

Klagenævnet for Udbud

(Nikolaj Aarø-Hansen, Michael Ellehauge, Lene Ravnholt
og Knud Erik Busk)

J.nr.: 2015-7728

9. september 2015

K E N D E L S E

Parkwind N.V.
(advokat Jeppe Lefevre Olsen, København)

mod

Energistyrelsen
(Kammeradvokaten v/advokat Kristian Hartlev)

Ved udbudsbekendtgørelse af 20. februar 2015 (bekendtgørelse nr. 2015/S 039-065965) udbød Energistyrelsen som et koncessionsudbud efter udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF) en kontrakt om i alt 350 MV kystnære havvindmøller (Tender for 350 MV Danish nearshore wind capacity). Der var tale om et såkaldt multi-site udbud, idet udbuddet omfatter seks mulige placeringer for de kystnære havvindmøller, som tilbudsgiverne senere i processen kunne afgive tilbud på: Vesterhav Nord, Vesterhav Syd, Sæby, Sejerø Bugt, Smålandsfarvandet og Bornholm.

Ved ansøgningsfristens udløb havde Energistyrelsen modtaget fem ansøgninger om prækvalifikation, herunder en ansøgning fra Danshore-konsortiet.

Energistyrelsen meddelte den 9. juni 2015, at den anså to af de modtagne ansøgninger, herunder ansøgningen fra Parkwind N.V./Danshore-konsortiet, for at være ukonditionsmæssige, og at styrelsen havde besluttet at prækvalificere de tre andre ansøgere.

Den 18. juni 2015 modtog klagenævnet en klage fra den anden afviste ansøger. Klagenævnet har endnu ikke truffet afgørelse i denne sag.

Den 26. juni 2015 indgav Parkwind N.V. klage til klagenævnet for Udbud. Det oplystes i klagen, at denne blev indgivet på egne vegne, på vegne af Danshore-konsortiet og på vegne af de øvrige deltagere i dette konsortium.

Parkwind N.V. anmodede samtidig om, at klagenævnet skulle tillægge klagen opsættende virkning.

Klagenævnet traf den 28. august 2015 beslutning om ikke at træffe afgørelse om spørgsmålet om opsættende virkning, men i stedet afgøre sagen snarest, jf. håndhævelseslovens § 10, stk. 4.

Parkwind N.V. har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, samt med princippet i udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2, ved at afvise klagerens ansøgning om prækvalifikation som ukonditionsræssig, idet indklagede i forbindelse med prækvalifikationen ikke har været berettiget til at se bort fra Colruyt Groups finansielle og økonomiske kapacitet, som ved vedlæggelse af den bindende støtteerklæring var stillet til rådighed for klageren.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet ved at afvise ansøgningen fra klageren med henvisning til, at det for konsortieparten Parkwind N.V. vedlagte årsregnskab var udformet på flamsk, idet der ikke i udbudsbekendtgørelsen var opstillet et ufravigeligt mindstekrav om sprog, og idet alle relevante oplysninger til brug for udvælgelsen fremgik udtrykkeligt af ansøgningen.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Energistyrelsens beslutning om at afvise klagerens ansøgning om prækvalifikation.

Påstand 4

Klagenævnet skal pålægge indklagede at lovliggøre udbuddet ved at prækvalificere klageren.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.2, nr. 6, fremgår følgende mindstekrav til ansøgerens økonomiske og finansielle egnethed:

”In order to be considered for pre-qualification the applicant must meet the following minimum requirements regarding section III.1.2):

(I) The applicant must have a yearly overall turnover of minimum 4 billion DKK (calculated as an average of the last 3 financial years available) ... and

(II) The applicant must have an equity ratio (total equity/total assets X 100) of 20 % or above or a long term credit rating of BBB- or above (Standard & Poors and Fitch) and/or Baa3 or above (Moody's) or an equivalent rating from another reputable international credit rating agency.

If the applicant consists of more than 1 economic operator and/or the applicant relies on the financial capacity of other economic operators in order to meet the financial minimum requirements the combined sum of annual overall turnover of all of the economic operators must pass the threshold for overall turnover (in average over the last 3 years) and each economic operator must either pass the threshold for equity ratio (total equity/total assets) or credit rating to meet the financial minimum requirements.”

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.2), litra E og H, fremgår endvidere:

“E. The applicant must submit information on the applicant's overall turnover for the 3 latest financial years available and equity ratio as a percentage of total assets ... for the latest financial year available...

...

H. If the applicant relies on the economic and financial capacity of other economic operator (e.g. a partner, a parent company, subcontractors, founding companies/future owners or 1 or more affiliated companies), the applicant must submit documentation and information of the other economic operators, see letter E and F.

Furthermore, the applicant must prove that the applicant has at its disposal the necessary resources, for instance by providing a declaration of support from other economic operators.”

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.2), litra J, fremgår:

“J. If the concession agreement is awarded to an applicant that relies on the economic/financial capacity of other economic operators (e.g. a partner, a parent company, subcontractors, founding companies/future owners or 1 or more affiliated companies) these other economic operators will be required to undertake joint and several liability together with the applicant when the contract is signed (but not for the pre-qualification). The exact terms of this liability will be stated in the tender documents.”

I udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.2.3) står der:

“Language(s) in which applications may be submitted
Danish. English.”

Udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.2) om ”Additional information” indeholdt en lang række forskellige oplysninger m.v. inddelt i underpunkterne 1-15.

Af underpunkt nr. 3 fremgik blandt andet, at yderligere information, herunder det såkaldte Pre-Qualification Questionnaire (PQQ) ville blive offentliggjort på Energistyrelsens hjemmeside til udbuddet, og styrelsen opfordrede på den baggrund interesserede til jævnligt at besøge siden.

Af underpunkt nr. 4 i udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.2 fremgik endvidere:

”Pre-printed material (e.g. financial accounts) may also be submitted in Swedish or Norwegian.”

Af underpunkterne nr. 8 og 9 fremgik blandt andet:

“8. Selection:

Reduction of the number of applicant who meet the minimum requirements (if more than 10 applicants meet the minimum requirement in no 6 and 7) will take place on the basis of the applicants who, in the opinion of the DEA, have the most relevant references

9. Changes:

If, during the tender procedure, a group of economic operators (e.g. a consortium, a joint venture) requires a change of its composition, or if a change to the group of a SPV, is required, this can only take place with the prior written consent of the DEA. A change in the composi-

tion of a group of economic operators or a change in the group of owners of a SPV includes the exit and/or entry of a member. When deciding whether to allow a required change, the DEA will assess the general nature and extent of the required change and have particular attention on whether the applicant would have been pre-qualified with the changed composition (group of owners). Rules regarding entry/exit during the contract period will be stated in the tender documents. The above mentioned also applies to changes in regard to the economic operators on which the applicant relies on the financial/technical capacity.”

Det nævnte dokument Pre-Qualification Questionnaire (PQQ) indeholdt på side 3 en oversigt over de skabeloner til erklæringer, som Energistyrelsen havde udarbejdet til brug for ansøgning om prækvalifikation. Herom var det følgende anført:

“The following forms may be used when applying for prequalification. However, other documents providing the same information may be used as well, if the applicant so chooses.

Form 1: Consortium Declaration

Form 2: Statement of annual turnover, equity ratio and long term debt rating

Form 3: Declaration of support (Economic and financial capacity)

Form 4: Declaration of support (Technical capacity ...)”

“Form 3” havde følgende ordlyd:

“Declaration of support
(Economic and financial capacity)

The undertaking below:

...

(herinafter "the above stated undertaking") hereby declares that the [insert name and business registration number of the applicant] which applies for prequalification can rely on the capacity of the above stated undertaking with respect to the information stated in section III.1.2) of the Contract Notice.

The above stated undertaking is aware that it is required that the above stated undertaking co-signs the concession contract - if the applicant is awarded the contract - and thereby assumes joint and several liability with the applicant.”

I PQQ'ens pkt. 3 "Question set B: Economic and financial standing" står der blandt andet:

"B1 In order to demonstrate compliance with the minimum requirements, the applicant (including, where the applicant is a consortium/joint venture, the members of that consortium/joint venture) must state:

1. Annual overall turnover for each of the latest 3 financial years (see form no. 2)

...

AND

2. Equity ratio as a percentage of total assets (total equity/total assets x 100) for the latest financial year (see form no. 2).

...

B2 In order to verify the applicant's response to B1, the applicant (including, where the applicant is a consortium/joint venture, the members of that consortium/joint venture) must provide the following financial information:

Copies of the full annual report for the latest 3 financial years, including:

- (a) Balance sheet;
- (b) Profit and loss account, including turnover and cost of sales;
- (c) Full notes to the accounts; and
- (d) Directors' Report and Auditors' Report (where applicable).

...

B4 Does the applicant rely on the economic and financial capacity of other economic operators (e.g. a partner, a parent company, founding companies/future owners, or one or more affiliated companies)? Yes / No

If "yes", the following applies:

1. The applicant must submit documentation and information on these other economic operators, see B1-B3 (but for Financial Institutions: B5).

...

AND

2. The applicant must document that the applicant can rely on the capacities of the other economic operators in this respect (see form no. 3).

..."

Den 4. maj 2015 offentliggjorde indklagede på sin hjemmeside ”de foreløbige udbudsbetingelser”. Heraf fremgik blandt andet:

”Endelige udbudsbetingelser forventes offentliggjort i januar 2016 efter forhandlinger med de prækvalificerede bydere

...

Såfremt koncessionsaftalen indgås med et konsortium, hæfter konsortiedeltagerne solidarisk for alle forpligtelser omfattet af koncessionsaftalen og de tilhørende tilladelser samt den tilhørende bevilling.

I tillæg hertil vil også selskaber, som støtter tilbudsgiveren økonomisk og derved medvirker til, at tilbudsgiveren opfyldte de økonomiske mindstekrav i forbindelse med prækvalifikationen af denne, hæfte solidarisk med den vindende tilbudsgiver for alle forpligtelser omfattet af koncessionsaftalen og de tilhørende tilladelser samt den tilhørende bevilling.

...

9. Ændringer i udbudsmateriale, anmodning om yderligere materiale

Rettelser i det foreløbige udbudsmateriale

Energistyrelsen forbeholder sig ret til at foretage rettelser i det foreløbige udbudsmateriale ved offentliggørelse af et tillæg til udbudsmaterialet på hjemmesiden. Rettelser vil blive offentliggjort på Energistyrelsens hjemmeside i god tid og senest tre uger før udløbet af fristen for at afgive et foreløbigt tilbud.

...

10. Forhandling samt endeligt udbudsmateriale

10.1 Foreløbige bud og forhandlingsprocessen

Efter modtagelse af de foreløbige tilbud og inden forhandlingsmøderne vil Energistyrelsen udsende et notat med de emner og spørgsmål, der vil blive forhandlet om. Dette skal sikre, at alle har lige mulighed for at forholde sig til emnerne. Notatet vil bygge på de forhandlingsemner, der er ønsket med første foreløbige bud.

Der vil blive afholdt mindst et separat forhandlingsmøde med hver tilbudsgiver. Energistyrelsen forbeholder sig dog ret til om nødvendigt at afholde flere runder af forhandlingsmøder og/eller at opdele forhandlingsmøderne i møder om forskellige temaer f.eks. tekniske emner og juridiske og finansielle emner.

...

Energistyrelsen vil ikke på møderne konkludere, hvad det endelige udbudsmateriale kommer til at indeholde, men vil efter afslutning af sidste møde beslutte dette. Energistyrelsen vil bestræbe sig på, at det endelige udbudsmateriale udformes, så det tilgodeser Energistyrelsens

ønske om den laveste pris og sikkerhed for etablering, og samtidig sikrer, at flest mulige tilbudsgivere kan afgive et konkurrencedygtigt tilbud.”

De foreløbige udbudsbetingelser indeholdt endvidere et udkast til koncessionsaftale. Heraf fremgik blandt andet:

”I sin ansøgning om at deltage i udbudsproceduren har koncessionshaveren baseret sin økonomiske og finansielle formåen på en eller flere økonomiske aktør(er), som ikke er en del af koncessionshaveren. Denne/disse andre økonomiske aktør(er) er følgende:

[Identifikation af de relevante parter skal udfyldes i henhold til ansøgningen]

Ovennævnte økonomiske aktør(er) har påtaget sig solidarisk ansvar i forbindelse med denne koncessionsaftale samt tilhørende tilladelser og bevilling, der er meddelt eller i fremtiden måtte blive meddelt koncessionshaveren sammen med koncessionshaveren. Dette indebærer, at denne/disse andre økonomiske aktør(er), skal påtage sig ansvaret for alle krav, der måtte udspringe i henhold til nærværende koncessionsaftale samt tilhørende tilladelser og bevillinger, der er meddelt eller i fremtiden måtte blive meddelt koncessionshaveren, på lige fod med koncessionshaveren. Således skal Energistyrelsen ikke erhverve nogen rettigheder over for denne/disse andre økonomiske aktør(er), som Energistyrelsen ikke har over for koncessionshaveren på ethvert givet tidspunkt.

For at denne/disse andre økonomiske aktør(er)s solidariske hæftelse finder anvendelse, skal koncessionshaveren således have misligholdt nærværende koncessionsaftale og/eller vilkårene i de nævnte tilladelser og bevillinger. I denne henseende har denne/disse andre økonomiske aktør(er) samme ret som koncessionshaveren til at gøre indsigelser over en påstået misligholdelse af nærværende koncessionsaftale og/eller vilkårene i de nævnte tilladelser og bevillinger.

Denne/disse andre økonomiske aktør(er)s solidariske hæftelse forbliver i kraft indtil udløbet af de forpligtelser, der følger af nærværende koncessionsaftale og/eller de nævnte tilladelser og bevillinger. I tilfælde af en tvist mellem Energistyrelsen og denne/disse andre økonomiske aktør(er), finder nedenstående punkt om tvistigheder anvendelse. Denne/disse andre økonomiske aktør(er) har ved sin/deres underskrift på nærværende koncessionsaftale accepteret disse betingelser.”

Ved ansøgningsfristens udløb havde Energistyrelsen som nævnt modtaget fem ansøgninger om prækvalifikation, herunder en ansøgning fra Danshore-konsortiet.

Det fremgik heraf, at Danshore-konsortiets deltagere tilsammen havde en gennemsnitlig omsætning på ca. 1,7 mia. kr. Ansøgningen var med henblik på at opfylde det finansielle minimumskrav på en gennemsnitlig omsætning på mindst 4 mia. kr. vedlagt en støtteerklæring fra Colruyt Group. Den indleverede rådighedserklæring havde følgende ordlyd:

“Declaration of support
(Economic and financial capacity)

The undertaking below

Colruyt Group

...

(Colruyt NV)

...

(hereinafter "the above stated undertaking") hereby declares that Parkwind NV, member of the future consortium which will operate under the name Danshore, which applies for prequalification can rely on the capacity of the above stated undertaking with respect to the information stated in section III.1.2) of the Contract Notice.

Reference is made to DEA tender document published under the name "Contract Notice section III.1.2) J" published at 20-02-2015:

"If the concession agreement is awarded to an applicant that relies on the economic/financial capacity of other economic operators (e.g. a partner, a parent company, subcontractors, founding companies/future owners or 1 or more affiliated companies) these other operators will be required to undertake joint and several liability together with the applicant when the contract is signed (but not for the prequalification). The exact terms of this liability will be stated in the tender documents."

Note: Whereas the Colruyt Group fully supports the consortium and the consortium bid, it is noted that the continued support of the Colruyt Group is subject to our explicit written acceptance of the final contract terms of the concession contract awarded.”

Ansøgningen var endvidere vedlagt kopi af en årsrapport fra Parkwind N.V. udfærdiget på flamsk, mens den resterende del af ansøgningen var udformet

på engelsk. Ansøgningen indeholdt blandt andet den udfyldte formular nr. 2 med økonomiske nøgletal hentet fra regnskabet.

Energistyrelsen meddelte den 9. juni 2015, at den anså to af de modtagne ansøgninger, herunder ansøgningen fra Parkwind N.V./Danshore-konsortiet, for at være ukonditionsmæssige, og at styrelsen havde besluttet at prækvalificere de tre andre ansøgere. Om begrundelsen for at anse ansøgningen fra Parkwind N.V./Danshore-konsortiet for at være ukonditions-mæssig var det blandt andet anført:

”The Danshore consortium relies on the financial and economical ability of the Colruyt Group in order to comply with the minimum requirement for financial and economic ability of an overall average turnover of minimum 4 billion DKK.

The Colruyt Group has submitted a declaration of support using form No. 3 of the PQQ, however Colruyt Group has added the following text to the form:

“Note: Whereas the Colruyt Group fully supports the consortium and the consortium bid, it is noted that the continued support of the Colruyt Group is subject to our explicit written acceptance of the final contract terms of the concession contract awarded.”

As the declaration of support is conditional upon the accept of the final contract terms, it is the assessment of the Danish Energy Agency that the declaration of support is not sufficiently firm and binding. The Danshore consortium has therefore not provided sufficient proof that it has at its disposal the necessary financial and economic resources.

It is furthermore the assessment of the Danish Energy Agency that it will not be permissible within the tender rules to allow the Danshore consortium after the deadline for application for prequalification to provide unconditional declaration of support from the Colruyt Group or to otherwise prove that it has the necessary financial and economic resources at its disposal.

Without the financial and economic support of the Colruyt Group the Danshore Consortium does not meet the minimum requirement for financial and economic ability.

The Danish Energy Agency furthermore finds that the application gives rise to concerns on a few different aspects, including the enclosure of the financial accounts for Parkwind N.V. in Flemish, which

does not comply with the language requirements set out in the contract notice, section IV.2.3).

The application for prequalification submitted by the Danshore consortium has therefore been found to be non-compliant ...”

Parkwind N.V. rettede herefter telefonisk henvendelse til Energistyrelsen vedrørende grundlaget for afslaget.

I et notat af 18. juni 2015 fastholdt Energistyrelsen afslaget.

Samme dag modtog klagenævnet som nævnt en klage fra den anden afviste ansøger.

Den 26. juni 2015 indgav Parkwind N.V. som anført ovenfor klage til Klagenævnet for Udbud.

Parternes anbringender vedrørende klagen

Ad påstand 1

Parkwind N.V. har navnlig anført, at Energistyrelsen uberettiget har afvist selskabets ansøgning, idet erklæringen fra Coluyt Group var tilstrækkelig klar og bindende. Selskabet har i den forbindelse navnlig gjort gældende, at der ikke i udbudsbetingelserne var stillet krav om, at formular nr. 3 skulle anvendes til den finansielle støtteerklæring. Det fremgik derimod udtrykkeligt af PQQ'en, at *”other documents providing the same information may be used as well, if the applicant so chooses”*, og det afgørende er derfor den afleverede erklærings indhold. Colruyt Groups note kan ikke anses for et forbehold, da teksten udelukkende understreger, hvad der allerede direkte fremgår af eller er forudsat i udbudsbekendtgørelsen, hvorefter den støttende part ikke er forpligtet til at påtage sig solidarisk ansvar og hæftelse i forbindelse med prækvalifikationen – men først i forbindelse med en eventuel tildeling. Dette må endvidere ses i sammenhæng med, at det af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.2, litra J, også fremgik, at *”The exact terms of this liability will be stated in the tender documents”*, og at de fremlagte udbudsbetingelser og kontraktudkast på ansøgningstidspunktet kun var ”foreløbige” og i øvrigt kunne gøres til genstand for forhandling med tilbudsgiverne. Energistyrelsen havde alene

stillet krav om, at støtteerklæringen skulle være rettet mod ansøgningen om prækvalifikation, og det levede den vedlagte erklæring op til. Endvidere havde styrelsen fastsat, at der senere ville blive stillet krav om solidarisk hæftelse. Hvis udbudsbekendtgørelsen rettelig stiller krav om, at den støttende part skal forpligte sig i forhold til Energistyrelsen allerede i forbindelse med ansøgningen, var dette krav uklart. Risikoen for en sådan uklarhed påhviler Energistyrelsen, og kravet kan på den baggrund ikke håndhæves over for Danshore-konsortiets ansøgning.

Energistyrelsen har navnlig anført, at den ikke har overtrådt de udbudsretlige principper som anført i påstanden. Da der er tale om et udbud af en koncessionsaftale, er det alene bestemmelserne i udbudsdirektivets afsnit III og de øvrige regler i udbudsdirektivet, hvortil der heri henvises, der direkte finder anvendelse på koncessionsudbuddet. Herudover gælder de grundlæggende traktatretlige principper om ligebehandling, ikke-diskrimination og gennemsigtighed. Bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2, finder således ikke anvendelse. Selv hvis påstanden vurderes efter denne bestemmelse, er styrelsens beslutning imidlertid lovlig, og det er den derfor så meget desto mere i den foreliggende sag. Efter artikel 47, stk. 2, og den praksis, der knytter sig hertil, skal en støtteerklæring fremstå tilstrækkelig klar og ubetinget til at betrygge ordregiver i, at den bydende reelt har rådighed over de påberåbte ressourcer, og det ligger inden for ordregivers skønsmagt at vurdere, om den fremlagte dokumentation giver tilstrækkelig sikkerhed herfor. Dette er ikke tilfældet med den erklæring, som Danshore-konsortiet vedlagde fra Colruyt Group. Energistyrelsen opfattede den note, der var indsat i erklæringen om, at tilsagnet om økonomisk støtte var betinget af, at Colruyt Group kunne godkende koncessionsaftalen, som et udtryk for, at Colruyt Group ikke anså sig forpligtet til at støtte konsortiet økonomisk, såfremt Colruyt Group ikke kunne acceptere de endelige vilkår i koncessionsaftalen. Energistyrelsen var på den baggrund ikke sikker på/overbevist om, at Colruyt Group havde forpligtet sig til at stille sin økonomiske og finansielle kapacitet til rådighed for Danshore-konsortiet. Risikoen for uklarheder i en ansøgning om prækvalifikation påhviler ansøgeren. Den ændrede tekst medførte usikkerhed om rækkevidden af den afgivne erklæring, da det var uklart, om den alene var bindende for Colruyt Group, indtil denne måtte vælge at bringe den til ophør med den begrundelse, at den ikke kunne acceptere de endelige vilkår i koncessionsaftalen. Den forståelse af noten, som Parkwind N.V. har anført under klagesagen om, at en prækvalificeret aktør ikke er

forpligtet til at afgive tilbud, ville gælde, uanset om noten var indsat i erklæringen eller ej, og det var på den baggrund ikke åbenbart for Energistyrelsen, at erklæringen alene skulle forstås som hævdet af Parkwind N.V. Det må have formodningen mod sig, at Colruyt Group ville ændre den fortrykte tekst, hvis ændringen ikke skulle have et reelt indhold, og styrelsen var derfor berettiget til at lægge til grund, at dette var hensigten med noten. Styrelsen var på den baggrund berettiget til at anse ansøgningen for ukonditionsmæssig som sket.

Ad påstand 2

Parkwind N.V. har navnlig anført, at Energistyrelsen har været uberettiget til at afvise ansøgningen fra Danshore-konsortiet med den begrundelse, at ansøgningen var vedlagt et årsregnskab for en af konsortiedeltagerne (Parkwind N.V.) udfærdiget på flamsk. Det skyldes, at sprogkravene i udbudsbekendtgørelsen ikke var anført som et ufravigeligt mindstekrav, og at det vil være i strid med proportionalitetsprincippet at afvise ansøgningen, da de krævede oplysninger og tal uden problemer kan udledes af det vedlagte årsregnskab, uanset at det er udfærdiget på flamsk, ligesom de udtrykkeligt fremgår af formular nr. 2 som udfyldt af Parkwind N.V. og samlet set udgør en meget lille del af det fulde ansøgningsmateriale.

Energistyrelsen har navnlig anført, at styrelsen ikke har overtrådt de udbudsretlige principper som anført i påstanden. Uanset om sprogkravene fremstod som mindstekrav, var det klart fastsat, hvilke sprogkrav der gjaldt for ansøgningerne, og at disse også omfattede de krævede årsrapporter, der havde til formål at dokumentere opfyldelsen af mindstekravet om finansiell og økonomisk formåen. Energistyrelsen var således berettiget til at afvise ansøgningen fra Danshore-konsortiet som følge af, at konsortiet havde vedlagt årsrapporter på et andet sprog end de tilladte.

Ad påstand 3 og 4

Parkwind N.V. har navnlig anført, at de i påstand 1 og 2 anførte overtrædelser er grove og har haft konkret betydning for udbuddets udfald. Klagenævnet skal derfor annullere beslutningen om at afvise ansøgningen og pålægge Energistyrelsen af prækvalificere Danshore-konsortiet. Det bemærkes i den forbindelse, at det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at

Energistyrelsen ville prækvalificere 10 ansøgere, inden antallet ville blive begrænset, og at styrelsen kun har prækvalificeret 3.

Energistyrelsen har anført, at styrelsen ikke har begået de overtrædelser, der er nævnt i påstand 1 og 2, og at der derfor ikke er grundlag for at tage annullations- og lovliggørelsespåstandene til følge.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

I udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.2, nr. 6, var fastsat som mindstekrav til ansøgernes finansielle og økonomiske formåen (*"must meet the following minimum requirements"*), at de havde et årligt *"overall turnover of minimum 4 billion DKK"*.

Endvidere fremgik det af udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.2), litra H, at såfremt en ansøger – således som Danshore-konsortiet – støttede sin ansøgning på den økonomiske og finansielle formåen hos en anden økonomisk enhed, så skulle ansøgningen vedlægges *"a declaration of support from other economic operator"*.

I udbudsbetingelsernes dokument *"Pre-Qualification Questionnaire"* (PQQ), pkt. 3, B4, var det om denne situation fastsat, at ansøgeren *"must submit documentation and information on these other economic operators, see B1-B3..."*, og at *"the applicant must document that the applicant can rely on the capacities of the other economic operators in this respect (see form no. 3)"*.

I PQQ'en var det om de indeholdte formularer anført, at disse kunne anvendes til ansøgningerne, men at andre dokumenter *"providing the same information may be used as well, if the applicant so chooses"*.

Det var således som også anført af klageren efter udbudsbetingelserne alene et krav til ansøgningen fra Danshore-konsortiet, der støttede sig på Colruyt Groups finansielle og økonomiske formåen, at den skulle vedlægges en støtteerklæring fra Colruyt Group med samme oplysninger som indeholdt i formular nr. 3.

Det fremgik af formular nr. 3, at det støttende selskab erklærede, at ansøgeren om prækvalifikation kunne “*rely on the capacity of the above stated undertaking with respect to the information stated in section III.1.2) of the Contract Notice*”.

Erklæringen fra Colruyt Group indeholdt en sådan erklæring for så vidt angår udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.2., litra J. Herudover var der i erklæringen imidlertid tillige anført følgende tilføjelse:

”Note: Whereas the Colruyt Group fully supports the consortium and the consortium bid, it is noted that the continued support of the Colruyt Group is subject to our explicit written acceptance of the final contract terms of the concession contract awarded.”

Klagenævnet finder efter notens formulering og dens placering i ansøgningen, at notens formål og indhold er uklart, men at den med rimelighed kan forstås som en betingelse, hvorefter Colruyt Group kunne bringe forpligtelsen til ophør under henvisning til, at den ikke kunne acceptere de endelige vilkår i koncessionsaftalen.

På den baggrund, og da ansøgeren bærer risikoen for uklarheder i en ansøgning om prækvalifikation, har Energistyrelsen været berettiget til at anse noten som udtryk for et forbehold for den anførte erklæring.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2

I udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.2.3) var det fastsat, at ansøgningerne (kun) kunne indleveres på dansk eller engelsk, og det var i tilknytning hertil under pkt. VI.2), nr. 4, fastsat, at “*Pre-printed material (e.g. financial accounts)*” tillige kunne vedlægges på svensk eller norsk.

Efter PQQ’ens pkt. 3, B1 og B2, skulle ansøgere for at dokumentere opfyldelse (“*In order to demonstrate compliance ... must state*”) af minimumskravet til årlig omsætning dels oplyse den årlige omsætning for de sidste 3 regnskabsår (B1), jf. formular nr. 2, dels – for at godtgøre rigtigheden (“*verify*”) disse oplysninger – vedlægge kopier af den fulde årsrapport for de sidste 3 år (B2).

Heraf følger, at ansøgningerne hverken helt eller delvist måtte indleveres på flamsk, og at dette krav også omfattede vedlagte årsrapporter.

Det forhold, at de relevante tal fremgik af den udfyldte formular 2, eller efter Parkwind N.V.'s opfattelse uden problemer kunne udledes af det flamske regnskab, kan, når der henses til formålet med, at regnskaberne skulle indleveres, ikke føre til, at Energistyrelsen skulle være forpligtet til at undlade at afvise klagerens tilbud.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 3 og 4

Da klagenævnet ikke har taget påstandene 1 og 2 til følge, er der heller ikke grundlag for at tage påstand 3 og 4 til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Klageren, Parkwind N.V., betaler inden 14 dage 20.000 kr. i sagsomkostninger til indklagede, Energistyrelsen.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Nikolaj Aarø-Hansen

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig