dette selskab. Hvad er baggrunden for denne bemærkning?

...

Prækvalifikationsvurderingen blev foretaget på baggrund af de skriftlige prækvalifikationsansøgninger, idet disse ansøgninger i henhold til udbudsbekendtgørelsen er originalansøgningen. PESA havde ikke vedlagt en tro-og-love erklæring i det skriftlige eksemplar af ansøgningen, men kun i det elektroniske eksemplar, som ikke indgik i prækvalifikationsvurderingen. Derfor blev der ikke lagt vægt på selskabets tekniske og økonomiske kompetencer.

...«

Klagenævnets kendelse af 11. februar 2013:

Som nævnt tillagde klagenævnet ved kendelsen af 11. februar 2013 ikke klagen opsættende virkning. I kendelsen er vedrørende påstand 4 om klagerens ansøgning om prækvalifikation anført:

»Udbudsbekendtgørelsen stiller ikke specifikke krav til, hvorledes virksomheder, der ansøger om prækvalifikation, skal dokumentere at råde over ressourcer fra tredjemand, herunder moderselskaber. Det følger dog af artikel 54, stk. 6, at det er klageren, som skal godtgøre at råde over de ressourcer, der er nødvendige for kontraktens udførelse.

Klageren havde i ansøgningen om prækvalifikation baseret sig på den økonomiske og tekniske formåen hos moder- og søsterselskaber i Bombardier- og Balfour Beatty-gruppen og vedlagt ansøgningen om prækvalifikation de ovenfor citerede støtteerklæringer.

Ifølge støtteerklæringen fra Bombardier Inc. vil Bombardier Transportation Denmark A/S blive støttet af Bombardier-gruppen, ligesom Bombardier Inc. om nødvendigt vil udstede en garanti på vegne af selskabet.

Imidlertid indebærer støtteerklæringen efter sin ordlyd ikke nogen juridisk forpligtelse for Bombardier-gruppen, herunder Bombardier Inc. Klageren har derfor ikke godtgjort, at selskabet råder over de økonomiske og tekniske ressourcer fra Bombardier-gruppen. Indklagede har herefter været berettiget til at se bort fra disse ressourcer ved vurderingen af klagerens egnethed.

Ifølge støtteerklæringen fra Balfour Beatty Group Limited er ressourcerne fra Balfour Beatty-gruppen til rådighed for Balfour Beatty Rail Danmark A/S.

Erklæringen angiver imidlertid ikke specifikt, at ressourcerne relaterer sig til klagerens økonomiske forpligtelser, hvorfor klageren ikke har godtgjort at råde over Balfour Beatty Group Limited's økonomiske ressourcer. Indklagede har herefter også været berettiget til at se bort fra Balfour Beatty Group Limited's økonomiske ressourcer ved vurderingen af klagerens egnethed.

Da indklagede følgelig ikke i forbindelse med prækvalifikationen uretmæssigt har set bort fra tredjemandsressourcer, som var stillet til rådighed for klageren, er der ikke på det foreløbige grundlag udsigt til, at klagerens påstand 4 vil blive taget til følge.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede var forpligtet til i udbudsbekendtgørelsen punkt II.2.2) udtømmende at angive de optioner, der var omfattet af udbuddet, samt disse optioners indhold.

Med formuleringen »Possible additional options related to both tender solutions will be defined in the course of negotiation process with the tenderers« har indklagede angivet, at der muligvis ville indgå yderligere optioner i udbuddet uden at specificere omfanget og indholdet af disse optioner. Det fremgår klart af praksis fra EU-Domstolen og klagenævnet samt af bilag XIII, afsnit c, til forsyningsvirksomhedsdirektivet, at optionsklausuler, herunder især optionsklausuler vedrørende yderligere indkøb, skal angives under udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.2). Det kan på baggrund heraf udledes, at ikke kun optioner på væsentlige yderligere indkøb under et udbud med forhandling skal beskrives under punkt II.2.2), men derimod alle optioner, der har betydning for fastlæggelsen af omfanget og/eller forståelsen af den udbudte kontraktgenstand. Indklagedes beskrivelse af de potentielle yderligere optioner var mangelfuld, og indklagedes beskrivelse af øvrige optioner under udbuddet underbygger, at de potentielle yderligere optioner burde have været defineret i udbudsbekendtgørelsen. Sådanne yderligere optioner vil kunne ændre kontraktgenstanden. Lov om Aarhus Letbane §§

10 og 11 samt forarbejderne hertil angiver klart, at der skal indbygges en mulighed for optioner, hvilket illustrerer, at indklagede i udbudsbekendtgørelsen har udeladt at medtage væsentlige oplysninger.

Med formuleringen »Wireless running at the Harbour section using on-board energy will most likely be included as an option« har indklagede blot angivet, at en teknisk løsning, der var forbundet med væsentlig risiko for tilbudsgiverne, og som afveg markant fra hovedydelsen, måske – måske ikke – ville indgå i udbuddet. Denne mulige option er imidlertid væsentlig i forhold til den udbudte kontrakt, idet der er tale om en teknologisk løsning, der adskiller sig markant fra hovedydelsen, hvorfor det utvetydigt burde fremgå af udbudsbekendtgørelsen, hvorvidt optionen var en del af udbuddet. »On-board energy« bruges alene i begrænset omfang og kun på korte strækninger, og usikkerheden omkring denne option kan derfor have haft betydning for antallet af potentielle tilbudsgivere.

Indklagede har gjort gældende, at angivelsen af optioner i udbudsbekendtgørelsen er i overensstemmelse med de principper og forpligtelser, der kan udledes af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og artikel 44, stk. 1. Der er pligt til at beskrive kontrakten, således at omhyggelige tilbudsgivere kan danne sig et indtryk af denne, hvorimod der ikke er pligt til at beskrive alle tænkelige optioner udtømmende. Indklagede er berettiget til at efterspørge optioner, som ikke er angivet i udbudsbekendtgørelsen, når sådanne optioner ikke udvider opgavens størrelse eller karakter i forhold til, hvad potentielle tilbudsgivere måtte forvente på baggrund af udbudsbekendtgørelsen. Beskrivelsen af udbuddet i udbudsbekendtgørelsen med tilhørende henvisninger har været så dækkende, at de potentielle tilbudsgivere uden for enhver tvivl har haft mulighed for at få kendskab til den udbudte kontrakts størrelse og karakter og som en konsekvens heraf målrette ansøgningen om prækvalifikation. Dette dokumenteres af, at der er opnået ansøgninger fra et bredt felt af ansøgere, og at der i sammensætningen af de respektive konsortier i vid udstrækning er taget højde for muligheden for at tilpasse sig forskelligartede løsninger inden for relevante variationer for letbanedrift, herunder også ledningsfri kørsel. Der er ikke i udbudsprocessen stillet spørgsmål til omfanget af optionerne, og de potentielle tilbudsgivere har været tidligt inddraget i processen. Usikkerheden om den ledningsfri kørsel vedrører en strækning på 2 ud af 114 km., og der er tale om en relativ ny teknologi, hvorfor der ikke er sikkerhed for, at den kan gennemføres. Derfor skal indklagede have en mulighed for at trække denne option tilbage.

Ad påstand 2

Indklagede har gjort gældende, at klagenævnet på det foreliggende grundlag ikke har mulighed for at bedømme påstanden. Klagenævnet kan således alene tage stilling til en eventuel konstaterbar tilsidesættelse af de udbudsretlige regler og ikke til potentielle fremtidige tilsidesættelser heraf. Hertil kommer, at der ikke foreligger indikationer af, at den endelige kontrakt vil indeholde optioner, som ikke kan anses for dækket af beskrivelsen i kontrakten/udbuddets genstand i udbudsbekendtgørelsen, hvorfor den nedlagte påstand 2 ikke har noget selvstændigt indhold i forhold til påstand 1. En konstatering fra klagenævnets side i overensstemmelse med påstand 2 vil således ikke have nogen indflydelse på den retsstilling, som allerede er gældende. Påstanden skal derfor afvises.

Klageren har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at afvise påstanden. Indklagede vil ikke have afløftet sin udbudspligt, i det omfang kontrakten indeholder optioner, der ikke er omtalt eller klart angivet som værende omfattet af udbuddet i udbudsbekendtgørelsen. Indgåelse af en aftale indeholdende sådanne optioner vil falde uden for den udbudte kontrakt, og reglerne om forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse vil herved være overtrådt. Da der ikke er tale om et offentligt udbud, vil det ikke være muligt for udeforstående potentielle ansøgere uden adgang til udbudsmaterialet at konstatere, om indklagede tilføjer optioner under den efterfølgende udbudsproces. Det må have den konsekvens, at reglerne om uden virkning i håndhævelsesloven finder anvendelse. Karakteren af de optioner, der er nævnt i udbudsbekendtgørelsen, signalerer klart, at optioner under udbuddet skal forstås som en udvidelse af kontraktgenstanden. Yderligere indkøb af rullende materiel samt anvendelse af nye og alternative fremdriftsteknologier på dele af den udbudte letbanestrækning er således at sidestille med oplysninger om et yderligere indkøb. Såfremt indklagede under udbuddets næste fase indsatte en option på eksempelvis indkøb af yderligere rullende materiel som beskrevet i indklagedes udbudsstrategi, ville der således være tale om en væsentlig ændring af kontraktgenstanden. Klagenævnets stillingtagen til påstand 2 vil have betydning for den konkrete gennemførelse af dette udbud og herved også klarlægge retsstillingen i forhold til reglerne om uden virkning, såfremt en ordregiver vælger at anvende samme fremgangsmåde som indklagede ved beskrivelsen af optioner i udbudsbekendtgørelsen.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med §§ 1 og 2, stk. 2, i lovebekendtgørelse nr. 336 af 13. maj 1997 om begrænsning af skyldneres muligheder for at deltage i offentlige udbudsforretninger, idet det følger af lovebekendtgørelsen, at en tro og love-erklæring om gæld til det offentlige skal afgives både for så vidt angår det land, hvor tilbudsgiveren er etableret, og for Danmark, og idet indklagede i udbudsbekendtgørelsen alene stillede krav om, at den vindende tilbudsgiver afgav dokumentation for tilbudsgiverens gæld i det land, hvor tilbudsgiveren er etableret. Indklagede anførte tydeligt i udbudsbekendtgørelsen, at manglende fremlæggelse af en tro og love-erklæring om gæld til det offentlige ikke ville medføre, at en ansøgning om prækvalifikation blev afvist, og dokumentationskravet under punkt VI.3) i udbudsbekendtgørelsen er udtrykkeligt begrænset til et certifikat udstedt af den ordregivende myndighed i tilbudsgiverens hjemland, hvorimod der ikke kræves dokumentation for gæld til det offentlige i Danmark. Der er således på intet tidspunkt i udbudsprocessen stillet krav om, at den vindende tilbudsgiver skal have stillet dokumentation for gæld til det offentlige i Danmark, inden der indgås en bindende kontrakt. Det kan ikke udelukkes, at de mangelfulde dokumentationskrav for gæld til det offentlige i udbudsbekendtgørelsen kan få konkret betydning for gennemførelsen af udbuddet. Flere af de udenlandske tilbudsgivere havde ikke vedlagt deres ansøgning en tro og love-erklæring, og betydningen af manglende indgivelse af tro og love-erklæringen illustrerer indklagedes vilkårlige behandling af ansøgningerne om prækvalifikation.

Indklagede har gjort gældende, at kravene til tro og love-erklæringen i udbudsbekendtgørelsen entydigt overholder kravene i §§ 1 og 2, stk. 2, i lovebekendtgørelse nr. 336 af 13. maj 1997. Samtlige prækvalificerede virksomheder – og ikke blot alle konsortiedeltagere, men også de underleverandører, som Alstom-konsortiet havde henvist til – har afgivet tro og love-erklæring ved at underskrive den erklæring, som der henvises til i udbudsbekendtgørelsen. Det beror på en fejl, når det i Cowi A/S og Systras indstillingsnotat er anført, at ansøgningen fra OHL i konsortium med Vossloh ikke er vedlagt en tro og love-erklæring for Vosslohs vedkommende. Lovebekendtgørelse nr. 336 af 13. maj 1997 indebærer ikke en forpligtelse til at stille krav om tro og love-erklæring allerede i forbindelse med prækvalifikationen, da afgivelse af tro og love-erklæringen vedrørende gæld til det of-

fentlige kan udskydes til kontrakttildelingen. Uanset om påstand 3 tages til følge, har en tilsidesættelse af reglerne i bekendtgørelse nr. 336 af 13. maj 1997 om gæld til det offentlige ikke betydning for udbuddets og/eller prækvalifikationens lovlighed.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og med artikel 54, stk. 5 og 6, ved ikke at opstille specifikke dokumentationskrav for råden over tredjemands ressourcer i udbudsbekendtgørelsen, ligesom indklagede under evalueringen af ansøgningerne om prækvalifikation anvendte forskellige, diskretionære dokumentationskrav, alt efter om der var tale om ressourcer fra henholdsvis moderselskaber eller underleverandører, og alt efter om der var tale om henholdsvis finansielle eller tekniske ressourcer fra tredjemand. Da artikel 54, stk. 5 og 6, er enslydende, må kravene til at godtgøre råden over finansielle og tekniske ressourcer være de samme. Klageren havde både ved de beskrivende afsnit i ansøgningen om prækvalifikation og de vedlagte letters of comfort godtgjort at råde over tredjemands ressourcer, herunder at den nødvendige finansielle støtte ville blive givet. Klagerens ansøgning om prækvalifikation kunne ikke skabe berettiget tvivl om, at alle nødvendige finansielle og tekniske ressourcer fra Bombardier Inc. og Balfour Beatty Group Limited blev stillet til rådighed for udførelsen af kontrakten, da al nødvendig dokumentation var vedlagt ansøgningen. Samme type erklæringer er brugt i forbindelse med tidligere udbud, og erklæringerne har ikke i disse tilfælde givet anledning til problemer. Klageren er en velkendt aktør i markedet og er ikke uegnet til at varetage kontrakten. Indklagede har derfor uretmæssigt set bort fra tredjemandsressourcer, som var stillet til rådighed for klageren.

I relation til erklæringen afgivet af Bombardier Inc. har klageren særligt gjort gældende, at det af erklæringen klart kom til udtryk, at moderselskabet støttede klageren ved at stille alle nødvendige ressourcer til rådighed for opfyldelse af kontrakten, og at indklagede som følge heraf var uberettiget til at se bort fra moderselskabets ressourcer ved evalueringen af klagerens ansøgning om prækvalifikation. Erklæringen indebærer alene en begrænsning i moderselskabets direkte hæftelse overfor indklagede, men ikke i forholdet mellem moderselskabet og det ansøgende selskab.

I relation til erklæringen afgivet af Balfour Beatty Group Limited har klageren særligt gjort gældende, at denne erklæring fuldt ud opfylder de fastsatte krav til dokumentation for rådighed over tredjemandsressourcer, og at erklæringen efter sin ordlyd omfatter alle ressourcer, der er nødvendige for at opfylde klagerens kontraktuelle forpligtelser overfor indklagede. Indklagede var derfor ikke berettiget til at se bort fra moderselskabets ressourcer ved vurderingen af klagerens ansøgning. Det er således uden nogen støtte i erklæringens ordlyd, at indklagede under evalueringen har fortolket erklæringen således, at kun tekniske, men ikke finansielle ressourcer, ville blive stillet til rådighed. Indklagedes sondring mellem finansielle henholdsvis tekniske ressourcer i moderselskabets erklæring synes således udelukkende at bero på det forhold, at indklagede under evalueringen valgte at opstille forskellige dokumentationskrav, alt efter om en ansøger ønskede at støtte ret på tredjemands finansielle eller tekniske ressourcer. Dette differentierede og ikke-offentliggjorte krav er ikke blevet anvendt konsekvent af indklagede ved vurderingen af de respektive konsortiers rådighed over tredjemandsressourcer.

Indklagede har gjort gældende, at forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke indeholder et krav om, at ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen angiver kravene til dokumentationen for rådighed over tredjemandsressourcer. Hvor udbudsbekendtgørelsen ikke angiver disse krav, er det op til den, der ansøger om prækvalifikation, at fremlægge den nødvendige dokumentation. Der er ikke tale om, at den manglende inddragelse af moderselskabernes ressourcer i prækvalifikationsvurderingen for klagerens vedkommende skyldes utilstrækkelig/manglende dokumentation, men derimod, at det utvetydigt fremgår af den fremlagte dokumentation, at de pågældende moderselskaber ikke påtager sig nogen bindende forpligtelse til at stille deres tekniske og/eller finansielle ressourcer til rådighed for klageren. En generel henvisning i et cover letter til, at klageren råder over moderselskabernes ressourcer, er ikke tilstrækkeligt. Ved krav til dokumentationen for rådighed kan der sondres mellem finansielle og tekniske ressourcer, da finansielle ressourcer stilles til rådighed ensidigt, mens tekniske ressourcer alene leveres mod betaling herfor. Der er ikke sket forskelsbehandling, da klageren som den eneste af ansøgerne baserede sig på finansielle ressourcer fra andre enheder, og klageren ikke uden de finansielle ressourcer fra moderselskaberne havde tilstrækkelig finansielle formåen.

I relation til erklæringen afgivet af Bombardier Inc. har indklagede særligt gjort gældende, at det klart fremgår af erklæringen fra Bombardier Inc., at moderselskabet ikke påtager sig nogen juridisk forpligtelse til at støtte klageren teknisk eller økonomisk. Det har den konsekvens, at moderselskabets ressourcer ikke kan indgå i vurderingen af klagerens egnethed. Bombardier Inc.'s erklæring er ikke begrænset til en oplysning om, at Bombardier Inc. ikke anser sig som direkte kontraktpart over for indklagede og/eller har forpligtet sig til at afgive et bindende tilbud, men gælder projektet generelt. Klageren bærer risikoen for uklare formuleringer i Bombardier Inc.'s erklæring.

I relation til erklæringen afgivet af Balfour Beatty Group Limited har indklagede særligt gjort gældende, at erklæringen udelukkende kan fortolkes således, at Balfour Beatty Group Limited stiller concernens tekniske ressourcer til rådighed for Balfour Beatty Rail Danmark A/S i forbindelse med kontraktens udførelse, hvorimod erklæringen efter sin ordlyd ikke kan udvides til også at omfatte en indeståelse for klagerens økonomiske forpligtelser under kontrakten.

Ad afvisning af påstand 5 - 8

Indklagede har gjort gældende, at påstand 5 – 8 skal afvises, da klageren ikke har en retlig interesse i disse påstande. Dette skyldes, at klageren som den eneste ansøger om prækvalifikation ikke blev fundet egnet, idet klageren ikke uden moderselskabernes ressourcer vurderedes at have de nødvendige finansielle eller tekniske kompetencer.

Klageren har gjort gældende, at påstand 5 – 8 ikke skal afvises, da klagerens ansøgning var konditionsræssig. En fornyet evaluering vil derfor involvere klageren, hvorfor klageren har en retlig interesse i at få påkendt påstand 5 – 8.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 ved under evalueringen af klagerens ansøgning om prækvalifikation at opstille et krav om dokumentation i form af garanti-

stillelse for, at klageren kunne trække på moderselskabernes ressourcer. Indklagede undlod nemlig at anvende samme dokumentationskrav i forbindelse med evalueringen af Alstom-konsortiets egnethed. Alstom-konsortiet har ikke dokumenteret, at de anvendte underleverandører stillede deres ressourcer til rådighed for konsortiet, og indklagede har derfor med urette lagt vægt på disse underleverandørers ressourcer

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er begået fejl i forbindelse med vurderingen af ansøgningen fra Alstom-konsortiet. Den omstændighed, at Alstom-konsortiet havde vedlagt den krævede dokumentation for underleverandørerne, herunder særligt tro og love-erklæringer afgivet til indklagede og underskrevet af underleverandørerne, har i tilstrækkelig grad dokumenteret, at konsortiet råder over de pågældende underleverandørers kompetencer. Indklagede har derfor været berettiget til at inddrage underleverandørernes ressourcer i prækvalifikationsvurderingen. Der er ikke herved sket en forskelsbehandling mellem klageren og Alstom-konsortiet. Den manglende inddragelse af moderselskabernes tekniske og finansielle ressourcer i vurderingen af ansøgningen fra klageren er således ikke begrundet i en utilstrækkelig dokumentation over rådigheden, men derimod i, at det utvetydigt fremgår af moderselskabernes erklæringer, at konsortiet ikke er »sikret« rådighed over de pågældende moderselskabers ressourcer. Hertil kommer, at konsortiet Alstom Denmark A/S og Alstom Transport SA, som det også fremgår af Cowi A/S og Systras indstillingsnotat, i sig selv og uafhængigt af underleverandørernes kompetencer besidder såvel den fornødne tekniske kapacitet som den fornødne økonomiske kapacitet til at kunne blive prækvalificeret.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10, idet indklagede under evalueringen lagde til grund, at Vosslohs kapacitet ikke skulle tages i betragtning, da ansøgningen ikke indeholdt en erklæring om gæld og udelukkelsesgrunde for så vidt angik Vossloh. Ikke desto mindre lagde indklagede ved udvælgelsen af de fire prækvalificerede ansøgere vægt på Vosslohs tekniske kapacitet, samtidig med at indklagede afviste at lægge vægt på andre ansøgers kapacitet (i det omfang ansøgningerne ikke indeholdt erklæringer om gæld og udelukkelsesgrunde for alle konsortiedeltagerne). Indklagede var som følge heraf for-

pligtet til at se bort fra Vosslohs kapacitet. Det forhold, at indklagede tilsyneladende i forbindelse med klagesagen har fundet frem til Vosslohs erklæring om manglende gæld til det offentlige, har ikke betydning for konstateringen af, at den faktisk gennemførte evaluering af konsortiets ansøgning om prækvalifikation var fejlbehæftet. På evalueringstidspunktet valgte indklagede således at lade Vosslohs kapacitet, herunder selskabets tekniske referencer, indgå i evalueringen, uanset indklagede for det første var af den opfattelse, at ansøgningen ikke indeholdt en erklæring om gæld til det offentlige for så vidt angik Vossloh, og uanset indklagede for det andet lod samme mangel komme de to konsortier bestående af Tecnimont Civil Construction, GE og PESA, henholdsvis CAF, ETF, VINCI og Pihl, der ikke blev prækvalificeret, til skade. Indklagede har endvidere uretmæssigt tillagt Vossloh-koncernens finansielle og tekniske kapacitet vægt under evalueringen af ansøgningerne om prækvalifikation på trods af, at det end ikke er klart, hvilket selskab inden for Vossloh-koncernen der har anmodet om prækvalifikation, og hvilke Vossloh-selskaber der stillede deres ressourcer til rådighed for det ansøgende konsortium.

Indklagede har gjort gældende, at det beror på en fejl, når det i indstillingsnotatets pkt. 5.1.3 og 5.2.3 anføres, at Vossloh ikke har afgivet en tro og love-erklæring. Dette dokumenteres af Louise Krabbe Boserups erklæring. Ved prækvalifikationsvurderingen af ansøgningen fra konsortiet bestående af OHL og Vossloh har indklagede lagt til grund, at Vossloh Kiepe GmbH indgik i konsortiet, og at Vossloh Espana S.A. er underleverandør til dette konsortium. Baggrunden for denne vurdering er, at Vossloh Kiepe GmbH er anført i cover letter til anmodningen om prækvalifikation, og at anmodningen er underskrevet af Vossloh Kiepe GmbH.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at det ikke var klart, hvilken Strukton-enhed der var en del af det ansøgende konsortium. Under evalueringen lagde indklagede til grund, at Strukton-selskabernes finansielle kapacitet derfor ikke kunne tages i betragtning, men indklagede afviste ikke at lægge vægt på Strukton-selskabernes tekniske kapacitet, selvom indklagede var forpligtet til at se bort fra såvel Strukton-selskabernes finansielle som deres tekniske kapacitet.

Indklagede har gjort gældende, at ansøgningen fra Siemens AG, Siemens A/S i konsortium med Strukton/Aarsleff JV I/S var vedlagt alle de krævede oplysninger, herunder tro og love-erklæring for Strukton-selskabernes vedkommende. På baggrund heraf og med henvisning til det, der er anført ad påstand 5 vedrørende vurderingen af ansøgningen fra Alstom-konsortiet, har indklagede ved prækvalifikationsvurderingen været berettiget til at lægge vægt på begge Strukton-selskabernes tekniske kapacitet, uanset hvilket af selskaberne der indgår i konsortiet henholdsvis fungerer som underleverandør til konsortiet.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10, idet indklagede ved vurderingen af prækvalifikationsansøgningen indleveret af konsortiet bestående af Tecnimont Civil Construction, GE og PESA uretmæssigt har set bort fra PESA's kapacitet, uanset at prækvalifikationsansøgningen var vedlagt erklæringer om gæld til det offentlige for alle tre konsortiedeltagere.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede var nødsaget til at bortse fra PESA's finansielle og tekniske kapacitet, da papirversionen af ansøgningen, der i henhold til udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.3) udgør originalversionen, ikke indeholdt en underskrevet tro og love-erklæring.

Ad påstand 9

Klageren har gjort gældende, at manglerne ved det gennemførte udbud, herunder at udbudsbekendtgørelsen var behæftet med grundlæggende fejl og mangler, og at indklagede har gennemført en på flere punkter vilkårlig og uigennemsigtig evaluering af ansøgningerne om prækvalifikation, samlet set bevirker, at der efter klagenævnets praksis skal ske annulation af udbuddet, idet der er tale om grove overtrædelser af forsyningsvirksomhedsdirektivet og de grundlæggende principper heri.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er begået fejl i forbindelse med udbuddet og prækvalifikationen og endnu mindre fejl, som har betydning for lovligheden af udbuddet og den trufne prækvalifikationsbeslutning.

Ad påstand 10

Indklagede har gjort gældende, at klagenævnet ikke har kompetence til at pålægge indklagede at lovliggøre udbuddet på en nærmere angivet måde. Selvom klageren måtte få medhold i påstand 1, 2 og/eller 3, har dette ikke betydning for, hvem der har ansøgt om at blive prækvalificeret, eller for vurderingen af ansøgningerne om prækvalifikation.

Klageren har gjort gældende, at manglerne ved udbuddet, herunder at indklagede har gennemført en på flere punkter vilkårlig og uigennemsigtig evaluering af ansøgningerne om prækvalifikation, som minimum bør bevirke, at klagenævnet pålægger indklagede at lovliggøre udbuddet ved at foretage en fornyet evaluering og udvælgelse af ansøgningerne om prækvalifikation. Det bestrides, at klagenævnet ikke har kompetence til at pålægge en ordregiver at lovliggøre en igangværende fejlbehæftet udbudsproces. Indholdet af en fornyet prækvalifikationsbeslutning fastlægges af indklagede under hensyntagen til indholdet af de påstande, som klageren måtte få medhold i. Idet ingen ansøgning om prækvalifikation blev afvist som ukonditionsmæssig, må en annullation af indklagedes beslutning om prækvalifikation medføre, at en fornyet beslutning om prækvalifikation skal træffes på grundlag af en fornyet evaluering, hvori der tages højde for samtlige rettidigt indleverede ansøgninger om prækvalifikation, uanset om klagenævnet i sin endelige kendelse måtte nå frem til, at indklagede under denne fornyede evaluering helt eller delvist vil være berettiget til at se bort fra moderselskabernes kompetencer i klagerens ansøgning om prækvalifikation og således ikke tager klagerens påstand 4 til følge.

Ad påstand 11

Klageren har gjort gældende, at prækvalifikationsbeslutningen skal annulleres på baggrund af den række af overtrædelser af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, som indklagede er ansvarlig for i forbindelse med evalueringen af ansøgningerne om prækvalifikation. Klageren har endvidere henvist til det ad påstand 10 anførte.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tage påstanden til følge.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 44, stk. 1, fremgår, at udbudsbekendtgørelser skal indeholde »de i bilag XIII ... anførte oplysninger...«.

I bilag XIII til forsyningsvirksomhedsdirektivet, »Oplysninger, der skal angives i udbudsbekendtgørelser«, anføres i afsnit »C. Udbud med forhandling«, bl.a.:

»5. For vareindkøbskontrakter og bygge- og anlægskontrakter:

a) Arten og mængden af de varer ..., der skal leveres.

Angivelse af især optionsklausuler vedrørende yderligere indkøb og den foreløbige tidsplan for brugen af disse klausuler, hvis denne foreligger, samt antallet af eventuelle forlængelser...«

I udbudsbekendtgørelsen er om optioner anført:

»Options: yes

Description of these options: Option 1 and 2, including sub-options, are parallel options in the sense that either option 1 or option 2, including sub-options, will be included in the final contract.

Option 1: Supply of 15 electric Trams for lines 1-4 (80 km/h) and 8 Tram Trains (LRT vehicles able to run up to 100 km/h) for lines 5-6 incl. maintenance of rolling stock for 6 years.

Option 1 A: Supply of 5 additional Trams (80 km/h) at a later date, incl. maintenance of rolling stock for 6 years.

Option 1 B: Supply of 15 additional Trams (80 km/h) at a later date, incl. maintenance of rolling stock for 6 years.

Option 2: Supply of 23 electric Tram Trains (LRT vehicles able to run up to 100 km/h) for lines 1-6 incl. maintenance of rolling stock for 6 years.

Option 2 A: Supply of 5 additional Tram Trains (LRT vehicles able to run up to 100 km/h) at a later date, incl. maintenance of rolling stock for 6 years.«

Derudover anføres:

»Possible additional options related to both tender solutions will be defined in the course of negotiation process with the tenderers. Wireless running at the Harbour section using on-board energy will most likely be included as an option.

...«

For så vidt angår første led, »Possible additional options related to both tender solutions will be defined in the course of negotiation process«, synes udsagnet at åbne mulighed for en række ikke nærmere kvalificerede optioner som værende omfattet af kontraktens genstand. Udsagnet er som sådant uden udbudsretlig relevans og derfor i strid med gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og det krav om angivelse af oplysninger, der følger af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 44, stk. 1. Såfremt der med henvisning til dette udsagn i udbudsbekendtgørelsen under forhandlingerne måtte blive fastsat optioner, der omfatter i sig selv udbudspligtige leverancer, er klagenævnet enig med klageren i, at kontrakten herom ville kunne erklæres for uden virkning med henvisning til bestemmelserne om direkte tildeling i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17. Da klagenævnets konstatering heraf ikke vedrører en konkret tildeling og ikke som sådan føjer noget til den retstilstand, der gælder på området, afviser klagenævnet dog påstand 2.

For så vidt angår andet led, »Wireless running at the Harbour section will most likely be included«, finder klagenævnet, at udtrykket »most likely« ikke i den givne sammenhæng fører til, at indklagede ikke med tilstrækkelig gennemsigtighed har oplyst om optioner omfattet af kontrakten.

I det anførte omfang tages påstand 1 til følge.

Ad påstand 3

I følge udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.1) skulle ansøgerne – på en dertil indrettet formular – afgive følgende erklæring om gæld til det offentlige:

»...

Pursuant to the Danish Consolidation Act no.336 of 13 May 1997 on the Restriction of Debtors' Options for Participating in Public Procurement Procedures and on the Amendment of Certain other Acts...it is hereby solemnly declared that the candidate has no unpaid, due debt that exceeds DKK 100.000 (or similar amount in a different currency) to the authorities in Denmark in the form of taxes, duties and contributors to social security schemes under Danish law, nor has such unpaid debt to the authorities in the country in which the candidate has set up business.

...«

Alle prækvalificerede ansøgere har efter det oplyste afgivet erklæringen. Klageren har ikke i den forbindelse gjort gældende, at der foreligger en overtrædelse af bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter § 11, stk. 4.

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

I udbudsbekendtgørelsens punkt VI.3) anføres under afsnittet »Additional information«:

»...

The tenderer who is awarded the contract should document the solemn declaration on debt and exclusion scenarios. This should be documented by a certificate issued by an appropriate authority in the country where the tenderer has his business set up.

...«

Det bemærkes, at denne modstrid med det, der er krævet under udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.1), heller ikke kan føre til, at påstanden tages til følge.

Ad påstand 4

Klagenævnet udtalte i den citerede kendelse af 11. februar 2013, at da »indklagede ikke i forbindelse med prækvalifikationen uretmæssigt har set bort fra tredjemandsressourcer, som var stillet til rådighed for klageren, er der ikke på det foreløbige grundlag udsigt til, at klagerens påstand 4 vil blive taget til følge«.

Den yderligere bevisførelse, som har fundet sted, herunder den fremlagte erklæring fra projektchef Louise Krabbe Boserup, Cowi A/S, giver ikke klagenævnet grundlag for at ændre sin opfattelse.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand om afvisning af påstand 5 – 8

Klageren har deltaget i udbuddet ved at ansøge om prækvalifikation. Klageren har således retlig interesse i at få prøvet, om indklagede har overtrådt

udbudsreglerne i forbindelse med evalueringen af ansøgningerne fra de 4 konsortier, som – i modsætning til klageren – er blevet prækvalificerede. Klageren har i den forbindelse ligeledes retlig interesse i at få prøvet, om indklagede i forbindelse med den manglende prækvalifikation af et yderligere konsortium har anvendt en fremgangsmåde, der strider mod ligebehandlingsprincippet.

Påstanden om afvisning af påstand 5 – 8 tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5

Det følger af udbudsbekendtgørelsens pkt. III.2.3) vedrørende »Technical capacity«, at en ansøgning om prækvalifikation skulle indeholde en »Description of the enterprise or consortium expressing interest, including subcontractors«. Der var ikke stillet nærmere krav til karakteren af dokumentationen for, at de pågældende underleverandører stillede deres tekniske kapacitet til rådighed for ansøgeren. Ansøgningen om prækvalifikation indgivet af konsortiet bestående af Alstom Denmark A/S og Alstom Transport S.A. indeholdt tre ringbind fra Bravida, MT Højgaard og Grontmij. Det fremgår heraf, at disse virksomheder deltog i udarbejdelsen af konsortiets ansøgning om prækvalifikation. Klagenævnet finder på den baggrund ikke grundlag for at tilsidesætte indklagedes vurdering gengivet i pkt. 5.1.7 og 5.2.7 i indstillingsnotatet fra Cowi A/S og Systra, hvorefter det, at »all relevant information in the application for the subcontractors« »has been enclosed« i tilstrækkelig grad beviser, at konsortiet bestående af Alstom Denmark A/S og Alstom Transport S.A. kunne råde over de pågældende virksomheders tekniske kapacitet, jf. klagenævnets kendelse af 8. januar 2013 i sag MET 4 JV Cityringen Tender Office mod Metroselskabet I/S påstand 3 og EU-Domstolens dom af 2. december 1999 i sag C-176/98, Holst Italia S.p.A., præmis 30. I øvrigt fremgår det af svar på spørgsmål 6 i erklæringen fra projektchef Louise Boserup Krabbe, Cowi A/S, at underleverandørernes kompetencer ikke har »haft betydning for vurderingen af konsortiet, da ingen af disse firmaer præsenterede relevante referencer...«.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 6

Det fremgår af pkt. 5.1.3 i indstillingsnotatet, at »A solemn declaration has been submitted for each of the applying enterprises ... with the exception of ... Vossloh« og af pkt. 5.2.3, at »the financial and technical abilities of Vossloh have not been included in the assessment of eligibility as a result of the missing solemn declaration...«.

Ved udvælgelsen af prækvalificerede valgte indklagede imidlertid – som det fremgår af indstillingsnotatet pkt. 6.1.3 – at lægge vægt på Vosslohs kapacitet.

Indklagede har gjort gældende, at det beror på en fejl, når det i indstillingsnotatets pkt. 5.1.3 og 5.2.3 er anført, at Vossloh ikke afgav tro og loveerklæring. Dette understøttes af svar på spørgsmål 9 i erklæringen fra projektchef Louise Boserup Krabbe, Cowi A/S, hvorefter ansøgningen fra konsortiet bestående af OHL og Vossloh indeholdt tro og loveerklæring for både Vossloh Kiepe GmbH og Vossloh Espana S.A. Klagenævnet finder, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Louise Krabbe Boserups erklæring herom.

Klagenævnet finder endvidere, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte indklagedes vurdering af, at det med tilstrækkelig klarhed fremgik af ansøgningen om prækvalifikation, at det var Vossloh Kiepe GmbH og ikke Vossloh Espana S.A., der indgik i konsortiet.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 7

Det fremgår af indstillingsnotatets pkt. 5.1.1, at »it is not clear whether the Strukton entity which forms part of the Strukton/Aarsleff I/S and thus the consortium is the German mother company or the Danish subsidiary«. På baggrund heraf er det i indstillingsnotatets pkt. 5.2.1 angivet, at »the financial abilities of the company have not been included in the assessment of eligibility of the consortium«. Dette er i overensstemmelse med svaret på spørgsmål 7 i erklæringen fra projektchef Louise Krabbe Boserup, Cowi A/S.

Ansøgningen fra Siemens A/G, Siemens A/S i konsortium med Strukton/Aarsleff JV I/S var vedlagt alle de krævede oplysninger, herunder tro og

love-erklæringer, for både Strukton Rail A/S og Strukton GmbH. På baggrund af det ad påstand 5 anførte finder klagenævnet derfor, at indklagede har været berettiget til at lægge vægt på Strukton-selskabernes tekniske kapacitet. Klagenævnet bemærker, at det i øvrigt fremgår af svaret på spørgsmål 8 i erklæringen fra projektchef Louise Krabbe Boserup, Cowi A/S, at »vurderingen ville være faldet enslydende ud«, selvom Strukton-selskabernes tekniske kompetencer ikke var blevet inddraget.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 8

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.3), at »[t]he expression of interest should be send on CD-rom/USB-stick and 1 original signed paper copy and 9 paper copies«.

Den originale papirversion af ansøgningen fra konsortiet bestående af Tecnimont Civil Construction, GE og PESA's ansøgning indeholdt ikke en underskrevet tro og love-erklæring for PESA. Ved uoverensstemmelser mellem den originale ansøgning om prækvalifikation og kopiversionerne, har indklagede været berettiget til at lægge indholdet af den originale ansøgning til grund for vurderingen

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

Ad påstand 9

Det, der er anført ad påstand 1-2, giver ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Ad påstand 10 og 11 (subsidiære til påstand 9)

Det følger af det, der er anført ad påstand 3- 8, at der ikke er grundlag for at tage påstandene om annulation af prækvalifikationsbeslutningerne til følge.

Klagenævnet bemærker, at den del af påstand 10, der vedrører et pålæg om – i fortsættelse af en annulation af prækvalifikationsbeslutningerne – at lovliggøre udbuddet ved at foretage en fornyet evaluering og udvælgelse af anmodningerne om prækvalificerede, i givet fald skulle være afvist.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 og med artikel 44, stk. 1, ved i udbudsbekendtgørelsen at anføre: »Possible additional options related to both tender solutions will be defined in the course of negotiation process with the tenderes«, idet omfanget og indholdet af de optioner, der indgår i udbuddet, herved ikke fremgår af udbudsbekendtgørelsen.

Indklagede, Aarhus Letbane I/S, skal ikke betale sagsomkostninger til klageren, Bombardier Transportation Denmark A/S og Balfour Rail Danmark A/S.

Klagegebyret tilbagebetales.

Påstand 2 afvises.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 3 – 11.

Kirsten Thorup

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig