

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Damgaard Rådgivende Ingeniører ApS
(advokat Peter Lund Meyer, København)

mod

Sønderborg Varme A/S
(advokat Tina Braad, Århus)

Klagenævnet har den 22. maj 2023 modtaget en klage fra Damgaard Rådgivende Ingeniører ApS (herefter ”Damgaard”).

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

Sønderborg Varme A/S har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 22, svarskrift med bilag A, replik og duplik med bilag B.

Klagens indhold

Damgaard har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 36, stk. 1, 1. punkt, ved at afvise klagers tilbud som unormalt lavt i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 84, stk. 3, uagtet at klagers tilbud ikke var unormalt lavt i forhold til den udbudte totalrådgivningsaftale.

Påstand 2 (Subsidiær til Påstand 1)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 36, stk. 1, 1. punkt, ved at afvise klagers tilbud som unormalt lavt i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 84, stk. 3, uagtet at klagers begrundelse for de afgivne timepriser for medarbejderkategorierne ”Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring” og ”CAD/BIM-operatør/Teknisk designer” på tilfredsstillende vis redegjorde for det lave prisniveau under hensyntagen [til] klagers strategiske prissætning samt klagers økonomiske og finansielle formåen.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal i henhold til Klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 2, annullere indklagedes beslutning af 11. maj 2023 om afvisning af klagers tilbud som unormalt lavt.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal i henhold til Klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 2, annullere indklagedes beslutning af 11. maj 2023 om tildeling af den udbudte totalrådgivningsaftale til COWI A/S.”

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

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse 2023/S 043-125879, offentliggjort i EU-Tidende den 1. marts 2023, udbød Sønderborg Varme som begrænset udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en 4-årig kontrakt vedrørende totalrådgivning i form af projektering og entreprenørudbud i forbindelse med udrulning af fjernvarme omkring Nybøl og Vester Sottrup. Kontrakten har en samlet værdi på 10 mio. kroner. Tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelag-

tige tilbud identificeret som bedste forhold mellem pris og kvalitet med underkriterierne Pris (40 %), Organisation og bemanding (35 %) og proces (25 %).

Af udbudsbetingelsernes pkt. 6.1 fremgår, at tilbudsgiverne skulle udfylde en tilbudsliste. Derudover fremgår:

”Tilbudslisten skal udfyldes i sin helhed. Tilbudslisteposter, der ikke udfyldes, anses som tilbudt udført til kr. 0,00, og tilbudsgiver er bundet af dette ved arbejdets udførelse.

I tilbudslisten angives budgetpriser baseret på ydelserne og enhedspriser. Det er den samlede pris for timesatserne som indregnes i bedømmelsen.”

Om de tilbudte timepriser fremgår det nærmere af tilbudslisten:

”Timepriser

Totalrådgiveren tilbyder rådgivning afregnet efter medgået tid efter følgende medarbejderkategorier og timesatser.

Timepriser udgør bygherres forventede timeantal forbundet med opgavens udførelse, så et beløb kan sammenlægges og udgøre grundlaget for bedømmelsen af underkriteriet ”Pris”.

Timepriser: Transmissionsledninger Dybbøl til Adsbøl og Nybøl - Vester Sottrup og Distributionsnet Nybøl og Vester Sottrup			
Timepriser pr. medarbejderkategori	Kr. pr. time ekskl. moms	Estimeret timeantal	I alt kr. ekskl. moms (timepris x timeantal)
1.1	Projektleder og projekteringsleder	1000	
1.2	Senioringeniør/-arkitekt/landskabsarkitekt: > 10 års erfaring	500	
1.3	Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring	1000	
1.4	Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 0-3 års erfaring	850	
1.5	CAD/BIM-operatør/Teknisk designer	1000	
1.	I alt Timepriser (Hovedpost 1.)		

”

Den evalueringstekniske pris blev på baggrund af de tilbudte timepriser beregnet som summen af timepris x timeantal for alle medarbejderkategorierne.

I kontraktudkastet står der bl.a.:

”2. Opgaven

2.1

Kontrakten omfatter Totalrådgivning i forbindelse Ledning Vest.

Rådgivningen omfatter alle nødvendige rådgivningsydelser til brug for gennemførelse af projektet, og der henvises til Projekt- og ydelsesbeskrivelsen inkl. bilag.

Det er formålet med aftalen at sikre, at udrulningen af fjernvarme vest for Sønderborg gennemføres til den aftalte tid med den aftalte kvalitet og totaløkonomi.

2.2

Rådgiveren er forpligtet til undervejs i projektet til stadighed at sikre den nødvendige og tilstrækkelige projektorganisation som tilbudt under løsningen af opgaven.

...

4. Rådgiverens ydelser

4.1

Rådgiveren skal levere de ydelser, der fremgår af nærværende kontrakt, herunder de ydelser der fremgår af det komplette udbudsmateriale, herunder Projekt- og ydelsesbeskrivelsen med bilag.

...

8. Honorar

8.1

Følgende honorarformer er aftalt:

 X Medgået tid

8.2

Timesatser aftalt til følgende:

Projektleder/Projekteringsleder	x kr./time
Projekterende arkitekt, ingeniør, landskabsarkitekt > 10 års erfaring	x kr./time
Projekterende arkitekt, ingeniør, landskabsarkitekt 4-9 års erfaring	x kr./time

Projekterende arkitekt, ingeniør, landskabsarkitekt 0-3 års erfaring	x kr./time
BIM/CAD operatør/teknisk designer	x kr./time
	...”

Om vurderingen af de kvalitative tildelingskriterier fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 7.2.1:

”7.2.1 Bedømmelse af organisation og bemanning

Ved vurderingen af dette underkriterium lægges der overordnet vægt på, at den tilbudte organisation er sammensat med en faglig bredde, så de arbejdsopgaver, der jf. beskrivelsen i udbudsmaterialet forventes at komme, kan løses på en optimal og robust vis.

Der vil blive lagt vægt på, at tilbudsgiver har en effektiv og robuste organisation, som indeholder klare kompetence- og ansvarsforhold i både projekterings- og udbudsfasen samt ved udførelse og aflevering.

Der lægges endvidere vægt på, at de tilbudte nøglemedarbejdere har faglige kompetencer og erfaring på et højt niveau fra sammenlignelige opgaver, ligesom der lægges vægt på at det sandsynliggøres at de tilbudte nøglemedarbejderen reelt har allokeret arbejdstid på opgaven.”

Ved udløbet af fristen for ansøgning om prækvalifikation den 29. marts 2023 havde Sønderborg Varme modtaget ansøgninger fra Damgaard, Cowi A/S, Niras A/S og Rambøll Danmark A/S.

Ved tilbudsfristens udløb den 28. april 2023 kl. 12.00 havde samtlige fire prækvalificerede tilbudsgivere afgivet tilbud.

Damgaard afgav tilbud den 27. april 2023. Ifølge tilbuddet tilbød Damgaard en pris for medarbejderkategorierne ”Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring” og ”CAD/BIM-operatør/Teknisk designer” på 1 kr. Den samlede evalueringstekniske pris blev i tilbudslisten beregnet til 5.635.700 kr. De øvrige tre tilbudsgiveres samlede priser varierede fra 7.782.500 kr. til 8.260.500 kr.

Sønderborg Varme anmodede ved e-mail af 1. maj 2023 Damgaard om en redegørelse for de afgivne priser i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84, stk. 1. Baggrunden for anmodningen var, at priserne i Damgaards tilbud på medarbejderkategorierne ”Ingeniør/arkitekt/landskabsarki-

tekt: 4-9 års erfaring” og ”CAD/BIM-operatør/Teknisk designer” ifølge Sønderborg Varme fremstod unormalt lave. Sønderborg Varme uddybede anmodningen således:

”I forbindelse med screeningen af tilbud forud for evalueringen bemærker vi at jeres tilbud på timesatser på Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring og CAD/BIM-operatør/Teknisk designer er på 1 kr./timen, hvilket vi betragter som et unormalt lavt tilbud.

I bedes derfor udarbejde en redegørelse for priserne, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84, stk. 3.

Sønderborg Varme har pligt til at afvise tilbud, hvor tilbudsgiveren ikke opfylder gældende forpligtigelser inden for f.eks. miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivningen, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84, stk. 3...”

Ved e-mail af 2. maj 2023 redegjorde Damgaard for de afgivne priser. Af redegørelsen fremgår bl.a.:

”Hermed redegøres der for vores prissætning for medarbejderkategorierne, som ønsket i mailen dateret den 1. maj 2023 fra Dem, i forbindelse med vores tilbud på totalrådgivning for projektet Ledning Vest:

1. Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt med 4-9 års erfaring
2. CAD/BIM-operatør/teknisk designer

Vores pris er lav i dette tilbud af flere årsager:

- For det første har vi samlet et hold af eksperter, som er i stand til at løse opgaven hurtigt, effektivt og på et højt kvalitetsniveau.
- Vi agter ikke at bruge ressourcer på de to ovennævnte medarbejderkategorier, da vi ikke har nogen ansatte i disse kategorier i Damgaard. F.eks. tegner vores unge ingeniører samtidig med, at de projekterer.
- Den lange erfaring, vi har med gaskonvertering og fjernvarmeledninger i jord, har også hjulpet os med at udvikle værktøjer, som kan hjælpe med at løse vores opgaver hurtigt, sikkert og effektivt. F.eks. har vi værktøjer til automatisk dannelse af tilbudsliste ud fra tegningsmaterialet. Denne opgave er normalt meget tidskrævende. Dimensionering af rør foregår også automatisk ud fra tegningsmaterialet m.m.
- Vi ønsker ikke at tilsidesætte vores miljø-, social- eller arbejdsretlige forpligtigelser.
- Bygherre har i Udbudsbetingelserne, afsnit 6.1, ad A) Tilbudsliste, angivet, at hvis tilbudslisten ikke er udfyldt, vil den udfyldes med

en pris på 0. kr. Vi anser dermed vores timerate i de nævnte kategorier for højere end hvad bygherre selv ville gøre hvis vi ikke havde udfyldt dem.

- Priserne er også fastsat af markedsstrategiske årsager. Vi ønsker at bane os vej ind på rådgivermarkedet i Jylland og Fyn, være konkurrencedygtige og sikre, at vi tilbyder vores kunder de bedste priser, samtidig med at vi kan fortsætte med at tilbyde den høje kvalitet, som vores kunder forventer af os. Derfor er vi også parate til at udføre arbejde til de tilbudte timepriser i de to kategorier, hvis vi fremadrettet ansætter en person i en af de pågældende kategorier, som kunne få en rolle i projektet. Dette vil selvfølgelig være med et økonomisk tab til følge vurderet specifikt ift. den pågældende ydelse, som vi dog vurderer opvejes af den markedsstrategiske værdi, vi ser i kontrakten.

Med baggrund i ovenstående kan vi således forsikre, at de pågældende enhedspriser hverken vil føre til, at arbejdet udføres til dårlig kvalitet eller under dårlige arbejdsforhold. Vi håber hermed at have redegjort tilstrækkeligt for baggrunden for prissætningen af vores tilbud, som efter vores vurdering lever op til de udbudsvilkår der er givet, og ser frem til at modtage evalueringen af tilbuddene.”

Den 11. maj 2023 meddelte Sønderborg Varme, at Damgaards tilbud var blevet afvist som unormalt lavt i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84, stk. 3. Af meddelelsen fremgår bl.a.:

”Ordregiver må med beklagelse meddele, at Damgaard ikke er blevet tildelt kontrakten.

Damgaards tilbud er blevet afvist, som unormalt lavt, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 84, stk. 3, idet Damgaard, ikke på tilfredsstillende vis har redegjort for det lave prisniveau mht. medarbejderkategorierne *Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring* og *CAD/BIM-operator/Teknisk designer*, der begge er fastsat til 1 kr.

Timepriserne er væsentlig lavere end kostprisen. Det må derfor antages, at Damgaard kommer til at lide et ikke ubetydeligt tab, såfremt Ordregiver vælger at anvende ressourcer inden for disse medarbejderkategorier, hvilket klart er forventningen, jf. de estimerede timeantal i tilbudslisten. Derudover er der tvivl om, hvorvidt Damgaard med denne prissætning er i stand til at opfylde kontrakten i tilfredsstillende kvalitet og i rette tid.”

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

Damgaard har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Sønderborg Varme har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-4, gjort gældende, at Damgaards påstande er grundløse, og at betingelsen om fumus boni juris derfor ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Damgaard gjort gældende, at Sønderborg Varme ikke var berettiget til at afvise Damgaards tilbud som unormalt lavt i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84, stk. 3, fordi Damgaard udtrykkeligt og udførligt i sin redegørelse af 2. maj 2023 havde redegjort for sine lave priser, og i den forbindelse havde oplyst, at Damgaards priser var fastsat af markedsstrategiske årsager, og at Damgaard var indstillet på og i stand til at tåle økonomiske tab som følge af prissætningen.

Damgaard var fuldt ud berettiget til at prissætte sine ydelser strategisk og i den henseende krydssubsidiere sine detailpriser indbyrdes. Damgaard ville også have været berettiget til at afgive et samlet set tabsgivende tilbud. Damgaard er med en nettoomsætning på godt 40 mio. kroner og en egenkapital på 4,85 mio. kr. i 2022 fuldt ud i stand til at absorbere alle eventuelle tab på den udbudte totalrådgivningsaftale, såfremt denne blev tildelt Damgaard. Sønderborg Varme har ikke godtgjort, at Damgaard som følge af den strategiske prissætning ikke ville kunne opfylde kontrakten ”i tilfredsstillende kvalitet og i rette tid” som anført i Sønderborg Varmes begrundelse for at afvise tilbuddet.

Sønderborg Varme accepterede udtrykkeligt 0-priser, idet det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 6.1, at manglende udfyldelse af tilbudslisten ville medføre, at de omhandlede timepriser skulle fastsættes til 0 kroner med bindende virkning for tilbudsgiver.

Damgaard var fuldt ud i stand til at udføre samtlige dele af den udbudte totalrådgivningsopgave ved anvendelse af medarbejderkategorierne ”Projektleder og projekteringsleder”, ”Senioringeniør/-arkitekt/landskabsarkitekt: > 10 års erfaring” og ”Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 0-3 års erfaring”. Medarbejderkategorierne ”Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring” og ”CAD/BIM-operatør/Teknisk designer” kan ikke betragtes som nøglemedarbejdere.

Damgaards tilbud var ikke unormalt lavt ”i forhold til bygge- og anlægsarbejdet, varerne eller tjenesteydelserne”, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84, stk. 1. Damgaards strategisk lave timepriser på medarbejderkategorierne ”Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring” og ”CAD/BIM-operatør/Teknisk designer” havde ikke noget reelt forhold til Damgaards faktiske vederlag under den udbudte totalrådgivningsaftale. Damgaards opgjorte ”samlede pris” i tilbudslisten havde alene betydning for Sønderborg Varmes evaluering i henhold til underkriteriet Pris. Sønderborg Varmes estimerede timeantal ud for anførte medarbejderkategorier i tilbudslisten havde hverken betydning for (i) Damgaards nærmere organisering af den udbudte totalrådgivningsopgave, (ii) antallet af timer, som Damgaard kunne anvende til udførelse af totalrådgivningsaftalens opgaver, eller (iii) den indbyrdes fordeling af Damgaards anvendelse af prissatte medarbejderkategorier i tilbudslisten.

Sønderborg Varmes timeestimer på de anførte medarbejderkategorier var ikke bindende for Damgaard i forhold til udførelsen af den udbudte totalrådgivningsopgave, idet Damgaard alene var underlagt en ydelsespligt, der fuldt ud kunne opfyldes med anvendelsen af de alternative medarbejderkategorier. Damgaards undladte anvendelse af medarbejderkategorierne ”Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring” og ”CAD/BIM-operatør/Teknisk designer” havde ikke nogen indvirkning på Damgaards opfyldelse af kontraktens forudsætninger, da kontrakten netop ikke foreskrev anvendelse af bestemte medarbejderkategorier. Der var ikke noget behov for kategorien ”Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring”, idet alle relevante opgaver enten ville blive udført af en medarbejder med mere end 10 års erfaring eller af en yngre medarbejder med 0-3 års erfaring.

Sønderborg Varme kunne ikke pålægge Damgaard at anvende bestemte medarbejderkategorier, idet Damgaard suverænt kunne beslutte, hvilke medarbejderkategorier der skulle anvendes til udførelse af den aftalte totalrådgivningsopgave. Der var således hverken i Sønderborg Varmes projekt- og ydelsesbeskrivelse med bilag eller i det fastsatte aftalegrundlag – ABR18 – eller Sønderborg Varmes fravigelser hertil fastsat nogen bestemmelser om 1) rådgivers nærmere organisering af den udbudte totalrådgivningsopgave, 2) antallet af timer, som kunne anvendes af rådgiver til udførelse af totalrådgivningsaftalens opgaver, eller 3) den indbyrdes fordeling af rådgiverens anvendelse af prissatte medarbejderkategorier i tilbudslisten.

Damgaard var berettiget til at prissætte sine tilbudte medarbejderkategorier frit inden for udbudsgrundlagets rammer. Det ville savne mening og strategisk formål, såfremt Damgaard skulle have prissat medarbejderkategorierne ”Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring” og ”CAD/BIM-operatør/Teknisk designer” med timepriserne for de alternative medarbejderkategorier, som Damgaard påtænkte at anvende, idet disse jo allerede var prissat af Damgaard i tilbudslisten. Sønderborg Varme må som ordregiver bære risikoen for udbudsgrundlaget og dermed også risikoen for tilbudsgivernes tilbudsoptimering og strategiske prissætning som konsekvens af Sønderborg Varmes formulering af konkurrence- og aftalegrundlaget.

Den konkrete sag adskiller sig fra Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. maj 2020, Gottlieb Paludan Architects A/S mod Aarhus Vand A/S, derved, at Damgaards undladte anvendelse af medarbejderkategorierne ”Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring” og ”CAD/BIM-operatør/Teknisk designer” ikke havde nogen betydning for Damgaards udførelse af den omhandlede totalrådgivningsopgave, og fordi de omhandlede medarbejderkategorier ikke omfattede nøglemedarbejdere.

Særligt vedrørende påstand 1 har Sønderborg Varme gjort gældende, at en timepris på 1 kr./time for tekniske rådgivere er meget langt fra markedsniveauet og dermed unormalt lavt. Det samlede tilbud fra Damgaard, som er mere end 2 mio. kroner eller knap 40 % billigere end det næstbilligste tilbud, hvor de øvrige tre tilbud er på samme niveau, og hvor det laveste tilbud er baseret på unormalt lave timepriser, er unormalt lavt.

En ordregiver har efter fast praksis fra såvel EU-Domstolen som Klagenævnet for Udbud et meget vidt skøn i forhold til vurderingen af, om et tilbud er at betragte som unormalt lavt. Tilsvarende fremgår af forarbejderne til udbudslovens § 169, der hviler på samme principper som forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84. Der foreligger ikke oplysninger, som kan danne grundlag for en tilsidesættelse af Sønderborg Varmes skønsmæssige vurdering af, at Damgaards tilbud og de tilbudte timepriser er unormalt lave. Det følger desuden af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84, at ordregiver altid er berettiget til at afvise et unormalt lavt tilbud, såfremt tilbuddet er tabsgivende for tilbudsgiveren. Damgaard har anerkendt, at det afgivne tilbud er tabsgivende.

Sønderborg Varme bestrider ikke, at en tilbudsgiver kan foretage en strategisk prissætning fx med det formål at komme ind på et nyt marked og/eller opnå en god reference. Denne adgang til at foretage strategisk prissætning afskærer imidlertid ikke Sønderborg Varme fra at anvende reglerne om usædvanligt lave bud. Med retten til at foretage strategisk prissætning følger således en risiko for at få afvist tilbuddet som usædvanligt lavt.

Der er i øvrigt forskel på at foretage en strategisk prissætning af en kontrakt og at spekulere i den konkrete prissætning under et udbud på de øvrige tilbudsgiveres og ordregivers bekostning. Tilbudsspekulation er kendetegnet ved, at tilbudsgiver søger at ”flytte ydelser rundt” i tilbudslisten for at lade eget tilbud fremstå billigere, uden at denne besparelse reelt realiseres. Damgaards prissætning af den udbudte kontrakt er udtryk for en sådan tilbudsspekulation.

Ud af det estimerede timeantal på 4.350 timer for hovedydelsen tilbød Damgaard timepriser på 1 kr. for 2.000 af disse timer. Næsten halvdelen (45,98 %) af det forventede timeantal, der samlet var estimeret til en værdi på 10 mio. kr., prissatte Damgaard dermed til 2.000 kr. ekskl. moms.

Isoleret set rejser en tilbudt timepris på 1 kr. dels en berettiget tvivl hos Sønderborg Varme om, hvorvidt Damgaard vil være i stand til at løse den udbudte opgave i en tilfredsstillende kvalitet, dels en berettiget tvivl om en sådan løsning vil ske til den ”økonomisk mest fordelagtige pris” med de rette ressourcer.

Når det skal vurderes, om Damgaards tilbud fremstår unormalt lavt, skal den samlede tilbudssum vurderes i forhold til den ydelse, der er udbudt. Konkret vil det sige, at den samlede tilbudssum skal holdes op imod det antal timer, der skal forbruges til løsning af opgaven. Den samlede rådgivningsydelse er estimeret til at omfattet 9.750 timer. Sammenholdes dette med den tilbudte samlede pris på 5.635.700 kr., svarer det til, at Damgaard i gennemsnit skal levere sine rådgivningsydelser til 578 kr./time. Dette regnestykke sammenholdt med såvel tilbudslisterne fra de øvrige tilbudsgivere som den generelle prisspredning mellem Damgaards og de tre øvrige tilbudsgiveres tilbud viser med al tydelighed, at det samlede tilbud fra Damgaard er unormalt lavt. Et tilbud, der fraviger prisniveauet for de øvrige tilbud så markant, som det konkret er tilfældet, udgør et unormalt lavt tilbud. Det ligger derfor utvivlsomt

inden for Sønderborg Varmes vide skøn at betragte og behandle tilbuddet som unormalt lavt.

Den åbenlyst skævvredne prissætning skaber endvidere hos Sønderborg Varme en bekymring for, at de arbejdsopgaver, der i en forventelig, hensigtsmæssig og effektiv løsning af opgaven burde ligge hos medarbejderkategorierne "Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring" og "CAD/BIM-operatør/Teknisk designer", vil blive flyttet til en anden medarbejderkategori. Overkvalificerede medarbejdere vil således komme til at løse mere simple opgaver, der i udbuddets fordeling af timer er forudsat løst af yngre, billigere medarbejdere. Alternativt vil opgaver blive tildelt en mindre kvalificeret medarbejder med en deraf følgende dårligere opgaveløsning og/eller et højere tidsforbrug og dermed en dyrere pris til følge.

Denne bekymring bekræftes fuldt ud af Damgaards redegørelse for de unormalt lave priser. Det er således positivt bekræftet af Damgaard, at Damgaard ikke agter at leve op til kontraktens forudsætning om, hvilke medarbejderkategorier der skal anvendes til løsning af opgaven, som dette er kommet til udtryk i tilbudslisten. Damgaard har endvidere ikke prissat disse kategorier – som modsvarer ca. 1/2 af den samlede hovedopgave – loyalt, hvilket kunne være sket ved at prissætte disse medarbejderkategorier med timesatsen for de medarbejdere, Damgaard reelt har tænkt sig at anvende til at løse opgaverne.

Konsekvensen af Damgaards skævvridning af priserne bliver ekstra udtalt i og med, at der er tale om en kontrakt, der alene afregnes efter medgået tid i henhold til de tilbudte timepriser. I denne situation er det særligt afgørende for Sønderborg Varme, at der tilbydes retvisende og reelle timepriser, således at opgaven til enhver tid løses kvalitetsmæssigt og økonomisk optimalt.

Uanset at det som udgangspunkt er Sønderborg Varmes kontraktpart, der be-
mander opgaven, har kontraktparten ved sin underskrift af tilbudslisten forpligtet sig til at levere totalrådgivningen med de efterspurgte medarbejderkategorier. Uanset at Damgaard således ville være i stand til at løfte den udbudte opgave ved meget erfarne medarbejdere, hvilket ikke bestrides, ændrer det ikke på, at Damgaard ikke efterlever udbudsmaterialets forudsætning om, at opgaven skal løses af – og afregnes i henhold til – de medarbejderkategorier, som Sønderborg Varme har krævet priser på.

Dette indebærer, at Damgaards tilbud – foruden at være unormalt lavt – også er ukonditionsmæssigt. Det er således ikke op til tilbudsgiver at vurdere, om der er et behov for de foreskrevne medarbejderkategorier. Dette er en vurdering, Sønderborg Varme foretog ved sit udbud af kontrakten, og med specificeringen af de enkelte medarbejderkategorier har Sønderborg Varme foreskrevet muligheden for at kunne købe rådgivningsydelser i de forskellige kategorier – og tilbudsgiver skal dermed også kunne levere disse. Timepriserne på de enkelte medarbejderkategorier er således selvstændigt bindende.

Bestemmelsen i udbudsbetingelsernes pkt. 6.1 om prissætning af poster i tilbudslisten til 0 kr. er en sædvanlig bestemmelse, der giver ordregiver mulighed for – men ikke pligt til – at prissætte tilbud, der indeholder en manglende prissætning, for på denne måde at undgå, at ordregiver forpligtes til at afvise et ukonditionsmæssigt tilbud.

Bestemmelsen er imidlertid alene anvendelig på tilbud, hvor tilbudsgiver har tilbudt de krævede medarbejdere, men ved en fejl ikke har fået prissat disse, og hvor der således er en ydelse, der kan prissættes til 0 kr. Bestemmelsen i udbudsbetingelserne omkring prissætning af manglende tilbudslisteposter er således heller ikke anvendelig i den konkrete situation.

Sønderborg Varme har ved i sit udbud at indarbejde en mekanisme, som giver mulighed for at afhjælpe et tilbud, som ellers ville skulle afvises som ukonditionsmæssigt, selvsagt ikke afskåret sig fra adgangen til at afvise et tilbud som måtte være usædvanlig lavt.

Damgaards anbringende om, at Damgaard skulle være frit stillet til at tilbyde de medarbejderkategorier, som Damgaard ønsker, understøtter, at Damgaards tilsidesættelse af kontraktens forudsætninger om bemanning og afregning af den udbudte opgave er begrundet i tilbudsspekulation. Damgaard anfører således selv, at prissætningen ikke har noget ”reelt forhold til klagers faktiske vederlag”, og dermed bekræfter Damgaard også direkte, at Damgaards tilbud ikke er retvisende for den udbudte opgave, og at Damgaard har foretaget tilbudsspekulation på bekostning af ligebehandlingsprincippet.

Damgaards misvisende og unormalt lave prissætning af de to medarbejderkategorier er udtryk for ren prisspekulation, der udelukkende kommer Damgaard til gode, og således ikke er udtryk for en ”markedsstrategisk prissætning”. Der er således ikke tale om, at Damgaard accepterer en lavere fortjeneste på kontrakten, ligesom Sønderborg Varme heller ikke vil få leveret den

udbudte ydelse billigere. Tværtimod vil Damgaards spekulative prissætning indebære, at Sønderborg Varme kommer til at betale en overpris for de timer, der er prissat til 1 kr. Den tilbudte pris er således ikke reel, men tjener blot til at fordreje konkurrencen til Damgaards egen fordel.

Det vil derfor være i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, hvis det tillades, at en tilbudsgiver ved prisspekulation kan fastsætte timeprisen for en eller flere medarbejderkategorier til et unormalt lavt niveau med henblik på at vinde udbuddet for derefter blot at forbruge flere timer inden for de øvrige medarbejderkategorier.

Til støtte for, at Sønderborg Varme er berettiget til at afvise tilbuddet fra Damgaard som unormalt lavt i en situation som den foreliggende, henvises til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. maj 2020, Gottlieb Paludan Architects A/S mod Aarhus Vand A/S.

Damgaards modstandsdygtighed over for en tabsgivende kontrakt er irrelevant for Sønderborg Varmes ret til at afvise et unormalt lavt tilbud. Til støtte herfor henvises til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen.

Særligt vedrørende påstand 2 har Damgaard gjort gældende, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84 ikke giver ordregiver ret til at afvise et unormalt lavt tilbud alene med den begrundelse, at tilbuddet måtte være tabsgivende for tilbudsgiver.

Damgaards tilbud kunne ikke være tabsgivende, fordi Damgaard ville have været berettiget til at organisere udførelsen af den udbudte totalrådgivningsopgave ved anvendelse af medarbejderkategorierne ”Projektleder og projekteringsleder”, ”Senioringeniør/-arkitekt/landskabsarkitekt: > 10 års erfaring” og ”Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 0-3 års erfaring”. De tilbudte timepriser i disse medarbejderkategorier gav mulighed for sædvanligt dækningsbidrag. Sønderborg Varme kunne ikke pålægge Damgaard at anvende bestemte medarbejderkategorier, idet Damgaard suverænt kunne beslutte, hvilke medarbejderkategorier der skulle anvendes til udførelse af den aftalte totalrådgivningsopgave.

Subsidiært ville Damgaard fuldt ud have været i stand til at absorbere et tab på medarbejderkategorierne ”Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring” og ”CAD/BIM-operatør/Teknisk designer”, såfremt Damgaard i henhold til den udbudte totalrådgivningsaftale havde kunnet forpligtes til at anvende de estimerede timeantal på disse medarbejderkategorier i tilbudslisten. Damgaards kostpris for anvendelse af de estimerede timer på de omhandlede medarbejderkategorier ville i givet fald maksimalt udgøre ca. 1-1,2 mio. kroner, hvilket kunne rummes i Damgaards samlede dækningsbidrag på den udbudte totalrådgivningsaftale og under alle omstændigheder kunne absorberes i Damgaards virksomhed under hensyntagen til Damgaards økonomiske og finansielle formåen.

Sønderborg Varme var helt uberettiget til at afvise Damgaards tilbud som unormalt lavt, dels fordi tilbuddet ikke reelt var unormalt lavt i forhold til den faktiske vederlæggelse af Damgaard under den udbudte totalrådgivningsopgave, dels fordi Damgaards redegørelse af 2. maj 2023 på fuldt tilfredsstillende vis redegjorde for de tilbudte timepriser, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84, stk. 3, 2. punktum.

Sønderborg Varme har helt åbenbart overskredet grænserne for sit skøn ved vurderingen af Damgaards fremlagte oplysninger i forhold til den udbudte totalrådgivningsaftale. Sønderborg Varme har ikke foretaget nogen saglig vurdering af Damgaards begrundelse for de strategisk tilbudte timepriser, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84, stk. 3, 1. punktum, og Sønderborg Varmes afvisning af Damgaards tilbud som unormalt lavt har karakter af vilkårlighed, jf. EU-Domstolens dom af 29. marts 2012 i sag C-599/10, SAG ELV Slovensko, præmis 29.

Damgaards strategisk lave timepriser på de omhandlede medarbejderkategorier kan heller ikke i sig selv – som delpriser – medføre, at Damgaards tilbud i givet fald skulle have været afvist som unormalt lavt, da der under alle omstændigheder skulle have været foretaget en samlet vurdering af, om Damgaard forventelig ville kunne levere aftalemæssig ydelse, jf. klagenævnets kendelse af 13. januar 2004, E. Pihl & Søn A/S mod Hadsund Kommune.

Sønderborg Varme var i sin vurdering af tilbuddet forpligtet til at forholde sig til Damgaards strategiske begrundelse, samt til det forhold, at Damgaard frit kunne anvende sine prissatte medarbejderressourcer. Damgaards eventuelt negative margin på delpriserne for medarbejderkategorierne ”In-

geniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring” og ”CAD/BIM-operatør/Teknisk designer” kunne ikke i sig selv medføre en samlet afvisning af Damgaards tilbud, idet hovedformålet med kontrolproceduren i forhold til unormalt lave tilbud er at afklare tilbuddets pålidelighed i forhold til den udbudte ydelse, jf. EU-Domstolens dom af 10. september 2020 i sag C-367/19, Tax-Fin-Lex, præmis 31-32 og 35.

Særligt vedrørende påstand 2 har Sønderborg Varme henvist til de anførte anbringender ad påstand 1 og har supplerende gjort gældende, at Sønderborg Varme fuldt ud har fulgt proceduren i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84, stk. 1-3. Da Sønderborg Varme konstaterede, at Damgaards tilbud fremstod unormalt lavt, indhentede Sønderborg Varme en redegørelse for Damgaards prissætning som krævet i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84, stk. 1. Efter modtagelse heraf foretog Sønderborg Varme en grundig vurdering af Damgaards redegørelse, men Sønderborg Varme blev ved denne redegørelse imidlertid blot bekræftet i, at Damgaards prissætning var udtryk for en tilbudsspekulation, at Damgaards prissætning ikke var reel, og at tilbuddet dermed også var unormalt lavt.

Vurderingen af, om Sønderborg Varme ved Damgaards redegørelse er blevet betrykket i pålideligheden af Damgaards tilbud, tilkommer udelukkende Sønderborg Varme, der har en betydelig skønsmargin ved denne vurdering.

Særligt vedrørende påstand 3 har Damgaard gjort gældende, at Sønderborg Varmes beslutning om afvisning af tilbuddet er usaglig og ulovlig og tillige udgør en væsentlig tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, 1. punkt.

Damgaard har endvidere gjort gældende, 1) at Damgaards tilbud var konditionsmæssigt, 2) at Damgaard med sit tilbud fremlagde alle krævede tilbudsbeskrivelser, og 3) at Damgaard hverken i udbuds- eller aftalegrundlaget var forpligtet til at anvende medarbejderkategorierne ”Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring” eller ”CAD/BIM-operatør/Teknisk designer”, blot Damgaard sørgede for at levere den aftalte rådgivningsydelse.

Særligt vedrørende påstand 3 har Sønderborg Varme gjort gældende, at Sønderborg Varme har håndteret det unormalt lave tilbud i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets regler, hvorfor der ikke er grundlag

for at annullere Sønderborg Varmes beslutning om afvisning af Damgaards tilbud.

Selv hvis Damgaard måtte få medhold i påstand 1 og 2, er dette ikke udtryk for en kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne med konkret betydning for udfaldet af udbuddet. Hvis Damgaards tilbud ikke var blevet afvist som unormalt lavt, er der således ikke grundlag for, at Damgaard ville være blevet tildelt kontrakten, idet Damgaards tilbud er ukonditionsmæssigt som følge af forbeholdet for levering af ydelser omfattet af kategorierne ”Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring” og ”CAD/BIM-operatør/teknisk designer”.

Derudover vil en inddragelse af Damgaards tilbud i tilbudsvurderingen forudsætte, dels at Damgaards tilbud ikke erklæres unormalt lavt, dels at Damgaards anerkendte forbehold for levering af rådgivning inden for kategorierne ”Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring” og ”CAD/BIM-operatør/teknisk designer” prissættes. Skal der foretages en sådan kapitalisering, må Sønderborg Varme ud fra forsigtighedsprincippet kapitalisere udgiften ud fra, at Damgaard vil lade de arbejder, der var forudsat udført af ”Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt, 4-9 års erfaring” udføre af ”ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt, > 10 års erfaring”, således at disse arbejder kapitaliseres til 950 kr./timen. Tilsvarende må de arbejder, der var forudsat udført af ”CAD/BIM-operatør/Teknisk designer” kapitaliseres som værende udført af ”Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt, 0-3 års erfaring”, svarende til en kapitalisering på 800 kr./timen. Foretages en sådan kapitalisering, vil Damgaards tilbud have en samlet tilbudssum på 8.447.500 kr., og tilbuddet vil dermed være det dyreste af de fire modtagne tilbud. Også på denne baggrund er der ikke holdepunkter for, at Damgaard skulle have været tildelt kontrakten, såfremt Damgaards tilbud ikke var blevet afvist som unormalt lavt.

Særligt vedrørende påstand 4 har Damgaard gjort gældende, at Sønderborg Varmes tildelingsbeslutning er truffet på grundlag af Sønderborg Varmes uberettigede afvisning af Damgaards tilbud som unormalt lavt, hvorfor Damgaards tilbud ikke er indgået i tilbudsevalueringen. Sønderborg Varmes beslutning af 11. maj 2023 om tildeling af den udbudte totalrådgivningsaftale til COWI A/S skal derfor annulleres.

Særligt vedrørende påstand 4 har Sønderborg Varme gjort gældende, at Sønderborg Varmes gennemførelse af udbuddet i det hele er sket i overensstemmelse med reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvorfor der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Annultering af tildelingsbeslutningen forudsætter, at der er begået en kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne, som har haft konkret betydning for udfaldet af udbuddet. Da Damgaard ikke kan levere flere af de efterspurgte medarbejderkategorier, er Damgaards tilbud ukonditionsmæssigt. Denne ukonditionsmæssighed har desuden indebåret en uberettiget konkurrencefordel, idet Damgaard herved har kunnet tilbyde en lavere samlet tilbudspris.

Selv hvis Damgaard måtte få medhold i påstand 1 og 2, kunne Damgaard således ikke lovligt tildeles den udbudte kontrakt, hvorfor Sønderborg Varmes – i givet fald – uberettigede afvisning af Damgaard tilbud ikke har haft betydning for udfaldet af udbuddet.

Ad uopsættelighed og interesseafvejning

Parternes anbringender ad betingelse nr. 2 ("*uopsættelighed*") og betingelse nr. 3 ("*interesseafvejning*") gengives ikke i kendelsen.

Klagenævnet udtaler

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

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

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

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

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet, at det i pkt. 108 i præambelen til forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2014/25/EU, er anført bl.a., at tilbud, der forekommer at være unormalt lave i forhold til bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne, kan være baseret på teknisk, økonomisk eller juridisk uforsvarlige antagelser eller fremgangsmåder. Hvis tilbudsgiveren ikke kan give en tilstrækkelig forklaring, bør den ordregivende enhed kunne afvise tilbuddet.

Det er i direktivets artikel 84, stk. 1, bestemt, at en ordregiver, der modtager et tilbud, der forekommer unormalt lavt, skal kræve af tilbudsgiveren, at denne redegør for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet. Ifølge stk. 3, 1. og 2. pkt., vurderer ordregiveren de oplysninger, som tilbudsgiveren er fremkommet med ved redegørelsen. Ordregiveren må kun afvise tilbuddet, hvis den forelagte dokumentation ikke på tilfredsstillende vis redegør for det foreslåede lave pris- eller omkostningsniveau.

Sønderborg Varme har ved vurderingen af tilbuddet fra Damgaard fulgt den procedure, der er foreskrevet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84, stk. 1 og 3. I den forbindelse har Sønderborg Varme tilkendegivet, at Sønderborg Varme betragtede de tilbudte timesatser på medarbejderkategorierne "Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring" og "CAD/BIM-operatør/Teknisk designer" som unormalt lave.

Damgaard har i overensstemmelse med direktivets artikel 84, stk. 1, haft mulighed for at forklare sammensætningen af tilbuddets priser, herunder de priser der forekom unormalt lave.

Damgaard har i sin redegørelse bl.a. begrundet de lave priser med, at Damgaard ikke agter at bruge de medarbejderkategorier, hvor der er tilbudt en pris på 1 kr., da Damgaard ikke har nogen ansatte i disse kategorier, og at priserne er fastsat af markedsstrategiske årsager. Derudover har Damgaard i redegørelsen oplyst, at Damgaard er parat til at udføre arbejde til de tilbudte timepriser i de to kategorier, hvis Damgaard fremadrettet ansætter en person i en af de pågældende kategorier, som kunne få en rolle i projektet.

Klagenævnet finder på det foreløbige grundlag, der foreligger, at det på baggrund af de tilbudte priser og Damgaards redegørelse herfor må lægges til grund, at Damgaard reelt ikke tilbød medarbejdere i medarbejderkategorierne ”Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring” og ”CAD/BIM-operatør/Teknisk designer”. Det må endvidere på baggrund af redegørelsen sammenholdt med Damgaards oplysninger under denne sag om, at alle relevante arbejder ville blive udført af andre medarbejderkategorier end forudsat i udbudsmaterialet, lægges til grund, at Damgaards tilbudte priser reelt ikke var begrundet i markedsstrategiske overvejelser. Tværtimod ville de tilbudte priser medføre, at det udførte arbejde ville blive væsentligt dyrere end forudsat ved prisevalueringen af tilbuddet.

Damgaard begrundede endvidere de lave tilbudte priser med, at Damgaard havde samlet et hold af eksperter, som var i stand til at løse opgaven hurtigt, effektivt og på et højt kvalitetsniveau, og at den lange erfaring, Damgaard har med gaskonvertering og fjernvarmeledninger i jord, har hjulpet Damgaard med at udvikle værktøjer, som kan hjælpe med at løse opgaverne hurtigt, sikkert og effektivt.

Disse begrundelser kan på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke begrunde en pris på 1 kr. for medarbejderkategorierne ”Ingeniør/arkitekt/landskabsarkitekt: 4-9 års erfaring” og ”CAD/BIM-operatør/Teknisk designer”, eller fuldt ud begrunde den samlede pris, der lå væsentligt under de øvrige tre tilbudsgiveres.

Der er herefter ikke grundlag for at tilsidesætte Sønderborg Varmes vurdering af, at de tilbudte priser var unormalt lave.

Det forhold, at det af udbudsbetingelserne fremgår, at tilbudslisteposter, der ikke udfyldes, anses som tilbudt udført til 0 kr., og at tilbudsgiver er bundet af dette ved arbejdets udførelse, selv om sådanne manglende angivelser normalt må anses som prisforbehold, afskærer ikke Sønderborg Varme fra at afvise tilbuddet med den begrundelse, at de tilbudte priser er unormalt lave.

Der er herefter på det foreliggende foreløbige grundlag ikke udsigt til, at klagen vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 (*fumus boni juris*) er herefter ikke opfyldt.

På den baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nadia Reichenbach Bodentien
Kontorelev