

Klagenævnet for Udbud

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

J.nr.: 2015-7302

15. december 2015

K E N D E L S E

Wind People på vegne af Vind & Velfærd K/S samt Fonden Ærøs
Vedvarende Energipulje
(selv)

mod

Energistyrelsen
(Kammeradvokaten v/advokat Kristian Hartlev)

Ved forhåndsmeddelelse nr. 2013/S 189-325140 af 26. september 2013 offentliggjorde Energistyrelsen i EU-tidende, at styrelsen agtede at indgå en kontrakt om kystnære vindmølleparker, og styrelsen inviterede interesserede tilbudsgivere til en teknisk dialog.

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 MW kystnære havvindmøller ("Tender for 350 MW Danish nearshore wind capacity"). Der var tale om et såkaldt multi-site udbud, der omfattede 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 den 26. maj 2015 havde Energistyrelsen modtaget fem ansøgninger om prækvalifikation, herunder en ansøgning fra Vind & Velfærd K/S.

Energistyrelsen meddelte den 8. juni 2015, at den anså to af de modtagne ansøgninger, herunder ansøgningen fra Vind & Velfærd K/S, for at være ukonditionsmæssige, og at styrelsen havde besluttet at prækvalificere de tre andre ansøgere.

Den 18. juni 2015 indgav Wind People på vegne Vind & Velfærd K/S og Fonden Ærø's Vedvarende Energipulje v/Lea Vangstrup (herefter Wind People) klage til Klagenævnet for Udbud.

Den 26. juni 2015 modtog klagenævnet en klage fra den anden afviste ansøger. Klagenævnet har den 9. september 2015 truffet afgørelse om ikke at tage denne klage til følge.

Den 3. juli 2015 anmodede Wind People om, at klagenævnet skulle forelægge et præjudicielt spørgsmål for EU-domstolen.

Den 2. august 2015 frafaldt Wind People anmodningen om præjudiciel forelæggelse.

Energistyrelsen har den 28. juli og den 27. august 2015 truffet afgørelse om at meddele Wind People delvis aktindsigt i styrelsens dokumenter vedrørende udbuddet. Afgørelserne blev påklaget til Klagenævnet for Udbud, der den 11. september 2015 og den 29. september 2015 har truffet afgørelser i disse klagesager. Som følge heraf er Wind People meddelt yderligere aktindsigt i disse dokumenter.

Den 7. oktober 2015 anmodede Wind People om, at klagenævnet skulle forelægge tre andre præjudicielle spørgsmål for EU-domstolen, inden klagenævnet eventuelt tog stilling til Wind Peoples subsidiære påstand 4 a.

Energistyrelsen har den 13. oktober 2015 protesteret mod, at anmodningen tages til følge.

Klagenævnet har ved delkendelse af 28. oktober 2015 besluttet ikke at tage anmodningen om præjudiciel forelæggelse til følge.

Wind People har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at udbudsbekendtgørelsen ikke opfylder kravet om gennemsigtighed efter udbudsdirektivets artikel 2 eller efter de grundlæggende traktatretlige principper.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at udbudsbekendtgørelsen ikke overholder procedurereglerne i direktiv 2004/18/EF.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at der er sket brud på saglighedsgrundsætningen i forbindelse med anvendelsen af omsætningskrav.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at der er sket brud på proportionalitetsgrundsætningen i forbindelse med opsætningen af omsætningskrav.

Påstand 4 a (subsidiær i forhold til de foregående påstande)

Klagenævnet skal konstatere, at den anvendte udbudsform ”Udbud mod forhandling eller lignende” er ulovlig.

Påstand 5

Klagenævnet skal pålægge Energistyrelsen at lovliggøre udbuddet i henhold til en eller flere af de ovenstående påstande.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere Energistyrelsens beslutning om ikke at prækvalificere Wind People.

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

Sagens nærmere omstændigheder:

Omstændighederne før selve udbuddet

Af forhåndsmeddelelsen fremgik blandt andet:

”The offshore wind farm installations in nearshore areas are large and the contracts will be awarded as concession contracts. ...”

Den 30. juli 2014 skrev Wind People som led i den tekniske dialog blandt andet, at Wind People havde besluttet at prøve at ”mobilisere et folkeligt dansk konsortium til at byde”. Herudover fremgik blandt andet følgende:

”Ændringsforslag til ... ”Conditions for prequalifications and later entitlement to submit a tender”

Nuværende tekst

Ansøger skal have en omsætning på 7,5 mia. kr. om året kalkuleret over en 3-årig periode.

Det foreslås, at denne sætning tilføjes:

Ansøger skal have en omsætning på 7,5 mia. kr. om året kalkuleret over en 3-årig periode. Dette forhold gælder dog ikke for folkelige projekter. Folkelige projekter er defineret ved at andelene på 1000 KWh/år har været udbudt til alle myndige personer samt til alle private og kommunale virksomheder.”

Af henvendelsen fremgik herudover blandt andet, at forslaget havde til formål, at det skulle være ”muligt, at et 100% dansk konsortium kan byde samt at et 100% folkeligt konsortium kan byde”.

Af et resume af 9. oktober 2014 vedrørende den tekniske dialog fremgår om prækvalifikationskriterierne blandt andet:

”Markedet foreslår en række lempelser i den foreslåede model til prækvalifikation. De fleste potentielle bydere opfordrer til at mindske de økonomiske krav til at blive prækvalificeret ...

Det blev foreslået fra flere sider, at der bliver lagt vægt på virksomhedernes rating eller soliditet frem for krav til omsætning ...

...

Energistyrelsens respons

Inden offentliggørelsen af prækvalifikationskriterierne vil Energistyrelsen finde et passende niveau for prækvalifikation, som sikrer både at et bredt spektrum af aktører og konsortier kan prækvalificeres samt, at de prækvalificerede skal have den fornødne tekniske og finansielle kapacitet til at kunne gennemføre projekterne.

Den finansielle prækvalifikation vil sandsynligvis tage udgangspunkt i soliditet eller rating og et omsætningskrav. Resultatet af disse overvejelser vil blive offentliggjort i prækvalifikationskravene i udbudsbekendtgørelsen. I disse overvejelser vil indgå hensynet til, at ansøger skal kunne matche den forventede investering.”

Samme referat indeholder på side 4 - 5 følgende bemærkninger vedrørende tildelingskriterium:

”Energistyrelsen har lagt op til, at budet afgives som laveste pris pr. kWh i de første 50.000 fuldlasttimer, dvs. samme model som tidligere udbudsparker. ...

...

Flere bydere har foreslået, at lokalt ejerskab eller lokalt engagement bliver inddraget i tildelingskriteriet eller som krav i koncessionen som helhed. ...

...

Energistyrelsens respons

Energistyrelsen vil arbejde med en tildeling, hvor der er klarhed over, hvordan Energistyrelsen mest samfundsøkonomisk optimalt sikrer, at der opføres 350 MW på baggrund af de indkomne bud. Tilbud kan kun accepteres til en pris, som leder til, at den gennemsnitlige pris for den samlede udbygning på 350 MW ligger på maksimalt 70 øre pr. kWh. Bud over dette niveau skal godkendes i forligskredsen. Helt centralt for det endelige valg af tildelingskriterium er, at det skal være gennemsigtigt, stille alle bydere lige, og at byderne på forhånd har fuld information om kriterierne. Tildelingskriteriet vil blive offentliggjort med udbudsbekendtgørelsen.

...

Energistyrelsen forventer at kunne give mulighed for at afgive betinget bud. Dette betyder, at man får mulighed for at byde ind på en enkelt park på én enkelt placering til én pris og/eller at byde ind med en lavere pris, som er betinget af, at man får koncession til opførelse af den samlede udbygning med 350 MW i f.eks. 2 områder.

...

Det er generelt ikke muligt at lægge vægt på lokalt ejerskab som en del af tildelingen af projekter i EU-udbud. EUs indre markedsregler tillader ikke en sådan procedure, da den ikke stiller alle aktører lige og anses som værende diskriminerende og konkurrenceforvridende. Desuden tilgodeses lokalt ejerskab via køberetten og incitamentsordningen.”

Energistyrelsen har oplyst, at denne sidste del af konklusionen fra den tekniske dialog var foranlediget af blandt andet en henvendelse fra Wind People.

Af en mail af 28. oktober 2014 fra Energistyrelsens økonomiske rådgiver, Deloitte, til Energistyrelsen fremgår blandt andet:

”Som aftalt har vi udarbejdet en tabel, som illustrerer, hvordan det finansielle mindstekrav til omsætning kan skaleres ift. parkens størrelse målt i MW.

Vi har taget udgangspunkt i det finansielle mindstekrav for Horns Rev 3, som er 37 mio. kr. på MW. Med en parkstørrelse på 400 MW svarer dette til et omsætningskrav på 15 mia. kr., hvilket er anvendt i udbudsforretningen.

I tabellen er omsætningskravet på MW sat ned til 30 mia. kr. på MW. Afsættet for dette er ENS' ønske om at anvende de kystnære projekter til at modne markedet. Exellen er lavet dynamisk, så I kan taste fx 25 ind i celle D4, hvorefter omsætningsgrænserne ændrer sig. På den måde kan I selv justere på kravet og se effekterne på intervallerne.

Som konsekvens af tilgangen baseret på intervaller vil selskaber som TREFOR, HOFOR, Energimidt og WPD nu komme i spil på omsætningskravet ved parkstørrelser i den nedre del af spændet.”

I en rapport af 31. oktober 2014 fra Deloitte om ”Business case assessment of generic nearshore wind farm” fremgår under overskriften ”Introduction” blandt andet:

”

- The wind farms will be receiving a fixed settlement price per kWh (contract for difference) for 50,000 full load hours (FLHs). Production exceeding 50,000 FLHs will be sold at market prices.
- The settlement price will be the primary criteria when the Danish Energy Agency (DEA) evaluate the bids and select the winner(s).
- We have been asked by the Danish Energy Agency (DEA) to perform a business case analysis of a generic nearshore wind farm, which is to be based on the site characteristics of the 6 designated areas.
- As part of the business case analysis we estimate the expected settlement price of the generic wind farm. The settlement price estimated corresponds to the price per kWh of the initial 50,000 FLHs produced, which will earn the investors a rate of return equal the return required for investing (exactly compensating the investor for the risk accepted when investing).”

Under overskriften ”Scope and limitations” fremgår blandt andet:

”

- Deloitte has been asked by DEA to develop a financial business case model for and a business case assessment of a generic near-shore wind farm. The financial business case model simulates income statement, balance sheet, cash flow statement and theoretical minimum settlement price for the nearshore wind farm based on the assumptions provided and referred to in the report.”

Under overskriften ”Executive summary” fremgår efter et afsnit om størrelsen på den anslåede ”settlement price” blandt andet:

”

- At this settlement price the investor obtains a rate of return equal to the estimated return required for investing (which is the minimum return the investor will accept for investing and the NPV is therefore 0 DKK. We apply an unlevered /debt free) cost of equity return of 7.1% for the estimation of the settlement price. Since the investment is partially debt financed, the equity investor will require compensation for the financial risk embedded in debt financing of the investment ...
- The estimated settlement price is sensitive to several input assumptions, with the required rate of return, energy production, project capex and the yearly O&M cost being the most important.”

Under overskriften ”The business case analysis is based on an adjusted present value (APV) model” fremgår blandt andet:

”

- The NPV is an expression of the value (meaning a return in excess of the rate required for investing) generated from the project.
- The APV model estimates the NPV by separately valuing the project’s free cash flows and the interest tax shield created from financial leverage (interest expenses are tax deductible, which creates value for the investor by using debt financing).
- In our analysis the settlement price is found by setting the NPV in the model to 0.
- When the NPV is 0, the wind farm investor receives a yearly return equal to the investor’s required rate of return.

- Therefore, a settlement price which yields an NPV of 0 is the settlement price that investors are willing to accept when investing in the generic wind farm.
- ...
- A prerequisite of achieving a settlement price that yields an NPV of 0 is competition in the tender process. In a situation where multiple attractive investment opportunities within offshore wind projects exist, a settlement price above the calculated level could be realised, in which case the investor will expect to realise a return which is higher than the required return (required due to the risk of the project)."

Under overskriften "The estimated required rate of return is based on various sources" fremgår blandt andet:

”

- Given that the debt repayment profile can be assumed to be somewhat fixed and to be rather unrelated to the operational risk of the wind farm (due to the higher fixed price during the initial years of operations), the discount rate applied for the interest tax shield is the cost of debt.”

Det fremgår endvidere af rapporten, at Deloitte har anslået en såkaldt "settlement price" som en pris pr. kWh. Herom fremgår blandt andet:

”

- We have estimated the settlement price paid for 50,000 FLHs, so that the project return exactly equals the required rate of return and the project NPV equals 0 DKK. ... At this settlement price the investor earns a return over project life that compensates for risk accepted when investing.”

Energistyrelsen har efter opfordring fra Wind People om baggrunden for valget af udbudsmodel oplyst:

” ...

Indklagede har i forbindelse med valg af udbudsmodel foretaget en vurdering af markedet og betydningen af pristillægget. Der foreligger dog ikke egentlige detaljerede beregninger heraf, idet vurderingen af, hvorvidt der er tale om en koncessionskontrakt, er foretaget på baggrund af en mere overordnet vurdering af karakteren af de risici, som bæres af koncessionshaver, sammenholdt med indklagedes kendskab til markedets afkastkrav.

...”

Udbuddet

Udbudsbekendtgørelsen, der blev bragt i EU-Tidende den 25. februar 2015, havde indledningsvis følgende tekst, der var trykt på hver side af annoncens i alt 9 sider:

”Member states - Works - Public works concession - Not applicable”

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.3 fremgik blandt andet, at regeringen på baggrund af politiske aftaler fra marts 2012 og juli 2014 havde besluttet at udbyde 6 kystnære vindmølleparker med en samlet kapacitet på 350 MW. Herudover fremgik blandt andet:

” ...

The Danish Energy Agency (hereinafter the DEA) will award the concession(s) to the tenderer(s) who has submitted the offer(s) which make(s) it possible to obtain establishment of the highest total capacity within the maximum limit of 350 MW at the lowest total average price

...

...

The contract will be awarded as a concesssion contract. The tender procedure is planned to be conducted according to the following indicative timetable: Draft of the full tender specification ... is expected to be published in March 2015. Deadline for application for pre-qualification is 26.5.2015 ... The deadline for submitting the indicative tender is expected to be in October 2015. After this, negotiations with the tenderers will be conducted in the end of 2015/beginning of 2016. The final tender specification will be published shortly hereafter. The deadline for the final tender is expected to be in April 2016. Soon after, the concession agreement(s) will be awarded together with license(s) for preliminary investigations and licence(s) for establishing the nearshore wind farm(s) ...

...

It is noted that the conditions for participation are set up for the purpose of securing that the pre-qualified applicants also meet the requirements regarding financial and technical capacity required to get a license for preliminary investigations and license for establishing the nearshore wind farm incl. the grid connection. The conditions are also set up for the purpose of securing that the pre-qualified applicants meets the requirements regarding financial capacity required to get a license for electricity production and an authorization to produce electricity. ...

...

The financing of the development, construction and operation of the nearshore wind farm(s) is to be provided by the concessionaire(s). The license and authorisation relevant for the operation phase will be given for 25 years with the possibility of prolongation if allowed under applicable law. The concession agreement(s) offer(s) a fixed price/kWh for 50 000 full load hours (contract for difference) which makes a very predictable income. The price will not be indexed.”

Punkt II.2.2 ”Minimum percentage of the works to be awarded to third parties” var ikke udfyldt.

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.2, litra E, 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 ...”

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.”

Endvidere fremgår følgende af udbudsbekendtgørelsens pkt. IV ”Procedure” underpunkt IV.1 ”Award criteria”:

The Danish Energy Agency will award the concession(s) to the tenderer(s) who has submitted the offer(s), which makes it possible to obtain establishment of the highest total capacity within the maximum limit of 350 MW at the lowest total average price. Offers that lead to a higher average price than 0.70 DKK/kWh for 50 000 full load hours for 350 MW will only be accepted if approved by the parties to the energy agreement of March 2012. The exact model for award of the concession(s) will be set out in the tender conditions.”

Ud over tidsfristen for indgivelse af ansøgninger til prækvalifikation og sprogkrav til ansøgningerne indeholdt pkt. IV ikke yderligere oplysninger om proceduren.

Udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.2 om ”Additional information” indeholdt en lang række forskellige oplysninger m.v. inddelt i underpunkterne 1 - 15. Af underpunkt nr. 1 fremgik:

”The DEA will invite a maximum of 10 applicants.”

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 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 underpunkterne nr. 8, 9 og 13 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 owners of a SPV, is required, this can only take place with the prior written consent of the DEA. A change in the composition 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.

...

13. In order to increase local support for the nearshore wind farms, the concessionaire(s) shall offer for sale at least 20 per cent of the ownership shares in the nearshore wind farms to local citizens ...”

Det nævnte dokument ”Pre-Qualification Questionnaire (PQQ)” blev efter det foreliggende offentliggjort på Energistyrelsens hjemmeside den 27. februar 2015. Dokumentet indeholdt blandt andet en samlet opstilling af egnethedskravene med eksempler samt skabeloner, som ansøgerne kunne vælge at benytte ved ansøgningen.

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)."

I en mail af 16. april 2015 med titlen "Opfølgning, Krigers Flak" fra Deloitte til Energistyrelsen fremgik blandt andet, at Deloitte som aftalt havde kigget på "long term credit ratings for de forventede tilbudsgivere ved Kriegers Flak", og at Deloitte havde anvendt den samme liste som ved Horns Rev 3. Af mailen fremgik endvidere:

"Som I kan se af nedenstående liste, er der ikke nogen ændring i rating af de potentielle tilbudsgivere, hvorfor der ikke – såfremt det i øvrigt er Jeres opfattelse, at de finansielle mindstekrav har fungeret tilfredsstillende – er grund til at ændre krav til rating i forbindelse med Kriegers Flak

...

Jeg kommer retur med svar på spørgsmålet angående de kystnære møller.”

Den 4. maj 2015 offentliggjorde indklagede på sin hjemmeside de ”[f]oreløbige udbudsbetingelser”. Heraf fremgik blandt andet:

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

...

2. Udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet

Dette udbud afholdes som et udbud med forhandling efter reglerne om koncessioner på offentlige bygge- og anlægsarbejder i direktiv 2004/18/EF ...

...

Udbuddet er et multisite-udbud, i hvilket der udbydes en samlet udbygning med op til 350 MW i to eller flere områder. Der kan bydes på udbygning inden for 6 fast definerede områder, som hvert kan udbygges med maksimalt 200 MW, bortset fra området ved Bornholm, som maksimalt kan udbygges med 50 MW. Der gives én koncession med tilhørende tilladelser og bevilling pr. område. Der forventes således at kunne gives koncessioner til to eller flere havvindmølleparker som resultat af udbuddet. Udbuddet kan vindes af én eller flere tilbudsgivere. ...

...

5. Tildelingskriterium

Energistyrelsen vil tildele koncession(er) til de(n) tilbudsgivere som indgiver bud, der muliggør etablering af den størst mulige kapacitet inden for rammen af 350 MW til den samlede laveste pris.

Der skal indgives tilbud på en ørepris pr. kWh for 50.000 fuldlasttimer med angivelse af hvor mange MW, der ønskes opført i hvilket område.

En tilbudsgiver kan afgive flere selvstændige, indbyrdes udelukkende, tilbud på forskellige områder og parkstørrelser. Der kan endvidere afgives betinget bud på etablering af op til 350 MW i to forskellige områder, hvor det afgivne bud er betinget af, at tilbudsgiver tildeles koncession for den samlede tilbudte udbygning. Ved betinget bud kan hver park prissættes forskelligt.

Der vil således kunne være mere end én vinder af udbuddet.

Der er indført et prisloft for de kystnære møller, så der kun accepteres bud, som leder til samlet gennemsnitlig pris på maksimalt 70 øre pr. kWh. Hvis der ikke er tilstrækkeligt med tilbud til at opnå en opstilling af 350 MW til en gennemsnitlig pris på maksimalt 70 øre pr. kWh, kan bud, der medfører en gennemsnitlig pris på mere end 70 øre pr. kWh,

kun accepteres ved enighed herom i energiforligskredsen bag energiaftalen af marts 2012.

Den budte pris er et fast ørebeløb (konstant i løbende priser) og vil ikke blive indekseret. Størrelsen af prisen angives som et ørebeløb med maksimalt 1 decimal.

...

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.”

Udbudsbetingelsernes bilag 1 indeholdt et udkast til koncessionsaftale. Af udkastets pkt. 4 om ”Afregningsvilkår” fremgår blandt andet:

”Hovedprincipperne for de økonomiske vilkår for afregningen er beskrevet nedenfor (punkt 4.1.-4.12.), idet der i øvrigt henvises til VE-lovens bestemmelser. [Vilkårene forudsætter, at Folketinget vedtager de nødvendige ændringer af VE-loven, der berettiger koncessionshaveren til det pristillæg og de hermed forbundne vilkår, som er indeholdt i koncessionshaverens endelige tilbud [og at disse ændringer vurderes at være forenelige med EU-statsstøttereglerne, i det omfang disse rejser spørgsmål om forholdet til EU-statsstøttereglerne.se ovenfor under punkt 2.]

4.1 For elektriciteten produceret på elproduktionsanlægget, [Navn] Havvindmøllepark, i [Område], ydes et pristillæg. Pristillægget beregnes time for time som differencen mellem den tilbudte kWh-

pris og spotprisen for elektriciteten i det pågældende område. Det samlede pristillæg i en time er produktet af pristillægget og den målte produktion i samme time. Med spotpris for elektricitet menes den af den nordiske elbørs, Nord Pool, angivne timepris pr. kWh på spotmarkedet for det pågældende område [DK 1 eller 2].

- 4.2 Såfremt mindst 95 % af den af koncessionsaftalen omfattede kapacitet ("parkens kapacitet") er nettilsluttet før den 1. januar 2021, ydes det nævnte pristillæg for en elproduktion svarende til 50.000 fuldlasttimer. Hvis mindre end 95 % af parkens kapacitet er nettilsluttet på dette tidspunkt, reduceres den tilskudsberettigede produktion med 0,1 TWh. For hvert halve år herefter, hvor der endnu ikke er nettilsluttet mindst 95 % af parkens kapacitet, vil den tilskudsberettigede produktion herefter blive reduceret med yderligere 0,1 TWh. Ved vurderingen af hvor stor en del af parkens kapacitet, der er nettilsluttet, vil en mølles kapacitet blive medregnet som nettilsluttet fra det tidspunkt, hvor den har leveret den første kWh til det kollektive elforsyningsnet. Dette gælder, selv om senere tekniske problemer midlertidigt måtte sætte møllen ud af drift. Koncessionshaveren har ret til forlængelse af fristen for tilslutning af hele havvindmølleparken (før den 1. januar 2020) under nogle nærmere angivne omstændigheder, jf. afsnit 1.3.
- 4.3 Der ydes ikke pristillæg for produktion i timer, hvor spotprisen ikke er positiv.
- 4.4 Betaling foregår månedligt.
- 4.5 Hvis koncessionshaveren skal betale en indfødningsstarif ved overføring af elektriciteten til det overordnede elforsyningsnet, ydes et pristillæg svarende hertil. Det nævnte pristillæg ydes for en elproduktion svarende til 50.000 fuldlasttimer, såfremt parken er rettidigt nettilsluttet. Ellers reduceres tilskudsperioden for pristillægget for indfødningsstariffen svarende til det beskrevne under punkt 4.2 ovenfor.
- 4.6 Hvis markedsprisen (timeprisen på spotmarkedet) for elektricitet produceret på anlægget overstiger [den budte pris] øre pr. kWh, beregner Energinet.dk et negativt pristillæg. Eventuelle negative pristillæg opkræves ikke, men modregnes i kommende positive pristillæg. Der er ingen tidsbegrænsning i den periode for hvilken, der kan beregnes negative pristillæg.
- 4.7 Koncessionshaveren skal selv sørge for afsætningen af produktionen i elmarkedet og afholde omkostningerne herved.

- 4.8 Der ydes ikke godtgørelse for balanceringsomkostninger til elektriciteten fra vindmøllerne.
- 4.9 Koncessionshaveren kan ved meddelelse til Energinet.dk fravælge modtagelsen af pristillæg. Fravalg sker med virkning fra den første dag i en måned og med et forudgående varsel på mindst én måned. Koncessionshaveren kan i så fald ikke genoptage modtagelse af pristillæg.
- 4.10 Der ydes maksimalt pristillæg i 20 år fra vindmøllernes tilslutning til det kollektive elnet. Havvindmølleparken anses for nettilsluttet, når den første kWh fra en eller flere af møllerne leveres til det kollektive elnet.
- 4.11 Det er en betingelse for at modtage pristillægget, at elektriciteten fra havvindmølleparken leveres til det kollektive elnet.
- 4.12 Koncessionshaveren bærer den fulde kommercielle risiko for den tilbudte kWh-pris, ligesom havvindmølleparken henligger for koncessionshaverens egen regning og risiko. Koncessionshaveren kan således ikke rette krav mod Energistyrelsen i denne anledning.”

Af bilag 10 til de foreløbige udbudsbetingelser fremgik en række regneeksempler, der illustrerede, hvordan kontrakten tildeles ved forskellige konstellationer af tilbud.

Den 24. maj 2015, dvs. to dage inden prækvalifikationsfristens udløb, rettede Wind People pr. e-mail henvendelse til Energistyrelsen med anmodning om ændring af prækvalifikationskriterierne:

”Forslaget til indskudt tekst i PQQ, Kap 3. afsnit B1, punkt 1:

Sektion 3.B1, punkt 1 erstattes med følgende tekst:

”1. Annual overall turnover of minimum 4 billion kr. pr. year for each of the latest 3 financial years,

or

2. an equity of minimum 200 mio. kr. and an equity to debt ratio of 20%,

or

3. the applicant offers a Public Community Project.

Definition of "Public Community Project": Is a project where minimum 80% of the project shares are offered publicly to all citizens and private, as well as public, companies, either (i) having their domicile within a distance of 16 km from the relevant wind turbines or (ii) of having their domicile in Denmark. (One share equals 1000 KWh production/year based on the production calculated in the projecting phase)

In case the applicant offers a Public Community Project, the applicant must have (i) an equity of minimum 4 mio. kr. per MW that the applicant bids for and (ii) an equity to debt ratio of 20%, each at the time of submitting the initial bid, and if these requirements are not fulfilled upon such time, the applicant is no longer entitled to participate in the tender.

...

Energistyrelsen har oplyst, at styrelsen afviste forslaget.

Ved ansøgningsfristens udløb den 26. maj 2015 havde Energistyrelsen som nævnt modtaget fem ansøgninger om prækvalifikation; herunder indsendte Lea Vangstrup ansøgning om prækvalifikation på vegne af et endnu ikke stiftet selskab, Vind & Velfærd K/S. Af ansøgningens "Annex 1" fremgik blandt andet:

- At Vind & Velfærd K/S støttede sig på Fonden Ærøs Vedvarende Energipulje og K2 Management A/S med henblik på opfyldelse af mindstekravene til økonomisk/finansiell henholdsvis teknisk egnethed.
- At Fonden Ærøs Vedvarende Energipulje ville blive det stiftende selskab og dermed påtage sig solidarisk ansvar med Vind & Velfærd K/S for kontraktens opfyldelse, såfremt dette selskab tildeles koncessionen.

Herudover fremgik følgende af "Annex 1":

"The requirement of 4 billion kr. in yearly turnover is not fulfilled, but we have submitted a request for amending the pre-qualification requirements, so a bid based on public ownership can also be pre-qualified. We note that Vind & Velfærd following sale of ownership to citizens and companies will have a very high equity and a very high equity to debt ratio.

...”

Af ansøgningen fremgik, at fondens årlige gennemsnitlige omsætning de seneste 3 regnskabsår udgjorde 810.857 kr., og det var oplyst, at fondens soliditetsgrad for seneste opgjorte regnskabsår var til 77,51 %. Wind Peoples brev af 24. maj 2015 indgik i ansøgningen som ”Annex 4”.

Energistyrelsen meddelte den 8. juni 2015, at den anså to af de modtagne ansøgninger, herunder ansøgningen fra Wind People, for at være ukonditionsmæssige, og at styrelsen havde besluttet at prækvalificere de tre andre ansøgere. Om begrundelsen for at anse ansøgningen fra Wind People for at være ukonditionsmæssig var det blandt andet anført:

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

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

...

The not yet established Vind & Velfærd K/S relies on the economic and financial ability of Fonden Ærøs Vedvarende Energipulje ... The average yearly turnover of the foundation does however not meet the above mentioned minimum requirement for a yearly overall turnover.

The application for prequalification submitted by the not yet established Vind & Velfærd K/S has therefore been found to be non-compliant.”

Forløbet under klagesagen

Den 18. juni 2015 indgav Wind People som anført ovenfor klage til Klagenævnet for Udbud.

Wind People har under klagesagen fremlagt klima- og energi- og bygningsministerens besvarelse af 12. juli 2012 spørgsmål nr. 188 fra Folketingets Klima-, Energi-, og Bygningsudvalg. Heraf fremgår blandt andet:

”Spørgsmål 188:

”Kan ministeren oplyse, hvor stort det forventede økonomiske tab vil være i 2020, når vindmøllerne leverer for meget el i blæsevejr og for lidt i stille vejr i forhold til elforbruget?”

Svar:

Man kan ikke tale om tab fra vindmøller, når de står stille på grund af manglende vind. I den situation vil andre produktionsformer blot overtage produktionen – eventuelt suppleret med el-import.

Når det blæser og er koldt samtidig med, at eleforbruget er lavt, kan den samlede elproduktion fra kraftvarmeverkerne og vindmøllerne være større end det danske elforbrug. Hermed bliver der tale om et el-overskud, som eksporteres. Dette håndteres af det nordiske og europæiske elmarked lige som al anden el-eksport. Det sker fx også jævnligt, at danske kulkraftværker producerer mere el, end der bruges i Danmark, og således bidrager til el-eksporten.

I meget sjældne tilfælde kan produktionen være så stor, at den rammer ind i begrænsninger på udlandsforbindelserne. Dette kan i sjældne tilfælde være forbundet med nulpriser eller negative priser. Når dette sker, er det en indikation på, at der er stor elproduktion i forhold til forbruget og samtidig begrænset overførselskapacitet på udlandsforbindelserne. I de få timer om året, hvor det forekommer, kan vindmøllerne være en del af årsagen. En anden del af årsagen vil ofte være de centrale værkers manglende reguleringsevne. Antal nulpriser eller negative priser fremgår af tabellen nedenfor.

Antal timer med nulpriser (heraf negative priser) i de to danske børsområder

År	Vestdanmark	Østdanmark
2002	30	0
2003	83	1
2004	1	4
2005	16	7
2006	28	5
2007	85	30
2008	28	9
2009	55 (9)	4 (0)
2010	12 (11)	6 (5)
2011	12 (10)*	12 (10)*

Note: Et år har normalt 8760 timer. (*) For 2011 er regnet til og med 8. marts.

Selv om markedsprisen i Danmark skulle falde til nul, betaler køberne i vores nabolande den markedspris, som gælder i nabolandene. Der er således altid en markedspris, som strømmen sælges til, hvorfor der ikke er tale om, at vindmølle strømmen foræres væk, selvom prisen er nul i Danmark.

I takt med udbygningen af vindenergien i Danmark sker der en løbende udvikling af el-systemet, så Danmark kan udnytte den stigende mængde vindenergi ...”

Wind People har under klagesagen blandt andet fremlagt en e-mail af 28. maj 2015 fra direktør i Handelsbanken Henrik Overgaard. Det fremgår heraf blandt andet, at Henrik Overgaard ikke ud fra et oplæg, som Wind People forud havde sendt til ham, kunne ”vurdere risikoen”. Herudover fremgår blandt andet:

”Når vi vurderer et projekt/case/virksomhed ser vi grundigt og individuelt på det. Mange parametre vil være afgørende for vores vurdering af sagen.

Til dit spørgsmål om omsætning er afgørende kan vi oplyse, at en stor omsætning er ikke ensbetydende med et godt cashflow som vi tillægger stor vægt. Et selskab med stor omsætning kan have underskudsgivende drift.

Soliditetsgraden er heller ikke altafgørende, idet det afhænger af hele sammenhængen af balancen, aktivernes omsættelighed mv.”

Wind People har endvidere fremlagt en avisartikel fra dagbladet Politiken fra den 17. juni 2015. I artiklen, der bærer overskriften ”Staten blokerer for andelsvindmøller”, citeres professor i energiplanlægning ved Aalborg Universitet Brian Vad Mathiesen for følgende udtalelse:

”Man skal selvfølgelig være sikker på, at en byder kan levere varen, men i forhold til vindmøller er det svært at se, hvorfor et omsætningskrav skulle være relevant. Hvis man først vinder udbuddet, har man en sikker pris i en række år, så det giver ikke meget mening, at man ikke kan byde, hvis man ellers har finansieringen i orden.”

Wind People har under klagesagen fremlagt et brev af 30. juni 2015 fra K2 Management. Af brevet fremgår blandt andet:

”Windpeople har rettet henvendelse til K2 Management, og har stillet spørgsmålet om hvorvidt tilbagebetalings tiden på Sejerø projektet sker inden for den beregnede længde af fuldlasttimer er opbrugt. Windpeoples beregning er baseret på 100 MW Sejerø projekt i 4MW segmentet og indikative priser fra leverandører. K2 Management kan

bekræfte, at scenariet med den givende mølle indikerer, en tilbagebetalingstid der er kortere end det udregnede antal fuldlasttimer.”

Wind People har under klagesagen fremlagt en udtalelse af 2. juli 2015 fra professor, dr.techn. Frede Hvelplund, Aalborg Universitet. Af udtalelsen fremgår blandt andet:

”Udtalelse vedrørende økonomi og risikofordeling mellem koncessionsgiver og koncessionsmodtager i en 100 MW kystnær havvindmøllepark.

1. Indledning og beregningsforudsætninger

EA analyse har i november 2014 (EA analyse 2014) for Danmarks Vindmølleforening og Vindenergi Danmark udarbejdet rapporten: ”Vindens værdi- og tiltag til at sikre den”.

I denne rapport har de lavet en prognose for fremtidens markedspris på el fra vindmøller, hvor de kommer frem til en markedspris på el fra vindmøller fra 22.6 øre/kWh i 2014 til 23,6 øre i 2035 ... Grunden til at markedsprisen på el fra vindmøller holder sig på dette relativt lave niveau er, at vindmøllestrømmen i takt med stigende vindmølleandel på markedet vil falde relativt i pris på Nordpool markedet ...

Sideløbende hermed har Folketinget, som gennem Klima- og Energiministeriet er koncessionsgiver, udtrykt villighed til, uden ny behandling i folkettinget, at acceptere ... bud på op til 70 øre/kWh i 50.000 fuldlasttimer.

I det efterfølgende regnestykke antager vi, at den der har vundet budet har accepteret en pris på 68 øre/kWh. Desuden har vi følgende beregningsforudsætninger:

- a. Møllernes tekniske levetid 25 år,
- b. En markedspris på 23 øre/kWh i hele perioden frem til 2035 (tilnærmet gennemsnit af prisprognoserne i (EA analyse 2014)¹.
- c. En sikret pris på 68 øre/kWh i 50.000 fuldlasttimer efter et pristillæg givet af koncessionsgiveren i 50.000 fuldlasttimer.
- d. En kalkulationsrente på 4% p.a. (Finansministeriet 31. maj 2013²)
- e. En forventet produktion på 417 millioner kWh per år fra en vindmøllepark på 100 MW, hvor hver MW effekt producerer

¹ Klagenævnets note: Det fremgår af udtalelsen, at der henvises til en rapport fra EA analyse 2014: ”Vindintegration i Danmark - vindens værdi og tiltag for at sikre den”.

² Klagenævnets note: Det fremgår af udtalelsen, at der henvises til Finansministeriets publikation ”Fakta ark om den samfundsøkonomiske kalkulationsrente” af 31. maj 2013.

- 4.166 MWh per år, svarende til at 50.000 fuldlasttimer produceres på 12 år.
- f. 100 MW koster i anlægspris 2 milliarder kroner.
- g. Drifts-og vedligeholdelse de første 12 år anslås til 12 øre/kWh i gennemsnit.

2. Indtægter i perioden, hvor koncessionsgiver betaler pristillæg

Tabel 1. Nuværdi af indtægter i de 12 år, hvor koncessionsgiver giver pristillæg

	<u>Millioner kroner</u>	Andel af samlet salgpris
a. Nuværdi af 12 års pristillæg <u>fra koncessionsgiver</u>	1.789	65,8% (<u>dækket af koncessionsgiver</u>)
b. Nuværdi af salg på markedet i 12 år	928	34.2% (markedspris/risiko)
a+b Nuværdi af samlet salg i 12 år til 68 øre/hWh	2.717	

Som dette fremgår af tabel 1, udgør nuværdien af koncessionsgivers prisværdi 65,8 % af de samlede indtægter i de første 12 år, hvor der i herværende regnestykke gives pristillæg. Det er et beløb, der er knapt dobbelt så stort, som den prisandel der kommer fra salget af el på markedet.

Hvor følsomt er dette regnestykke for en ændring af betalingen til koncessionsmodtager?

3. Investeringen i møllerne er betalt tilbage i løbet af de 12 år koncessionsgiver betaler pristillæg på i dette tilfælde 45 øre/kWh?

Som nævnt i indledningen antager vi, at et færdigt vindmølleprojekt koster 7 mia. kroner. Drift- og vedligeholdelsesomkostninger er sat til et gennemsnit på 12 øre/kWh de første 12 år. I Energistyrelsen 2012³ er de gennemsnitlige drift og vedligeholdelsesomkostninger over en 25 årig periode vurderet til 14.2 øre/kWh. Drift- og vedligeholdelsesomkostninger er lavere i starten, og er her sat til et gennemsnit på 12 øre/kWh de første 12 år. ...

³ Klagenævnets note: Det fremgår af udtalelsen, at der henvises til Energistyrelsens publikation "Technology data for Energy Plants" fra 2012 med "talmæssige opjusteringer Okt. 2013, Janu 201 og Marts 2015."

Tabel 2. Betaler møllerne sig tilbage inden for den periode, hvor koncessionsgiver betaler pristillæg?

	Millioner kroner
a. Nuværdi af anlægsprisen	2.000
b. Nuværdi af drifts- og vedligeholdelsesomkostninger i 12 år (12 øre/kWh*)	498
c. Nuværdi af de første 12 års omkostninger (a+b)	2.498
d. Nuværdi af indtægter (fra tabel 1.)	2.717
e. Restgæld efter 12 år	- 219

Som det fremgår af tabellen, er investeringen i mølleprojektet tilbagebetalt inden for den periode, hvor koncessionsgiver betaler et pristillæg. I ovennævnte regnestykke er der efter de 12 år et overskud på 219 millioner kroner ud over at møllerne nu er gældfrie. En følsomhedsanalyse viser, at helt ned til en pris til koncessionsmodtager på 62.5 øre/kWh, er investeringen på 2.000 millioner kroner betalt tilbage inden for 12 års perioden.

Risikoen efter denne 12 års periode, hvor koncessionshaver betaler pristillæg, er derfor meget begrænset. Og holder EA prognosen for markedsprisen for el fra vindmøller, vil der stadig efter 12 års perioden være et pænt overskud per kWh efter at drifts- og vedligeholdelsesomkostningerne på ca. 12-14 øre/kWh er betalt.

...

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

Wind People har navnlig anført, at de forhold, at Energistyrelsen i udbudsbekendtgørelsens overskrift anførte "Member states - Works - Public works commissions - Not applicable", mens styrelsen i bekendtgørelsens afsnit IV om "Procedure" ikke oplyste en procedure, men alene under pkt. II.1.3 om "Short description of the contract" oplyste en tidsplan, skaber uklarhed for potentielle tilbudsgivere med hensyn til, hvilke procedureregler der finder anvendelse for udbuddet. Dette er i strid med gennemsigtighedsprincippet. Det anførte må endvidere ses i lyset af, at Energistyrelsen har valgt en anden procedure end proceduren i udbudsdirektivets artikel 56 - 61 for koncessionsaftaler. Disse foreskriver således, at sådanne kontrakter – som an-

givet med overskriften ”Not applicable” – ikke kan ansøges. Da styrelsen har fraveget denne procedure, skærpes kravet til gennemsigtighed. Energistyrelsen burde derfor i udbudsbekendtgørelsen have beskrevet udbudsproceduren så klart, at potentielle læsere ikke kunne komme i tvivl om processen. Det var i den forbindelse en væsentlig fejl, at styrelsen ikke udfyldte bekendtgørelsens pkt. II.1.2 om ”Type of contract and location of works”. Styrelsen skal ikke have mulighed for at korrigere denne fejl med efterfølgende oplysninger. Dertil kommer, at en tidsplan ikke kan beskrive proceduren, og dette gælder særligt i den foreliggende bekendtgørelse med den anførte overskrift. Wind People har i den forbindelse navnlig peget på følgende uklarheder:

- a) Det fremgår ikke klart af teksten i udbudsbekendtgørelsen, om alle interesserede kan afgive tilbud, eller om Energistyrelsen selv udvælger de virksomheder, der skal give tilbud. Efter udbudsbekendtgørelsens formulering om, at Energistyrelsen højst vil invitere 10 ansøgere, er det uklart, om styrelsen først inviterer tilbudsgivere til at afgive tilbud, eller om enhver kan komme med i prækvalifikationen ved egen henvendelse.
- b) Energistyrelsens oplysning om, at der var tale om et udbud efter forhandling, fremgik ikke klart af udbudsbekendtgørelsen. Der kan ikke lægges vægt på de foreløbige udbudsbetingelser, da disse netop kun var foreløbige og dermed ikke bindende.
- c) Energistyrelsens beskrivelse i udbudsbekendtgørelsen af tildelingskriteriet (”lowest total average price”) var uklart formuleret. Det var i den forbindelse ikke klart, hvad der skulle forstås ved ”total”, og hvad gennemsnittet (”average”) skulle beregnes af. Energistyrelsen burde i stedet have beskrevet dette fuldt ud i bekendtgørelsen.

Energistyrelsen har navnlig anført, at styrelsen ikke har overtrådt gennemsigtighedsprincippet som påstået. Styrelsen har således overholdt de regler for koncessionsudbuddet, der følger af udbudsdirektivets artikel 56 - 61. Styrelsen har således efter artikel 58 offentliggjort sin hensigt om at indgå en koncessionsaftale, idet dette er sket i henhold til Kommissionens standardformular, og idet tidsfristen efter artikel 59 for indgivelse af prækvalifikationsansøgninger var overholdt. Overskriften (”Not applicable”) blev automatisk genereret af standardformular nr. 10, der gælder for ”Koncessionskontrakt om offentlig bygge- og anlægsarbejder”. Overskriften er således et kendt udtryk for, at der er tale om en særlig procedure, hvor de al-

mindelige udbudsregler ikke finder anvendelse, og det er således ikke egnet til at skabe forvirring. Det fremgik udtrykkeligt af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.3, at der var tale om en koncessionskontrakt, og at udbuddet blandt andet omfattede en forhandlingsrunde. Det fremgik endvidere af udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.2 om ”Additional information”, hvordan udvælgelse af ansøgere ville ske, og det er således ikke korrekt, når Wind People har anført, at dette ikke fremgår af bekendtgørelsen. Det fremgår af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.3 og pkt. IV, at tildelingskriteriet er fastsat til ”laveste pris”, og det er udtryk for en misforståelse, at Wind People har anført, at dette først ville blive fastsat på et senere tidspunkt.

Ad påstand 2

Wind People har i første række anført, at udbudsbekendtgørelsen ikke overholdt procedurereglerne i udbudsdirektivet, da den rettelig ikke angår en koncessionsaftale. For det tilfælde, at klagenævnet lægger til grund, at der er tale om en koncessionsaftale, har Wind People i anden række gjort gældende, at udbudsbekendtgørelsen ikke opfylder kravet i udbudsdirektivets artikel 58 om ”oplysning om tildelingskriterierne”.

Til støtte for det principale hovedanbringende om, at den udbudte kontrakt rettelig ikke har karakter af en koncessionsaftale, har Wind People navnlig anført følgende: Det følger af udbudsdirektivets artikel 1, stk. 3, og den retspraksis, der knytter sig hertil, at en koncessionsaftale blandt andet er kendetegnet ved, at koncessionshaveren skal bære en væsentlig del af den økonomiske risiko for byggeriets drift eller udnyttelse. Energistyrelsen har bevisbyrden for, at dette er tilfældet med den virkning, at de almindelige regler i udbudsdirektivet ikke finder anvendelse. Styrelsen har ikke løftet denne bevisbyrde. Wind People har herved navnlig henvist til, at det fremgår af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.3, at staten garanterer koncessionshaveren en indkomst af en sådan størrelse, at den økonomiske risiko ved en korrekt strukturering af tilbuddet kan reduceres til 0. Energistyrelsen havde som følge af officialmaksimen og bestemmelsen om notatpligt i offentlighedslovens § 13 eller denne bestemmelses analogi pligt til forud for udbuddet at vurdere garantiens betydning for vinderen, og det har styrelsen forsømt. Da styrelsen ikke rettidigt har foretaget den krævede analyse, kan der ikke lægges vægt på eventuelle efterfølgende beregninger fra styrelsens side. Allerede derfor skal klagenævnet lægge til grund, at der ikke er tale om en koncessionsaftale. Energistyrelsen har heller ikke efterfølgende

godtgjort, at kravet er opfyldt, hvorfor klagenævnet også på dette grundlag skal lægge til grund, at der ikke er tale om en koncessionsaftale. Wind People har dels henvist til de fremlagte udtalelser fra professor i energiplanlægning Frede Hvelplund, dels til, at de risikomomenter, som Energistyrelsen har henvist til i sine processkrifter, ikke forholder sig til betydningen af den minimumsindtægt, der er en følge af garantien ("fixed income"). En forenklet beregning med en skønnet budpris på 68 - 73 øre pr. kWh, og skønnede driftsudgifter på 12 øre pr. kWh indebærer, at garantien på 50.000 kWh giver et samlet garanteret dækningsbidrag på 9,8 mia. kr. Sammenholdes dette tal med Energistyrelsens eget skøn for anlægsudgiften på 6,2 mia. kr., er der som udgangspunkt et overskud på 3,6 mia. kr. Uanset at der formentlig skal fratrækkes andre udgifter, illustrerer beregningen, at der er rigelig plads til disse, samtidig med, at investeringen er betalt inden udløbet af statsgarantien. Energistyrelsen har ikke besvaret Wind Peoples opfordring om at dokumentere, at garantien er uden betydning for vinderens driftsrisiko. Dette må tillægges processuel skadevirkning. Wind People har for så vidt angår de risici, som Energistyrelsen har henvist til, gjort gældende, at disse ikke har en sådan tyngde, at der er tale om en reel driftsrisiko for koncessionshaveren, når der henses til den statsgaranterede tarif. Om de enkelte risici har Wind People anført følgende:

- a) *Ad risikoen ved forsinkelse og opførelsesomkostningerne ved anlæget, herunder risikoen for at anlægsudgiften stiger væsentligt på grund af rente- og råstofstigninger som følge af fejl i Energistyrelsens forundersøgelse eller ved opdagelsen af et ukendt skibsvrag:* Denne risiko svarer dels til, hvad der gælder for næsten enhver vinder af et offentligt bygge- og anlægsarbejde, og det kan ikke i sig selv føre til, at der er tale om en koncessionsaftale. Risikoen for udgiftsstigning som følge af øgede rente- eller råstofudgifter samt udgifter, hvis der findes ukendte skibsvrag, har karakter af usædvanlige anlægsudgifter, der ikke kan tillægges betydning i forhold til kriteriet "normale driftsudgifter". "Straffen" for for sen tilslutning udgør 5,7 % af garantitariffen, hvilket svarer til 25 dage ved fuld produktion, hvilket ikke skaber usikkerhed om garantiens evne til at sikre koncessionshaveren den samlede investering og drift inden garantiperiodens udløb. Selv ved en så lang forsinkelse som forsinkelse et år vil den garantitarifgenererede profitmargin ikke påvirkes mærkbart.

- b) *Ad markedsrisikoen efter 12 år, hvor garantien bortfalder:* Denne er ikke relevant i forhold til Wind Peoples argumentation, hvorefter investeringen på dette tidspunkt allerede er tilbagebetalt.
- c) *Ad risikoen ved, at vinderen selv kan framelde sig statsgarantien og agere på markedsvilkår:* Denne er ikke relevant, da den ikke udspringer af faktorer uden for parternes kontrol.
- d) *Ad risikoen ved manglende indeksering af statsgarantien:* Denne er næppe relevant, da investeringer ved anlægsarbejder af denne karakter vil blive finansieret ved fastforrentede lån. Selv en moderat inflation vil næppe mærkbart kunne forrykke rentabiliteten af profitabiliteten i projektet, da den statsgaranterede tarif vil give en indtjening på omkring 7 gange over driftsbudgettet. Selv ved høj inflation, vil forretningen blive højere, da anlægget vil være opført til billige anlægspriser, og indtjeningen i givet fald vil stige. Den markedsmæssige risiko ved variable omkostninger, som Energistyrelsen har henvist til, ”knuses” i praksis ved at oprette langtidskontrakter på vedligeholdelse og drift, hvorved situationen reelt svarer til det, der var tilfældet i sag C-382/05, Kommissionen mod Italien.
- e) *Ad risikoen ved balanceringsomkostningerne:* Denne påhviler ganske vist koncessionshaveren, men dette er ikke relevant, da det følger af koncessionsdirektivets 18. præambelbetragtning, at vurderingen af risikoen skal foretages med udgangspunkt i ”normale driftsbetingelser”.
- f) *Ad risikoen for manglende produktion af el og efterspørgsel:* Risikoen for manglende produktion må igen vurderes efter normale driftsbetingelser, hvilket efter de foreliggende undersøgelser indebærer en standardafvigelse fra år til år på ca. 9 %. Over en vindmølles levetid udlignes dette imidlertid, således at variationen samlet bliver på ganske få procent. Elektricitet er en standardvare, der altid vil være behov for. Ved overskudsproduktion sælges denne til udlandet. Risikoen for en negativ elpris, som styrelsen har henvist til, er i henhold til resumeet af de tekniske drøftelser forud for udbuddet begrænset til 150 timer, hvilket kun indebærer en forskydning af likviditeten. Der til kommer, at risikoen for overproduktion næppe er målbar, når der henses til Energistyrelsens egen oversigt over overproduktion.
- g) *Ad udgiften ved at fjerne møllerne.* Dette er ikke en risiko, men en driftsudgift, der skal indregnes i tilbuddet.
- h) *Ad risikoen for ændret lovgivning, der fordyrer driftsomkostningerne, og risikoen for sammenbrud på vindmøllerne.* Disse risici må an-

ses for usædvanlige, og de kan derfor heller ikke tillægges betydning.

Til støtte for det subsidiære hovedanbringende om, at udbudsbekendtgørelsen ikke overholdt kravet i udbudsdirektivets artikel 58 om oplysning af ”tildelingskriterierne”, har Wind People nærmere anført, at Energistyrelsen i udbudsbekendtgørelsen tog et forbehold i forhold til den endelige udformning af tildelingskriteriet. Af pkt. IV.1 fremgik således, at ”The exact model for award of the concession(s) will be set out in the tender conditions”. Dette er i strid med udbudsreglerne. Energistyrelsen kan dermed bestemme, om kriteriet ”laveste pris” i forhold til volumen skal forstås som ”laveste pris i det enkelte område” eller som ”laveste pris for samtlige de udbudte områder”. Da udbudsbetingelserne først kan forventes at foreligge den 1. januar 2016, kan tilbudsgiverne således risikere at afgive 1. bud uden at kende modellen. Det indebærer, at Energistyrelsen får mulighed for skønsmæssigt at fravælge tilbudsgivere, hvilket er i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og/eller de grundlæggende traktatprincipper. Hvis Energistyrelsen mener, at den er ordregivende myndighed i forhold til produktion af elektricitet, følger det af udbudsdirektivets artikel 62, at det er de almindelige regler i udbudsdirektivets afsnit II, der finder anvendelse. Dermed ville styrelsen ikke være berettiget til som sket at benytte standardformular nr. 10 som grundlag for udbudsbekendtgørelsen.

Energistyrelsen har overordnet anført, at den udbudte aftale har karakter af en offentlig bygge- og anlægskoncession, og at udbudsbekendtgørelsen overholder kravene til udbud af sådanne koncessionsaftaler i udbudsdirektivets afsnit III.

Energistyrelsen har til støtte for, at der er tale om en offentlig bygge- og anlægskoncession, navnlig gjort gældende, at koncessionshaveren vil komme til at bære en væsentlig del af den økonomiske risiko for byggeriets drift eller udnyttelse. Det forhold, at Energistyrelsen garanterer en mindstepris pr. kWh i form af et pristillæg, reducerer ikke de anførte risici, da koncessionshaveren kun får betaling for den el, som rent faktisk produceres og afsættes på det kommercielle marked. Det bestrides, at Energistyrelsen havde pligt til at vurdere pristillæggets betydning for en koncessionshaver forud for valg af udbudsform, og at klagenævnet skulle være forpligtet til at lægge en sådan vurdering til grund. Styrelsen ville ikke meningsfuldt kunne foretage en sådan beregning, der forudsætter viden om en række ubekendte faktorer.

F.eks. vil koncessionshaverens driftsrisiko afhænge af den tilbudte kWh-pris samt organisering og valg af parkdesign, der igen har betydning for koncessionshaverens omkostningsstruktur og afkastkrav. Dertil kommer, at størrelsen af pristillægget først fastlægges ved udbuddets afslutning ved tildeling af koncessionsaftalen/-aftalerne. Herudover er styrelsen ikke selv producent eller ejer af havvindmølleparker, og den har derfor ikke et indgående kendskab til den faktiske værdi af de involverede risici. Energistyrelsen er på den baggrund afskåret fra at foretage en præcis beregning som krævet af Wind People. Det bestrides endvidere, at Energistyrelsen er forpligtet til at dokumentere en sådan forudgående vurdering for Klagenævnet for Udbud, og at styrelsen ikke har løftet sin bevisbyrde. Wind Peoples beregning og udtalelsen fra professor Frede Hvelplund synes at forudsættes, at der kun kan være tale om en koncessionsaftale, hvis investeringen må antages at være tabsgivende, hvilket bestrides, idet investorer må forventes at kræve et passende afkast i løbet af projektets levetid. Det kan herved ikke lægges til grund, at udbuddet kan vindes med en budpris på 68 - 73 øre som forudsat i Wind Peoples beregning. Det må forventes, at konkurrenceudsættelse af kontrakten medfører, at de bydende ikke byder ind med en afregningspris, der garanterer dem, at vindmølleparken er tilbagebetalt inden udløbet af den periode, hvor der betales støtte. Derimod må det forventes, at den kommende koncessionshaver også påtager sig en del af markedsrisikoen for den periode – som forventeligt udgør mere end halvdelen af parkens forventede levetid – hvor der ikke udbetales pristillæg. Koncessionshaveren overtager under alle omstændigheder samtlige de risici, som Energistyrelsen selv ville have haft, hvis styrelsen havde gennemført projektet, bortset fra den mindre del af markedsrisikoen, der dækkes gennem pristillægget. Energistyrelsen har i den forbindelse peget på følgende risikofaktorer og forhold:

- a) *Ad risikoen ved forsinkelse og opførelsesomkostningerne ved anlægget:* Det er koncessionshaverens risiko for etablering og forsinkelse i forhold til kravet om etablering og tilslutning af havvindmølleparken til elnettet inden den 1. januar 2021. I relation til etablering består risikoen blandt andet af forhold som miner, skibsvrag, bundforhold, miljøbeskyttelsesinteresser, fiskeriinteresser og vejrforhold, der kan fordyre og forsinke etableringen.
- b) *Ad markedsrisikoen når pristillægget bortfalder:* Pristillægget ydes maksimalt i 20 år og for højst 50.000 fuldlasttimer, og det ydes derfor ikke i hele anlæggets estimerede levetid på 25 år. De sidste år

drives anlægget således alene på markedsvilkår uden mulighed for pristillæg. Det bestrides, at pristillægget betyder, at koncessionshaveren ikke løber nogen markedsmæssig risiko i løbet af de første 12 år.

- c) *Ad risikoen, hvis koncessionshaveren framelder sig pristillægget:* Driften af anlægget vil i så fald ske på almindelige markedsvilkår, men det er herefter ikke muligt at gentilmelde sig pristillægsordningen. Dette forhold udgør ikke i sig selv en risiko, men illustrerer, at koncessionshaveren ikke har mulighed for at udskyde modtagelsen af pristillæg til tider, hvor markedsprisen er væsentligt under den tilbudte kWh-pris.
- d) *Ad risikoen ved manglende indeksering af pristillægget:* Da pristillægget ikke indekseres, bærer koncessionshaveren den fulde kommercielle risiko for den tilbudte kWh-pris. Det bestrides, at der skulle være tale om en uvæsentlig risiko. Stigende priser i samfundet, herunder øgede drifts- og vedligeholdelsesudgifter eller stigende renter, er alene koncessionshaverens risiko.
- e) *Ad risikoen ved balanceringsomkostningerne:* Koncessionshaveren skal selv bære risikoen for balanceringsomkostninger til elektriciteten fra vindmøllerne. Disse består i analyse af det forventede og faktiske forbrug samt vindmøllens forventede og faktiske produktion. Da vindprognoser ofte rammer ved siden af, er der tale om en ikke ubetydelig risiko.
- f) *Ad risikoen for manglende produktion af el og faldende efterspørgsel:* Denne ligger hos koncessionshaveren. Det bestrides, at der skulle være tale om en uvæsentlig risiko. Det er en forudsætning for, at der ydes pristillæg, at elektriciteten afsættes på det kollektive elnet. Der tilbydes således ikke tillæg, hvis elektriciteten afsættes til en negativ pris, hvilket kan blive tilfældet i tilfælde af overproduktion. Den begrænsning af risikoen for en negativ elpris, til 150 timer, som Wind People henviser til, blev ikke medtaget i de foreløbige udbudsbetingelser, og koncessionshaveren bærer således den fulde risiko herfor.
- g) *Ad udgiften ved at fjerne møllerne:* Koncessionshaveren er forpligtet til at fjerne vindmøllerne ved koncessionsaftalens ophør og genetablere området. Dette skal ske i overensstemmelse med de miljøregler, der er gældende, når nedtagningen skal ske. Heri ligger en væsentlig driftsrisiko. Der er formentlig tale om et trecifret millionbeløb.

- h) *Risikoen for ændret lovgivning, der fordyrer driftsomkostningerne og risikoen for sammenbrud på vindmøllerne:* Koncessionshaveren er forpligtet til at overholde den til enhver tid gældende lovgivning, og er ansvarlig for at ansøge om relevante tilladelser, samt afholde de omkostninger, der er forbundet hermed.

For det tilfælde, at klagenævnet måtte konstatere, at der er tale om en offentlig bygge- og anlægskoncession, har Energistyrelsen gjort gældende, at udbudsbekendtgørelsen overholder kravene til oplysning om, hvilke kriterier der lægges til grund for tildelingen af koncessionskontrakten. Det fremgår således af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.3 og IV.1, at der konkurreres på den laveste kWh-pris. Oplysningen om, at "[t]he exact model for award of the concession(s) will be set out in the tender conditions", ændrer ikke ved, at de overordnede kriterier er fastlagt i udbudsbekendtgørelsen. Wind Peoples synspunkt vedrørende udbudsdirektivets artikel 62 er udtryk for en misforståelse, idet denne bestemmelse forudsætter, at den vindende tilbudsgiver (koncessionshaveren) selv er en ordregivende myndighed i direktivets forstand. Energistyrelsen er ikke koncessionshaver, men derimod ordregiver, og bestemmelsen i artikel 62 er derfor ikke relevant for sagen.

Ad påstand 3

Wind People har navnlig anført, at kravet om en minimumsomsætning på 4 mia. kr. konkret ikke var sagligt. Det er ikke tilstrækkeligt, at et omsætningskrav generelt er sagligt i relation til udbud efter udbudsdirektivets almindelige regler i afsnit II, når det konkrete udbud var omfattet af de særlige regler om koncessionsaftaler i direktivets afsnit III. Vurderingen af, om kravet om, at ansøgerne skulle have en minimumsomsætning på 4 mia. kr., konkret var sagligt, må ske med udgangspunkt i den konkrete kontraktgenstand, dvs. vinderens evne til at opføre, eje og drive en vindmøllepark. Det opstillede krav var i den sammenhæng usagligt, fordi omsætningen af andre produkter – som anført i e-mailen af 28. maj 2015 fra Handelsbankens direktør – ikke har betydning for sikkerhedsstillelse for opførelsen af vindmølleparken, som tilbudsgiveren selv skal eje. Virksomhedens soliditetsgrad og rating siger heller ikke noget om den faktiske evne til at rejse den fornødne kapital. Af udtalelserne i Politiken fra professor Brian Vad Mathiesen, der er gengivet ovenfor, fremgår, at kravet ikke er relevant i forhold til at sikre, at ansøgerne har den finansielle kapacitet til at sikre opførelsen af vindmølleparken. Kravet er således usagligt. Energistyrelsen har endvi-

dere ikke været berettiget til at lægge vægt på, at kontraktområdet skulle være forbeholdt ”industriel big business”, således som en afdelingschef i Energiministeriet har udtalt i en e-mail af 27. maj 2015, idet teknisk/faglig kompetence kan indhentes hos underleverandører.

Energistyrelsen har navnlig anført, at kravet om en minimumsomsætning konkret var sagligt. Formålet var således at sikre sig mod, at koncessionskontrakten blev tildelt en tilbudsgiver, der ikke havde den økonomiske og finansielle kapacitet til at løfte opgaven. Saglighedsvurderingen ved den udbudte koncessionsaftale vil aldrig være strengere end vurderingen af en almindelig offentlig kontrakt. Det fremgår af udbudsdirektivets artikel 44, stk. 2, (som gælder for udbud af almindelige offentlige udbud – og ikke for koncessionsudbud), at en ordregivende myndighed kan fastsætte minimumskrav til ansøgers økonomiske og finansielle egnethed, og at disse krav skal hænge sammen med og stå i forhold til kontraktens genstand. Ordregiveren har et vidt skøn ved fastsættelsen af disse krav. Det er i den forbindelse sædvanligt at stille krav om en vis omsætningsstørrelse set i forhold til kontraktens samlede værdi, og dette giver et vist indtryk af ansøgerens aktivitetsomfang. Det gælder, uanset om omsætningen konkret stammer fra andre eller tilsvarende aktiviteter. Kravet må ses i sammenhæng med det stillede krav til en mindste soliditetsgrad på 20 % eller en bestemt rating. Dette krav, der viser virksomhedens evne til at modstå et tab, er også sædvanligt. Det sikrede Energistyrelsen mod, at nødlidende virksomheder med en stor omsætning kunne komme i betragtning. Tilsammen gav de to kriterier efter Energistyrelsens opfattelse et relevant indblik i ansøgers økonomiske robusthed og egnethed til at gennemføre projektet. Det forhold, at Wind People har valgt at organisere sig på en bestemt måde, gør ikke mindstekravet usagligt.

Ad påstand 4

Wind People har navnlig anført, at det er ubestridt, at omsætningskravet kan fastsættes til det dobbelte af kontraktens værdi. Da det er forudsat i udbudsbekendtgørelsen, at der kan være flere vindere af de udbudte koncessionsaftaler, og da de prækvalificerede virksomheder selv kan vælge størrelsen af deres bud, bør spørgsmålet om proportionalitet imidlertid ikke vurderes ud fra værdien af det samlede udbud, men i stedet ud fra det mindst opnåelige område – dvs. Bornholm, der svarer til en maksimal kapacitet på 50 MW. Proportionaliteten bør derfor vurderes i forhold til en kontrakt med en værdi

skønnet på baggrund af Energistyrelsens egne estimater på 889 mio. kr. Det stillede omsætningskrav er dermed 4,5 gange større end denne værdi, hvilket er uproportionalt.

Energistyrelsen har navnlig anført, at kravet om en minimumsomsætning på 4 mia. kr. ikke var i strid med proportionalitetsprincippet. Styrelsen havde som ordregiver et vidt skøn ved fastsættelsen af størrelsen af den krævede minimumsomsætning. Prækvalifikation gav ansøgerne ret til at byde på den samlede kapacitet på 350 MW. På den baggrund og under hensyn til, at formålet med kravet – som anført under påstand 3 – var at sikre, at ansøger har den fornødne økonomiske og finansielle kapacitet til at løfte opgaven, er der ikke grundlag for at vurdere proportionaliteten på grundlag af en mindre del af den udbudte kapacitet. Der er tale om en kontrakt med en anslået anlægsudgift i størrelsesordenen 5 - 7 mia. kr. Baseret på samme tal, som Wind People lægger til grund, kan værdien af den samlede installation opgøres til 6,2 mia. kr. Omsætningskravet svarer dermed til ca. 65 % af værdien af den samlede kontrakt, hvilket klart er proportionalt. Hertil kommer i øvrigt drifts- og vedligeholdelsesudgifter i hele parkens levetid, hvilket formentlig også er i milliardklassen. Proportionalitetsvurderingen støttes i øvrigt af § 142, stk. 2 og 3, i lovforslag L 164 af 18. marts 2015 til udbudslov i. Heri er anført, at et krav om minimumsomsætning pr. år på det dobbelte af kontraktens værdi er proportionalt, og at der kan fastsættes en tilsvarende samlet minimumsomsætning for delkontrakter, der kan tildeles den samme tilbudsgiver. Det forhold, at Wind People har valgt at organisere sig på en bestemt måde, gør ikke mindstekravet uproportionalt.

Ad påstand 4 a (subsidiær)

Wind People har navnlig anført, at det fremgår af pkt. 80 i ”Retningslinjer for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi 2014-2020”, 2014/C 200/01, at hvis støtte ydes gennem et udbud, ”skal støtten ydes på basis af det første bud indgivet af tilbudsgiveren, således at efterfølgende forhandlinger udelukkes”. Retningslinjernes pkt. 80 må i overensstemmelse med medlemsstaternes grundlæggende fortolkningsforpligtelse påvirke klagenævnets fortolkning af direktivet. Endvidere følger det af de EU-retlige grundprincipper, at borgere og virksomheder i andre EU-lande skal sikres ens behandling med danske virksomheder, hvorfor pkt. 80 må inddrages i fortolkningen af, om indklagede kan anvende udbudsformen ”udbud mod forhandling”. Det gøres i den forbindelse gældende, at denne udbudsform ikke er

gennemsigtig, ikke giver forudsigelighed i resultatet og er i strid med lighedsgrundsætningen. Der gælder således et udbudsretligt forbud mod ”udbud mod forhandling”, hvorfor den fremgangsmåde, som Energistyrelsen har beskrevet i udbudsbekendtgørelsen, var ulovlig.

Energistyrelsen har navnlig anført, at den anvendte udbudsform – udbud med forhandling – ikke var ulovlig eller i strid med retningslinjerne for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi. Det foreløbige tilbud er ikke aftaleretligt bindende og har alene karakter af et vejledende bud på tilbudsgiverens prisniveau. Det endelige tilbud, der først afgives efter forhandlingsrunden, er således også det første bindende tilbud.

Ad påstand 5 og 6

Wind People har navnlig anført, at klagenævnet på baggrund af de anførte overtrædelser skal pålægge Energistyrelsen at lovliggøre udbuddet og annullere beslutningen om ikke at prækvalificere Wind People.

Energistyrelsen har navnlig anført, at den ikke har overtrådt reglerne som anført i de foregående påstande, og at der derfor ikke er grundlag for at tage påstandene om lovliggørelse og annullation til følge.

Retsgrundlaget:

Af udbudsdirektivets artikel 1 fremgår blandt andet:

”Artikel 1

Definitioner

1. I dette direktiv gælder definitionerne i stk. 2-15.
2. a) Ved ”offentlige kontrakter” forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.
- b) Ved ”offentlige bygge- og anlægskontrakter” forstås offentlige kontrakter om enten udførelse eller både projektering og udførelse af arbejder vedrørende en af de i bilag I omhandlede akti-

viteter eller af bygge- og anlægsarbejde eller om udførelsen ved et hvilket som helst middel af et bygge- og anlægsarbejde, der svarer til behov præciseret af den ordregivende myndighed. Ved ”bygge- og anlægsarbejde” forstås resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion.

...

3. Ved ”koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder” forstås en kontrakt med samme karakteristika som offentlige bygge- og anlægskontrakter bortset fra, at vederlaget for det arbejde, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet eller i denne ret sammen med betaling af en pris.

4. Ved ”koncessionskontrakt om tjenesteydelser” forstås en kontrakt med samme karakteristika som offentlige tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris.”

Af udbudsdirektivets afsnit III om ”Regler vedrørende koncessioner på offentlige bygge- og anlægsarbejder” fremgår blandt andet:

”KAPITEL I

Regler for koncessioner på offentlige bygge- og anlægsarbejder

Artikel 56

Anvendelsesområde

Bestemmelserne i dette kapitel finder anvendelse på alle koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder, der indgås af de ordregivende myndigheder, når kontrakternes værdi er på 6 242 000 EUR eller derover.

...

Artikel 57

Koncessionskontrakter, der ikke er omfattet af bestemmelserne i dette afsnit

Bestemmelserne i dette afsnit finder ikke anvendelse på koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder:

...

b) der tildeles af ordregivende myndigheder, som udøver en eller flere af de aktiviteter, der er omhandlet i artikel 3-7 i direktiv 2004/17/EF.

...
 Artikel 58

Offentliggørelse af bekendtgørelsen om koncession om offentlige bygge- og anlægsarbejder

1. Ordregivende myndigheder, der ønsker at anvende en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder, tilkendegiver deres hensigt herom ved en bekendtgørelse.
2. Bekendtgørelserne om koncession på offentlige bygge- og anlægsarbejder skal indeholde de oplysninger, der er nævnt i bilag VII C, og eventuelle andre oplysninger, som den ordregivende myndighed måtte finde hensigtsmæssige, i de standardformularer, der vedtages af Kommissionen efter proceduren i artikel 77, stk. 2.
3. Disse bekendtgørelser offentliggøres i overensstemmelse med artikel 36, stk. 2-8.
4. Artikel 37 om offentliggørelse af bekendtgørelser finder ligeledes anvendelse på koncessioner om offentlige bygge- og anlægsarbejder.

...

KAPITEL II

Regler for kontrakter, der indgås af koncessionshavere, der er ordregivende myndigheder

Artikel 62

Gældende regler

Hvis koncessionshaveren er en ordregivende myndighed som defineret i artikel 1, stk. 9, er denne, hvad angår arbejde, som skal udføres af tredjemand, forpligtet til at overholde de i dette direktiv fastsatte bestemmelser om indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

KAPITEL III

Regler for kontrakter, der indgås af koncessionshavere, der ikke er ordregivende myndigheder

Artikel 63

Bestemmelser om offentliggørelse: tærskelværdi og undtagelser

...

Artikel 64

Offentliggørelse af bekendtgørelsen

...

Artikel 65

Frister for modtagelse af ansøgninger om deltagelse og modtagelse af tilbud

EU-domstolen har i flere tilfælde taget stilling til indholdet til de krav, der skal være opfyldt, for at en kontrakt er en koncessionsaftale, jf. udbudsdirektivets artikel 1, stk. 3.

I EU-domstolens dom af 18. juli 2007 i sag C-382/05, der angik det tidligere udbudsdirektiv, udtalte Domstolen blandt andet:

- ”31 Spørgsmålet, om de omtvistede aftaler skal anses for tjenesteydelseskoncessioner, skal således udelukkende vurderes efter fællesskabsretten.
- 32 I denne forbindelse skal det for det første fastslås, at disse aftaler bestemmer, at den tilforordnede kommissær betaler tjenesteyderen et gebyr, hvis størrelse er fastsat i euro pr. ton affald, som de pågældende kommuner overdrager til denne tjenesteyder.
- 33 Som Dom[s]tolen tidligere har fastslået, følger det af definitionen i artikel 1, litra a), i direktiv 92/50, at en offentlig tjenesteydelsesaftale i direktivets forstand indebærer en modydelse, der betales direkte af den ordregivende myndighed til tjenesteyderen (Parking Brixen-dommen, præmis 39). Heraf følger, at et gebyr af den i de omtvistede aftaler fastsatte art kan kendetegne en gensidigt bebyrdende aftale som omhandlet i artikel 1, litra a), og dermed en offentlig aftale (jf. hvad angår betaling fastsat i form af et fast beløb pr. skraldespand eller container, som en by overdrager til et selskab med eneret til at indsamle og behandle affald, dom af 10.11.2005, sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9705, præmis 8 og 32).
- 34 For det andet følger det af Domstolens faste praksis, at der er tale om en tjenesteydelseskoncession, når den aftalte godtgørelsesform består i tjenesteyderens ret til at udnytte sin egen ydelse, og det indebærer, at denne påtager sig risikoen forbundet med driften af de omhandlede tjenesteydelser (jf. dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 58, og kendelse af 30.5.2002, sag C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, Sml. I, s. 4685, præmis 27 og 28, samt Parking Brixen-dommen, præmis 40).

- 35 Det skal i denne forbindelse fastslås, at den i de omtvistede aftaler fastsatte godtgørelsesform ikke består i retten til at udnytte de omhandlede tjenesteydelser og heller ikke indebærer, at tjenesteyderen påtager sig risikoen forbundet med driften.
- 36 Ikke kun betales denne tjenesteyder nemlig i det væsentlige af den tilforordnede kommissær gennem et gebyr, som er fastsat pr. ton affald, som overdrages til tjenesteyderen – som nævnt i denne doms præmis 32 – men det er også ubestridt, at den tilforordnede kommissær i medfør af de omtvistede aftaler forpligter sig til at sikre, dels at alle de pågældende kommuner overdrager alt deres restaffald til tjenesteyderen, dels at en årlig minimumsmængde affald overdrages til tjenesteyderen. Disse aftaler fastsætter desuden, at der skal ske en tilpasning af gebyrbeløbet for det tilfælde, at den faktiske årlige mængde affald, som overføres, er mindre end 95% eller større end 115% af den garanterede minimumsmængde, hvilket tilsigter at garantere tjenesteyderens økonomiske og finansielle stabilitet. Aftalerne fastsætter også, at gebyrbeløbet årligt er genstand for en tilpasning som følge af udviklingen i omkostningerne til personale, forbrugsmaterialer og vedligeholdelsesarbejder, samt tilpasning med en finansiell indikator. De omhandlede aftaler fastsætter ydermere en genforhandling af gebyret, når tjenesteyderen grundet en lovændring og for at opfylde loven skal foretage nye investeringer, som overstiger en vis tærskel.
- 37 Henset til ovenstående skal de omtvistede aftaler anses for offentlige tjenesteydelsesaftaler, som er reguleret ved direktiv 92/50, og ikke for tjenesteydelseskoncessioner, der ikke er omfattet heraf.
- 38 Desuden er ingen af de argumenter, den italienske regering har fremført for at anfægte denne kvalificering, overbevisende.
- 39 Hvad for det første angår den omstændighed, at tjenesteyderne ud over at modtage det aftalte gebyr kan oppebære indtægter forbundet med videresalget af den elektricitet, der produceres i forbindelse med affaldsbehandlingen, skal det påpeges, at artikel 1, litra a), i direktiv 92/50, som definerer begrebet offentlige aftaler, henviser til en ”gensidigt bebyrdende aftale” og til, at det gensidigt bebyrdende element i en kontrakt henviser til modydelsen, som tjenesteyderen får for at præstere de tjenesteydelser, som er fastlagt af den ordregivende myndighed (jf. i denne retning dommen i sagen Auroux m.fl., præmis 45).
- 40 I det foreliggende tilfælde er det åbenbart, at den af tjenesteyderen opnåede modydelse for at præstere de af den tilforordnede kommissær fastlagte tjenesteydelser, nemlig behandling af det overdragne affald med energigenvinding, i det væsentlige består i den tilforordnede kommissærs betaling af gebyrbeløbet.

- 41 Selv hvis provenuet fra salget af elektricitet også kunne anses for en modydelse for de tjenesteydelser, der er fastlagt af den tilforordnede kommissær – navnlig fordi sidstnævnte i henhold til de omtvistede aftaler har forpligtet sig til at fremme dette salg til tredjemand – er alene den omstændighed, at tjenesteyderen ud over det vederlag, han i det gensidigt bebyrdende kontraktforhold modtager fra den tilforordnede kommissær, som modydelse for at præstere tjenesteydelser således er i stand til at oppebære visse indtægter fra tredjemand, ikke tilstrækkelig til, at de omtvistede aftaler mister deres kvalificering som offentlige aftaler (jf. analogt dommen i sagen Auroux m.fl., præmis 45).
- 42 De omtvistede aftalers lange løbetid og den omstændighed, at tjenesteyderne ved gennemførelsen af aftalerne i begyndelsen skal foretage væsentlige investeringer, er endvidere heller ikke afgørende for disse aftalers kvalificering, idet sådanne kendetegn både genfindes i offentlige aftaler og i tjenesteydelseskoncessioner.
- 43 Det samme gælder den omstændighed, at behandlingen af affald er i offentlighedens interesse. I denne forbindelse skal det blot bemærkes, at som det fremgår af bilag I A til direktiv 92/50, er kategorien ”[k]loakering og affaldsbortskaffelse: rensning og lignende tjenesteydelser”, som Domstolen tidligere har fastslået bl.a. omfatter indsamling og behandling af affald (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Øst-rig, præmis 32), opført under ”[t]jenesteydelser i den i artikel 8 anførte betydning”, som direktivet kan anvendes på.
- 44 Med henblik på at kvalificere en aftale som en offentlig aftale eller en tjenesteydelseskoncession er det endelig heller ikke afgørende, om de af tjenesteyderen udbudte tjenesteydelser eventuelt er af en sådan beskaffenhed, at de kræver en udstrakt grad af uafhængighed for tjenesteyderen.
- 45 Eftersom de omtvistede aftaler udgør offentlige tjenesteydelsesaftaler som omhandlet i artikel 1, litra a), i direktiv 92/50, kan de kun indgås under overholdelse af bestemmelserne i dette direktiv, navnlig dets artikel 11, 15 og 17. I henhold til disse bestemmelser påhviler det bl.a. den pågældende ordregivende myndighed at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse efter den i bilag III til dette direktiv fastsatte model, hvilket den ikke har gjort.
- 46 Som følge heraf bør der gives Kommissionen medhold i dens søgsmål, og det bør fastslås, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 92/50/EØF, og navnlig dets artikel 11, 15 og 17, idet Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la protezione civile – Ufficio del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela

delle acque in Sicilia har indledt proceduren for indgåelse af aftaler om nyttiggørelse af den del af byaffald, der er tilbage efter selektiv indsamling af affald i regionen Siciliens kommuner, og har indgået disse aftaler uden at anvende den fremgangsmåde, der er fastsat i direktiv 92/50, navnlig uden at offentliggøre den særlige udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.”

I Domstolens dom af 10. september 2009, sag C-206/08, Eurawasser, udtalte Domstolen blandt andet vedrørende begrebet ”retten til at udnytte”, der b.l.a. findes i artikel 1, stk. 3, litra a:

- ”57 Det følger heraf, at hvad angår en kontrakt om tjenesteydelser opfylder den omstændighed, at medkontrahenten ikke umiddelbart aflønnes af den ordregivende myndighed, men at han har ret til at opkræve et vederlag fra en tredjepart, kravet om vederlag fastsat i artikel 1, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/17.
- 58 Denne konklusion nødvendiggør imidlertid, at begrebet ”retten til at udnytte” såvel som ”vederlaget for denne tjenesteydelse” i den nævnte bestemmelse præciseres.
- 59 Det følger af Domstolens praksis, at når den aftalte vederlagsform består i tjenesteyderens ret til at udnytte sin egen ydelse, indebærer denne vederlagsform, at tjenesteyderen påtager sig risikoen for driften af de pågældende tjenesteydelser ...
- ...
- 66 Det bemærkes herved, at risikoen er en uadskillelig del af den økonomiske udnyttelse af denne tjenesteydelse.
- 67 Hvis den ordregivende myndighed fortsat bærer hele risikoen, og tjenesteyderen ikke udsættes for de risici, som findes på markedet, kræver tildelingen af udnyttelsen af tjenesteydelsen, at de formaliteter, som er fastsat i direktiv 2004/17 med henblik på beskyttelse af gennemsigtigheden og konkurrencen, anvendes.
- 68 Dersom den risiko, som er forbundet med leveringen af tjenesteydelsen, ikke fuldt ud overføres på tjenesteyderen, udgør transaktionen en tjenesteydelseskontrakt ... Som anført ... består vederlaget i sidstnævnte tilfælde ikke i retten til at udnytte denne ydelse.
- 69 De forelagte spørgsmål tager udgangspunkt i den forudsætning, at leveringen af den i hovedsagen omhandlede ydelse indebærer en meget begrænset økonomisk risiko selv i tilfælde, hvor den nævnte ydelse leveres af den ordregivende myndighed, og dette skyldes anvendelsen af de bestemmelser,

- 70 som finder anvendelse på den pågældende form for virksomhed.
- 71 Ifølge visse argumenter, som er blevet fremlagt for Domstolen til støtte for, at den omhandlede transaktion under sådanne omstændigheder udgør en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, er det imidlertid nødvendigt, at den risiko, som overføres fra koncessionsgiveren til koncessionshaveren, er en væsentlig risiko.
- 72 Sådanne argumenter kan på ingen måde lægges til grund.
- 73 Det forholder sig ofte således, at visse sektorer, herunder navnlig sektorer, som vedrører almennyttige aktiviteter såsom vandforsyning og bortledning af spildevand, er reguleret ved bestemmelser, som kan indebære en begrænsning af de økonomiske risici, som løbes.
- 74 For det første gør den offentligretlige udformning af den økonomiske og finansielle udnyttelse af tjenesteydelsen kontrollen med udnyttelsen af tjenesteydelsen lettere og reducerer de faktorer, som kan skade gennemsigtigheden og fordreje konkurrencen.
- 75 For det andet skal det fortsat være muligt for de ordregivende myndigheder, som handler i god tro, at sikre levering af tjenesteydelser ved hjælp af en koncession, hvis de vurderer, at dette er den bedste måde at sikre den pågældende offentlige tjenesteydelse på, og dette gælder, selv om driftsrisikoen er meget begrænset.
- 76 Det ville desuden heller ikke være rimeligt at stille krav om, at en koncessionsgivende offentlig myndighed skal skabe konkurrencevilkår og vilkår for den økonomiske risiko, som er højere end dem, som på grund af de bestemmelser, som finder anvendelse i den pågældende sektor, findes i sidstnævnte.
- 77 I sådanne situationer, hvor den ordregivende myndighed ikke har nogen indflydelse på tjenesteydelsens offentligretlige udformning, er det umuligt for sidstnævnte at indføre og dermed overføre risikofaktorer, som på grund af denne udformning er udelukket.
- 78 Selv om den risiko, som den ordregivende myndighed løber, er meget begrænset, er det under alle omstændigheder for at det kan konkluderes, at der foreligger en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, nødvendigt, at den ordregivende myndighed overfører hele eller i det mindste en væsentlig del af den driftsrisiko, som den løber, til koncessionshaveren.
- 79 Det tilkommer den nationale domstol at vurdere, om der er sket en overførsel af hele eller en væsentlig del af den risiko, som den ordregivende myndighed løber.

- 79 I denne forbindelse skal der ikke tages hensyn til generelle risici, som følger af lovgivningsændringer, som har fundet sted i løbet af kontraktens opfyldelse.
- 80 Det første og det andet spørgsmål skal derfor besvares med, at den omstændighed, at den ordregivende myndighed med hensyn til en kontrakt om tjenesteydelser ikke umiddelbart skal udbetale et vederlag til medkontrahenten, men hvor medkontrahenten har ret til at opkræve et vederlag fra en tredjepart, er tilstrækkelig til, at denne kontrakt skal anses for en ”koncessionskontrakt om tjenesteydelser” som omhandlet i artikel 1, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/17, forudsat at medkontrahenten påtager sig hele eller i det mindste en væsentlig del af den driftsrisiko, som den ordregivende myndighed løber, også selv om denne risiko fra begyndelsen er meget begrænset på grund af tjenesteydelsens offentligretlige udformning.”

I EU-domstolens dom af 10. marts 2011, sag C-274/09, Privater Rettungsdienst og Krankentransport Stadler, udtalte Domstolen blandt andet:

- ”37 Det bemærkes ..., at risikoen ved en økonomisk udnyttelse af tjenesteydelsen må forstås som risikoen for at blive udsat for de risici, der findes på markedet ... som kan bestå i risikoen for konkurrence fra andre erhvervsdrivende, risikoen for, at udbuddet af tjenesteydelserne ikke opfylder efterspørgslen, risikoen for, at debitorerne ikke vil være i stand til at betale for de præsterede ydelser, risikoen for, at alle udgifterne i forbindelse med driften af tjenesteydelsen ikke vil blive dækket ved indtægterne, eller risikoen for erstatningsansvar for en skade i forbindelse med en utilstrækkelig præstation af tjenesteydelsen ...
- 38 Derimod er risici forbundet med den erhvervsdrivendes dårlige forvaltning eller urigtige skøn ikke afgørende for kvalificeringen af en kontrakt som en offentlig tjenesteydelseskontrakt eller en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, idet sådanne risici er en uadskillelig del af enhver kontrakt, hvad enten der er tale om en offentlig tjenesteydelseskontrakt eller en koncessionskontrakt om tjenesteydelser.”

I Domstolens dom af 10. november 2011, sag C-348/10, Norma-A og Dekom, udtalte Domstolen blandt andet:

- ”39 Det bemærkes herved, at direktiv 2004/18 i artikel 1, stk. 2, litra a), og artikel 1, stk. 4, indeholder definitioner af en ”offentlig[...] kontrakt[...]” og en ”koncessionskontrakt om

tjenesteydelser”, som i det væsentlige svarer til de tilsvarende definitioner i artikel 1, stk. 2, litra a), og artikel 1, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/17. Denne lighed indebærer, at de samme betragtninger skal anvendes ved fortolkningen af begreberne tjenesteydelseskontrakt og koncessionskontrakt om tjenesteydelser hvad angår de respektive anvendelsesområder for de to ovennævnte direktiver ... Fortolkningen af artikel 1, stk. 2, litra a), og artikel 1, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/17 kan derfor direkte overføres på de tilsvarende bestemmelser i direktiv 2004/18, som den lettiske regering i øvrigt har anerkendt.

40 Spørgsmålet, om en transaktion anses for tjenesteydelseskoncession eller en offentlig tjenesteydelseskontrakt, skal udelukkende vurderes efter EU-retten ...

41 Det følger af begreberne offentlig tjenesteydelseskontrakt og koncessionskontrakt om tjenesteydelser, som er defineret henholdsvis i artikel 1, stk. 2, litra a) og d), og i artikel 1, stk. 3, i direktiv 2004/17, at forskellen mellem en tjenesteydelseskontrakt og en koncessionskontrakt om tjenesteydelser binder i vederlaget for de tjenesteydelser, der skal præsteres. Tjenesteydelseskontrakten omfatter et vederlag, som betales direkte af den ordregivende myndighed til tjenesteyderen, mens vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres ved en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris ...

42 Hvad angår en kontrakt om tjenesteydelser opfylder den omstændighed, at medkontrahenten ikke umiddelbart aflønnes af den ordregivende myndighed, men at han har ret til at opkræve et vederlag fra en tredjepart, kravet om vederlag fastsat i artikel 1, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/17 ...

43 Dette er tilfældet, når – som i hovedsagen – leverandøren af offentlige bustransportydelse tildes en ret til at udnytte ydelserne som vederlag, for hvilke han modtager betaling fra brugerne af nævnte ydelser efter en fast takst.

44 Hvis vederlagsformen således er et af de afgørende elementer for kvalificeringen af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, fremgår det desuden af retspraksis, at en koncessionskontrakt om tjenesteydelser indebærer, at tjenesteyderen påtager sig risikoen for driften af de pågældende tjenesteydelser. Dersom den risiko, som er forbundet med leveringen af tjenesteydelsen, ikke fuldt ud overføres på tjenesteyderen, udgør transaktionen en offentlig tjenesteydelseskontrakt og ikke en koncessionskontrakt om tjenesteydelser ...

45 Det skal derfor undersøges, om tjenesteyderen påtager sig risikoen for driften af den pågældende tjenesteydelse. Selv om denne risiko fra begyndelsen givetvis kan være meget begræn-

set, kræver kvalificeringen som koncessionskontrakt om tjenesteydelser imidlertid, at den ordregivende myndighed overfører hele eller i det mindste en væsentlig del af den risiko, som den løber, til koncessionshaveren ...

- 46 Det forholder sig ofte således, at visse sektorer, herunder navnlig sektorer, som vedrører almennyttige aktiviteter som den i hovedsagen omhandlede, er reguleret ved bestemmelser, som kan indebære en begrænsning af de økonomiske risici, som løbes. For det første gør den offentligretlige udformning af den økonomiske og finansielle udnyttelse af tjenesteydelsen kontrollen med udnyttelsen af tjenesteydelsen lettere og reducerer de faktorer, som kan skade gennemsigtigheden og fordreje konkurrencen. For det andet skal det fortsat være muligt for de ordregivende myndigheder, som handler i god tro, at sikre levering af tjenesteydelser ved hjælp af en koncession, hvis de vurderer, at dette er den bedste måde at sikre den pågældende offentlige tjenesteydelse på, og dette gælder, selv om driftsrisikoen er meget begrænset ...
- 47 I sådanne situationer, hvor den ordregivende myndighed ikke har nogen indflydelse på tjenesteydelsens offentligretlige udformning, er det umuligt for sidstnævnte at indføre og dermed overføre risikofaktorer, som på grund af denne udformning er udelukket. Det ville desuden heller ikke være rimeligt at stille krav om, at en koncessionsgivende offentlig myndighed skal skabe konkurrencevilkår og vilkår for den økonomiske risiko, som er højere end dem, som på grund af de bestemmelser, som finder anvendelse i den pågældende sektor, findes i sidstnævnte ...
- 48 Den risiko, der er forbundet med driften af tjenesteydelsen, må forstås som risikoen for at blive udsat for de risici, der findes på markedet ..., som bl.a. kan bestå i risikoen for konkurrence fra andre erhvervsdrivende, risikoen for, at udbuddet af tjenesteydelserne ikke opfylder efterspørgslen, risikoen for, at debitorerne ikke vil være i stand til at betale for de præsterede ydelser, risikoen for, at alle udgifterne i forbindelse med driften af tjenesteydelsen ikke vil blive dækket ved indtægterne, eller risikoen for erstatningsansvar for en skade i forbindelse med en utilstrækkelig præstation af tjenesteydelsen ...
- 49 Derimod er risici forbundet med den erhvervsdrivendes dårlige forvaltning eller urigtige skøn ikke afgørende for kvalificeringen af en kontrakt som en offentlig tjenesteydelseskontrakt eller en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, idet sådanne risici er en uadskillelig del af enhver kontrakt, hvad enten der er tale om en offentlig tjenesteydelseskontrakt eller en koncessionskontrakt om tjenesteydelser ...

- 50 Selv om den økonomiske risiko forbundet med driften af tjenesteydelsen, som anført i denne doms præmis 45, fra begyndelsen kan være meget begrænset på grund af den offentligretlige udformning af tjenesteydelsen, kræver kvalificeringen som koncessionskontrakt om tjenesteydelser imidlertid, at den ordregivende myndighed overfører hele eller i det mindste en væsentlig del af den risiko, som den løber, til koncessionshaveren.
- 51 Ifølge oplysningerne fra den forelæggende ret følger det af de bestemmelser, som finder anvendelse i hovedsagen, at ordregiveren kompenserer tjenesteyderen for driftstab, og desuden påtager tjenesteyderen sig på grund af de offentligretlige bestemmelser og kontraktbestemmelserne, som regulerer leveringen af disse ydelser, ikke en betydelig del af risikoen forbundet med driften af tjenesteydelsen.
- 52 Den forelæggende ret har herved bl.a. anført, at ordregiveren i medfør af kontraktbestemmelserne skal afsætte midler på statens budget til at kompensere for tab, der er forbundet med leveringen af transportydelserne, og tab, som er afledt af denne levering, samt de hertil knyttede udgifter med fradrag af de indtægter, som transportøren selv har opnået ved levering af de offentlige transportydelser.
- 53 Desuden kompenseres tjenesteyderen i medfør af artikel 2 og 3 i dekret 2009/1226 for tab, der er forbundet med opfyldelsen af kontrakten, hvad angår de uomgængelige udgifter, som er forbundet med opfyldelsen af kontrakten om levering af offentlige transportydelser, og som overstiger de opnåede indtægter, de udgifter, der opstår ved anvendelsen af de af ordregiveren fastsatte takster, de indtægtstab, som måtte opstå som følge af, at ordregiveren indfører en reduceret pris for transporten af visse grupper passagerer, og omkostninger, der er opstået i forbindelse med opfyldelsen af minimumskrav til kvaliteten, som er blevet pålagt, efter at levering af ydelserne er påbegyndt, såfremt udgiften i forbindelse med opfyldelsen heraf overstiger de udgifter, der var forbundet med tidligere fastsatte kvalitetskrav.
- 54 Hertil kommer, at artikel 40 i dekret 2009/1226 bestemmer, at den valgte tilbudsgiver skal betales et indtægtsbeløb, som findes ved at gange indtægterne med en procentvis avance, som beregnes ved at lægge 2,5% til den gennemsnitlige europæiske interbankrente (Euribor) over de 12 måneder af det pågældende år.
- 55 Henset til de nævnte bestemmelser og bestemmelserne i national ret kan det ikke konkluderes, at en væsentlig del af risikoen for at blive udsat for de risici, der findes på markedet, bæres af den valgte tilbudsgiver. En sådan transaktion skal

derfor kvalificeres som en ”tjenesteydelseskontrakt” som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra d), i direktiv 2004/17 og ikke som en ”koncessionskontrakt om tjenesteydelser” som omhandlet i dette direktivs artikel 1, stk. 3, litra b).

56

...

57

Det tilkommer ikke Domstolen at foretage en konkret bedømmelse af den transaktion, som er omtvistet i hovedsagen, idet en sådan bedømmelse henhører under den nationale retsinstans' enekompetence. Domstolens rolle begrænser sig til at forsyne den nationale retsinstans med en fortolkning af Unionsretten, der kan være den pågældende retsinstans til nytte i forbindelse med afgørelsen af den tvist, der er indbragt for den ...

58

Det er alene den nationale domstol, som kan fortolke bestemmelserne i national ret og bedømme den del af risikoen, som konkret påtages af den valgte tilbudsgiver ud fra denne nationale ret og de omhandlede kontraktbestemmelser. En undersøgelse af den omtvistede transaktion i lyset af lovbestemmelserne og kontraktbestemmelserne, som beskrevet i forelæggelsesafgørelsen, leder imidlertid i første omgang til den konklusion, at nævnte transaktion har de karakteristika, som kendetegner en tjenesteydelseskontrakt.

59

Henset til de foregående betragtninger skal det første spørgsmål besvares med, at direktiv 2004/17 skal fortolkes således, at en kontrakt, hvorved den valgte tilbudsgiver i medfør af de offentligretlige bestemmelser og kontraktbestemmelser, som regulerer leveringen af disse ydelser, ikke påtager sig en væsentlig del af den risiko, som den ordregivende myndighed løber, udgør en ”tjenesteydelseskontrakt” som omhandlet i dette direktivs artikel 1, stk. 2, litra d). Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om den i hovedsagen omhandlede transaktion skal kvalificeres som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser eller en offentlig tjenesteydelseskontrakt under hensyntagen til alle den nævnte transaktions karakteristika.”

I direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter fremgår af direktivets præambel:

”(18) Vanskeligheder ved fortolkningen af begrebet ”koncession” og ”offentlig kontrakt” har ført til vedvarende retlig usikkerhed blandt aktørerne og har givet anledning til talrige domme fra Den Europæiske Unions Domstol. Definitionen af begrebet ”koncession” bør derfor præciseres, især ved at henvise til begrebet driftsrisiko. Hovedkendetegnet ved en koncession, nemlig retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, indebærer altid at der overføres en

driftsrisiko af økonomisk karakter til koncessionshaver, hvilket indebærer en mulighed for, at denne ikke tjener sine investeringer og omkostninger til driften af det tildelte bygge- og anlægsarbejde eller de tildelte tjenesteydelser ind igen under normale driftsbetingelser, også selv om en del af risikoen bæres af den ordregivende myndighed eller ordregivende enhed. Anvendelsen af særlige regler for tildeling af koncessioner ville ikke være berettiget, hvis den ordregivende myndighed eller ordregivende enhed friholdt den økonomiske aktør for mulige tab ved at garantere en minimumsindtægt, der er lige så stor som eller større end den økonomiske aktørs investeringer og omkostninger i forbindelse med opfyldelsen af kontrakten. Samtidig bør det præciseres, at bestemte ordninger, som udelukkende betales af en ordregivende myndighed eller enhed, bør anses for at være koncessioner, når genindtjeningen af investeringer og omkostninger, som aktøren har afholdt ved udførelsen af bygge- eller anlægsarbejdet eller leveringen af tjenesteydelsen, afhænger af den konkrete efterspørgsel efter eller leveringen af tjenesteydelsen eller varen.

(19) Såfremt sektorspecifik regulering eliminerer risikoen ved at give koncessionshaver garanti for, at indtægter og udgifter fra investeringer og omkostninger, der er afholdt i forbindelse med udførelsen af kontrakten, udlignes, bør en sådan kontrakt ikke anses for en koncession i henhold til dette direktiv. Det faktum, at risikoen på forhånd er begrænset, bør ikke forhindre klassificeringen af en kontrakt som koncession. Det kan f.eks. være tilfældet i sektorer med regulerede tariffer, eller når driftsrisikoen er begrænset ved kontraktforhold, der yder delvis kompensation, herunder kompensation i tilfælde af tidligt ophør af koncessionen af årsager, der kan tilskrives den ordregivende myndighed eller ordregivende enhed eller force majeure.

(20) En driftsrisiko bør udspringe af faktorer, der ligger uden for parternes kontrol. En risiko af den slags, der er forbundet med dårlig forvaltning, den økonomiske aktørs misligholdelse af kontrakten eller tilfælde af force majeure, er ikke afgørende for klassificeringen som koncession, eftersom disse risici findes i enhver kontrakt, uanset om det drejer sig om en offentlig udbudscontrakt eller en koncession. Ved en driftsrisiko bør forstås risikoen for eksponering for markedets omskiftelighed, der kan bestå i enten en efterspørgsels- eller en udbudsrisiko eller i både en efterspørgsels- og en udbudsrisiko. Efterspørgselsrisiko skal forstås som risikoen på faktisk efterspørgsel efter de bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, som er kontraktens genstand. Udbudsrisiko skal forstås som risikoen ved leveringen af bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, der er genstand for kontrakten, navnlig risikoen for at leveringen af tjenesteydelserne ikke vil matche efterspørgslen. Med henblik på vurdering af driftsrisikoen bør der tages hensyn til nettonutidsværdien af alle koncessionshaverens investeringer, omkostninger og indtægter på en konsekvent og ensartet måde.”

Af direktivets artikel 5 om definitioner fremgår blandt andet:

”Artikel 5

Definitioner

I dette direktiv forstås ved:

1) ”koncessioner” ...

a) ”koncession på bygge- og anlægsarbejder”: en gensidigt bebyrdende kontrakt, der indgås skriftligt, hvorved en eller flere ordregivende myndigheder eller kontraherende enheder overdrager ansvaret for udførelse af bygge- og anlægsarbejder til en eller flere økonomiske aktører, hvor vederlaget for denne overdragelse enten udelukkende består i retten til at udnytte de bygge- og anlægsarbejder, der er omfattet af kontrakten, eller i denne ret sammen med betaling af en pris

b) ”koncession på tjenesteydelser”: en gensidigt bebyrdende kontrakt, der indgås skriftligt, hvorved en eller flere ordregivende myndigheder eller kontraherende enheder overdrager ansvaret for levering og forvaltning af tjenesteydelser, som ikke omfatter de i litra a) omhandlede bygge- og anlægsarbejder, til en eller flere økonomiske aktører, hvor vederlaget for denne overdragelse enten udelukkende består i retten til at udnytte de tjenesteydelser, der er omfattet af kontrakten, eller i denne ret sammen med betaling af en pris.

Tildeling af en koncession på bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser indebærer, at der overføres en driftsrisiko til koncessionshaver ved udnyttelsen af disse bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, som omfatter en efterspørgsels- eller en udbudsrisiko eller begge dele. Koncessionshaveren anses for at påtage sig driftsrisikoen, hvis han under normale driftsbetingelser ikke er garanteret at tjene de foretagne investeringer og de afholdte omkostninger i forbindelse med driften af de bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, der er genstand for koncessionen, ind igen. Den del af risikoen, der overføres til koncessionshaveren, indebærer en reel eksponering for markedets omskiftelighed således, at ethvert potentielt anslået tab, som koncessionshaveren måtte lide, ikke blot er rent nominelt eller ubetydeligt”

Klagenævnets begrundelse og resultat:

Ad påstand 1 og 2

Sagen angår i første række, om Energistyrelsen med rette har anvendt de procedureregler, der gælder for koncessionskontrakter.

Energistyrelsen har i udbudsbekendtgørelsen oplyst, at den ønsker at indgå en koncessionsaftale vedrørende offentlige bygge- og anlægsarbejder efter udbudsdirektivet, og styrelsen har på den baggrund gjort gældende, at aftalen er omfattet af udbudsdirektivets afsnit III. Wind People har heroverfor gjort gældende, at der ikke er tale om en koncessionsaftale, og at det derfor er de almindelige regler i udbudsdirektivets afsnit II, der finder anvendelse. Parterne er således som udgangspunkt enige om, at udbudsdirektivet finder anvendelse, hvilket herefter lægges til grund.

Efter udbudsdirektivets artikel 1, stk. 3, er en ”koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder” defineret som ”en kontrakt med samme karakteristika som offentlige bygge- og anlægskontrakter bortset fra, at vederlaget for det arbejde, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet eller i denne ret sammen med betaling af en pris”.

Af EU-domstolens faste praksis fremgår det imidlertid desuden, at det er en forudsætning for, at der foreligger en koncessionskontrakt, at koncessionshaveren påtager sig ordregiverens risiko for driften af det eller de anlæg, som den pågældende får ret til at udnytte, eller i det mindste en væsentlig del af denne risiko.

Om karakteren af den relevante risiko er det i overensstemmelse hermed i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter, artikel 5, stk. 1, blandt andet fastsat, at tildeling af en koncession på bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser ”indebærer, at der overføres en driftsrisiko til koncessionshaver ved udnyttelsen af disse bygge- og anlægsarbejder”, og at koncessionshaveren anses for at påtage sig driftsrisikoen, ”hvis han under normale driftsbetingelser ikke er garanteret at tjene de foretagne investeringer og de afholdte omkostninger i forbindelse med driften af de bygge- og anlægsarbejder ..., der er genstand for koncessionen, ind igen. Den del af risikoen, der overføres til koncessionshaveren, indebærer en reel eksponering for markedets omskiftelighed således, at ethvert potentielt anslået tab, som koncessionshaveren måtte lide, ikke blot er rent nominelt eller ubetydeligt”.

Når den producerede elektricitet afsættes på markedet, bærer koncessionshaveren som udgangspunkt risikoen for markedets omskiftelighed. Denne risiko begrænses imidlertid som følge af den aftalte "settlement price", som fastsættes som led i udbuddet. Den fastsatte støtteordning indebærer ganske vist ikke en direkte garanti for, at den vindende tilbudsgiver kan få dækket sine anlægsudgifter i løbet af støtteperioden, men den indebærer, at Energistyrelsen garanterer koncessionshaveren en mindstepris pr. kWh for de første 50.000 fuldlasttimer, hvis markedsprisen på el måtte blive lavere end "settlement price" (så længe markedsprisen dog er højere end 0). I så fald betaler styrelsen koncessionshaveren differencen op til den aftalte "settlement price". Selvom støtten statsstøtteretligt er baseret på Kommissionens meddelelse om retningslinjer for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi, er der tale om en risikobegrænsning, der skabes konkret til de udbudte havvindmølleparker, og som altså ikke ifølge den generelle offentligtretlige lovgivning også uden videre ville være gældende for Energistyrelsen, såfremt denne selv skulle forestå energiproduktionen fra vindmølleparkerne.

Der er ikke i udbudsdirektivet fastsat regler, der direkte foreskriver, at den ordregivende myndighed, der ønsker at indgå en koncessionsaftale, inden offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen skal have foretaget bestemte beregninger vedrørende en kommende koncessionshavers risiko ved indgåelse af kontrakten. Der er heller ikke i øvrigt grundlag for at fastslå, at Energistyrelsen skulle have været forpligtet hertil i forbindelse med udbuddet. Det gælder også i et tilfælde som det foreliggende, hvor Energistyrelsen som ordregiver i et vist omfang ønsker at tilsikre koncessionshaveren en vis mindstepris. Ligesom tilfældet er, når en ordregiver ved valget af udbudsprocedure skal vurdere, om en tærskelværdi er overskredet, skal en ordregiver imidlertid ved vurderingen af, om der er tale om koncession, foretage et sagligt skøn og i forbindelse hermed foretage de undersøgelser, der er nødvendige og tilstrækkelige for udøvelsen af dette skøn, jf. herved klagenævnets kendelse af 27. juli 2009, Alfa Laval Nordic A/S mod Odense Vandselskab. Det følger af karakteren af det skøn, ordregiveren skal foretage, og af hensynet til EU-udbudsdirektivernes effektivitet, at en ordregiver ved skønnet skal foretage en forsigtig vurdering. Såfremt denne på et senere tidspunkt viser sig at være baseret på en grundlæggende forkert præmis, vil dette efter omstændighederne kunne føre til, at ordregiveren ikke vil være berettiget til at indgå kontrakten på grundlag af det gennemførte udbud. Det vil i den forbindelse kunne tillægges betydning, hvor solidt et grundlag ordregiveren har haft for sit oprindelige skøn.

Energistyrelsen har under klagesagen gjort gældende, at styrelsen forventer, at en konkurrenceudsættelse vil medføre, at tilbudsgiverne ikke byder ind med priser, der garanterer dem, at vindmølleparkerne er tilbagebetalt inden udløbet af den periode, hvori der betales støtte.

Omvendt har Wind People gjort gældende, at det må forventes, at en tilbudsgiver indretter sit tilbud således, at dette bliver tilfældet. Dette synspunkt synes at svare til den fremgangsmåde, som Deloitte anvendte i den ”business case assessment”-rapport, som revisionselskabet udarbejdede for Energistyrelsen, inden udbudsbekendtgørelsen blev afsendt. Det fremgår nemlig heraf, at Deloitte ved sit estimat af ”the expected settlement price of the generic wind farm” blandt andet forudsatte, at de første 50.000 fuldlasttimer, som støtten angår, ”will earn the investors a rate of return equal the return required for investing (exactly compensating the investor for the risk accepted when investing)”.

På den baggrund og efter den fremlagte udtalelse fra professor Frede Hvelp-lund kan det ikke efter det, der er forelagt for klagenævnet, udelukkes, at støtten vil kunne få et sådant omfang, at den risiko, som vindende tilbudsgiver påtager sig, reelt bliver så begrænset, at den udbudte kontrakt ikke vil opfylde betingelserne for at være en koncessionsaftale.

Klagenævnet bemærker imidlertid, at der er tale om et meget stort og kompliceret igangværende udbud, hvor der endnu ikke er afgivet tilbud og foretaget evaluering heraf. Tilbuddenes indhold og størrelsen af ”settlement price” kendes af denne grund ikke, og det kan ikke på nuværende tidspunkt afgøres, om Energistyrelsens eller Deloitte/Wind Peoples forudsætning med hensyn til tilbudsgivernes forventede adfærd er rigtig. Det kan derfor heller ikke med fornøden sikkerhed vurderes, i hvilket omfang den tilbudsgiver, der tildeles kontrakten, vil komme til at overtage risici fra ordregiveren i forbindelse med indgåelsen af kontrakten.

Klagenævnet finder herefter og efter en samlet vurdering af de oplysninger, der foreligger, ikke på nuværende tidspunkt grundlag for at tilsidesætte Energistyrelsens skøn, hvorefter der var grundlag for at tilrettelægge proceduren som et koncessionsudbud. Klagenævnet har således ikke på nuværende tidspunkt, hvor udbuddet stadig er igangværende, fundet grundlag for at tilsidesætte skønnet med den begrundelse, at det ligger uden for de græn-

ser, der gælder for et sådant skøn. Der er ikke herved taget stilling til, om de risici, som Energistyrelsen under klagesagen har peget på, at den vindende tilbudsgiver overtager, har en sådan karakter, at de indebærer, at tilbudsgiveren udsættes for ”markedets omskiftelighed”, jf. ovenfor.

Der er således efter det foreliggende ikke grundlag for at give Wind People medhold i, at Energistyrelsen ikke kunne udbyde kontrakten som et koncessionsudbud.

I anden række er spørgsmålet for klagenævnet, om Energistyrelsen tilstrækkeligt klart har oplyst i udbudsbekendtgørelsen, at det var et koncessionsudbud, der blev iværksat.

I udbudsdirektivets artikel 58, stk. 1, er fastsat, at ordregivende myndigheder, der ønsker at indgå en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder, skal tilkendegive deres hensigt herom ved en bekendtgørelse. Energistyrelsen har som anført til hensigt at indgå en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder, og Energistyrelsen har derfor ikke overtrådt bestemmelserne i udbudsdirektivet ved at indrykke annoncen som sket ud fra den forudsætning, at der er tale om en koncessionsaftale. Spørgsmålet om, hvorvidt styrelsen ved sin udformning af udbudsbekendtgørelsen har overtrådt reglerne i udbudsdirektivet, må herefter afgøres på grundlag af reglerne i direktivets afsnit III sammenholdt med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i direktivets artikel 2.

Det er ubestridt, at overskriften på udbudsbekendtgørelsen (”Member states - Works - Public works concession - Not applicable”) er en del af den bekendtgørelsesskabelon, der skal anvendes ved udbud af koncessionsaftaler vedrørende offentlige bygge- og anlægsarbejder. Denne overskrift var derfor – uanset om den konkret måtte have givet anledning til forvirring hos Wind People – ikke generelt egnet til at skabe forvirring mht. udbuddets karakter eller den anvendte procedure.

Det fremgik af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.3, at der inden en angiven frist skulle indgives ansøgning om prækvalifikation, af pkt. III.1.2 fremgik blandt andet de økonomiske og finansielle mindstekrav til ansøgere, af pkt. VI.2, nr. 1, fremgik, at højst 10 ansøgere ville blive inviteret, og af samme punkts nr. 8 fremgik, efter hvilke kriterier reduktion af antallet af ansøgere ville ske, hvis der var flere end 10, der opfyldte mindstekravene.

Endvidere fremgik det af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.3, at der var tale om en koncessionsaftale, og at der ville blive gennemført en forhandlingsrunde.

Det var på den baggrund tilstrækkeligt klart fastsat, at interesserede virksomheder kunne søge om prækvalifikation, og at kun prækvalificerede ville kunne afgive tilbud som led i en forhandlingsrunde.

Det er klagenævnets vurdering, at formuleringen af tildelingskriteriet, jf. udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.1 "Award criteria", ikke er uklar i strid med kravet i udbudsdirektivets artikel 58, stk. 2, jf. bilag VII C, pkt. 7, hvorefter ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen skal angive de "[k]riterier, der vil blive lagt til grund for tildeling af kontrakten". Energistyrelsen var endvidere ikke i medfør af artikel 58, stk. 2, forpligtet til at offentliggøre sin konkrete evalueringsmodel. Det forhold, at styrelsen i udbudsbekendtgørelsen anførte, at "the exact model for award of the concession(s) will be set out in the tender conditions", var derfor ikke i strid med udbudsdirektivets artikel 58 eller reglerne i direktivets afsnit III i øvrigt.

Påstandene tages ikke til følge.

Ad påstand 3 og 4

Af de grunde, som Energistyrelsen har anført, tiltrædes det, at mindstekravet om en minimumsomsætning på 4 mia. kr. var sagligt og proportionalt.

Påstandene tages ikke til følge.

Ad påstand 4 a

Kommissionens meddelelse om "Retningslinjer for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi 2014-2020", som Wind People har henvist til til støtte for, at det skulle være ulovligt at gennemføre udbuddet som et forhandlingsudbud, fastsætter ikke udbudsretlige regler, og der er derfor ikke tale om regler, som klagenævnet kan påse overholdelsen af, jf. håndhævelseslovens § 10, stk. 1, jf. § 1. Det, Wind People i øvrigt har anført, kan ikke føre til et andet resultat.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 5 og 6

Da klagenævnet ikke har taget påstandene 1 - 4 a til følge, er der heller ikke grundlag for at tage Wind Peoples lovliggørelses- og annullationspåstande til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Wind People på vegne af Vind & Velfærd K/S samt Fonden Ærøs Vedvarende Energipulje betaler inden 14 dage 40.000 kr. i sagsomkostninger til Energistyrelsen.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Nikolaj Aarø-Hansen

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig