

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Efkon GmbH
(advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, Hellerup)

mod

Fjordforbindelsen Frederikssund
repræsenteret ved

Vejdirektoratet
(advokat Kristian Hartlev og
advokat Christian Clausen, København)

Intervenient:
BroBizz Operatør A/S
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Klagenævnet har den 3. september 2018 modtaget en klage fra Efkon GmbH (herefter Efkon).

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

Fjordforbindelsen Frederikssund har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har den 4. september 2018 meddelt Fjordforbindelsen Frederikssunds kontraktpart, BroBizz Operatør A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

BroBizz Operatør A/S har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved mail af 17. september 2018 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at BroBizz Operatør A/S intervenserer i sagen til støtte for Fjordforbindelsen Frederikssund.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 16, svarskrift med bilag A - P, replik og duplik med bilag Q, samt brev af 14. september 2018 fra BroBizz Operatør A/S.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at Fjordforbindelsen Frederikssund har handlet i strid med udbudslovens § 169, stk. 1, ved ikke forud for tildelingsbeslutningen at bede BroBizz Operatør A/S om at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet, idet tilbuddet forekommer unormalt lavt.

Påstand 2:

Klagenævnet skal konstatere, at Fjordforbindelsen Frederikssund har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S, idet tilbuddet er unormalt lavt.

Påstand 3:

Klagenævnet skal annullere Fjordforbindelsen Frederikssund beslutning af 23. august 2018 om at tildele kontrakten til Brobizz Operatør A/S.”

Fjordforbindelsen Frederikssund har nedlagt påstand om, at påstand 1 og 3 ikke tages til følge. Overfor påstand 2 har Fjordforbindelsen Frederikssund principalt nedlagt påstand om afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Baggrunden for udbuddet

Der er ved at blive opført en ny bro over Roskilde Fjord, som forventes at stå færdig til september 2019. Det skal være en betalingsbro, og det bliver den første ”free flow” betalingsbro i Danmark, hvilket vil sige, at der ikke bliver etableret bomme, som man kender fra andre betalingsbroer i Danmark, men biler skal frit kunne køre over broen. Bilerne vil blive registreret via elektronisk udstyr i bilen eller via særligt kameraudstyr, der er i stand til at aflæse nummerpladen, selv om den passerende bil ikke har nedsat hastigheden.

I anlægsloven vedrørende gennemførelse af projektet anføres følgende herom i de særlige bemærkninger til lovens § 19:

”Forudsætningen for betaling for broforbindelsen er, at der er tale om et såkaldt free-flow system, hvor bilisterne ikke skal standse eller nedsætte deres hastighed i forbindelse med betaling for passage af broen. Dette sikrer trafikanterne den størst mulige tidsgevinst set i forhold til den eksisterende broforbindelse – Kronprins Frederiks Bro. Derfor er der ikke i anlægsprojektet projekteret med mulighed for manuel betaling eller etablering af bomme, som det kendes fra eksempelvis Storebæltsbroen og Øresundsbron.

Det forslås således i stk. 1, at betaling for passage som hovedregel skal ske automatisk ved hjælp af køretøjsudstyr til elektronisk betalingsopkrævning. Bestemmelsen indebærer, at køretøjet kan anvende gyldigt køretøjsudstyr ved passage af den nye fjordforbindelse. Det betyder, at den betalingspligtige kan indgå aftale med en godkendt udsteder af elektronisk køretøjsudstyr (betalingsboks).”

Udbuddet vedrørende ”Fjordforbindelsen Frederikssund Tolling Scheme” er blevet gennemført for at sikre tilstedeværelsen af et driftsklart ”free flow” betalingsanlæg, når den nye bro over Roskilde Fjord åbner.

Opgaven for operatøren af et sådant betalingsanlæg består – ud over at etablere og drive det tekniske anlæg, der gør det muligt at drive ”free flow” systemet – også i at sørge for opkrævning af broafgiften (også kaldet brotakst) fra de bilister, der har passeret broen. Det er en særlig driftsmæssig udfordring ved et ”free flow” system, at der løbende vil være et antal bilister, der kører over broen, men som ikke efterfølgende betaler broafgiften af egen

drift. Over for disse bilister skal der derfor iværksættes særlige inddrivelseskridt, hvilket dels medfører øgede omkostninger til administration, dels indebærer en risiko for, at broafgiften aldrig vil blive betalt og derfor må anses for tabt.

Andre oplysninger i sagen

Den 14. juni 2017 udsendte Fjordforbindelsen Frederikssund en vejledende forhåndsmeddelelse om projektet vedrørende betalingsanlægget på Fjordforbindelsen Frederikssund. Af forhåndsmeddelelsen fremgår blandt andet:

”II.1.4) Kort beskrivelse:

The Danish Road Directorate wishes to engage in a Preliminary Market Consultation with interested parties to assess options to deliver tolling services for the Fjordforbindelsen Frederikssund project.

The project is currently under construction with a projected completion date of the end of October 2019. The Construction Law defines that the toll collection for Fjordforbindelsen Frederikssund is to be carried out by means of an Open Road Tolling (ORT) or free flow system.

The purpose of this Preliminary Market Consultation is to:

- inform potentially interested parties that it is intended that such a tolling scheme is established for the project and to gauge the appetite from the industry, and
- to obtain a deeper understanding of the potential market participants, their range of service and equipment solutions, their implementation capabilities and approach, as well as any existing or potential delivery innovations.
- To adjust the future tender material in an appropriate manner.

...”

Fjordforbindelsen Frederikssund modtog input til markedsdialogen fra blandt andet BroBizz Operatør A/S og Efkon. Af inputtet fra Efkon fremgår blandt andet:

”6. Costs

...

A potential annual operational payment of 10-15% of the revenue per annum is being considered for the operation of the tolling scheme.

...”

Fjordforbindelsen Frederikssund udarbejdede et notat, hvoraf sammenfatning af resultaterne fra markedsundersøgelsen fremgik. I notatet står der blandt andet:

”2.1. De tre modeller

I forbindelse med udarbejdelsen af betalingsanlægsstrategien opstillede forretningsføreren 3 modeller for udbuddet. I det følgende redegøres kort for modellerne, idet modellerne er grundlæggende for markedshøringen.

2.1.1. Model 1: Ét samlet udbud – alt inkluderet (Betalingsanlæg som en service)

”Tolling as a Service”-modellen er blandt andet kendt fra England, Irland og Holland. I det følgende omtales modellen som ”Betalingsanlæg som en service”.

De interesserede bydende vil typisk være et joint venture af virksomheder med forskellig ekspertise eks. en operatør og en udsteder. Leverandøren er således ansvarlig for både anlæg, drift og udskiftning af det fysiske anlæg, udstedelse af betalingsmuligheder, inddrivelse, markedsføring, kundeservice samt andre relevante forhold. Dvs. at det i praksis er leverandøren som ejer anlægget i kontraktperioden. Denne type kontrakt minder om en totalentreprise.

Der indgås en servicekontrakt om de ydelser der skal leveres samt performancekrav, mål og KPI'er. Der er således mindre afhængighed af detailspecifikationen af tekniske krav, da det er selve funktionen, der efterspørges. SOV'et følger løbende op på leverandørens performance ift. inddrivelse, passager, kundetilfredshed mv.

...

2.1.2. Model 2: Udbud af betalingsanlæg og udbud af drift/inddrivning

Der udbydes to kontrakter der er uafhængige af hinanden. Den ene kontrakt står for etableringen og driften af det fysiske anlæg, mens den anden står for inddrivelsen af vejafgifter. I model 2 vil det være nødvendigt at specificere de tekniske krav til det fysiske anlæg i den ene kontrakt samt at specificere servicekrav under den anden kontrakt, så der bliver klare grænseflader mellem deres opgaver. Det vil medføre en betydelig kontraktadministration for SOV'et, da det i visse tilfælde vil være nødvendigt at løse tværgående problemer som følge af de gensidige afhængigheder mellem de to kontrakter.

Den daglige drift outsources også i model 2, mens SOV'et får en koordineringsforpligtelse samt påtager sig en risiko for, at de to kontraktholdere præsterer i deres respektive kontrakter. Disse typer kontrakter minder om en hovedentreprise/bygherreleverance med en tilhørende servicekontrakt/udførelseskravskontrakt.

...

2.1.3. Model 3: Udbud af betalingsanlæg og in-house drift/inddrivning
 Model 3 ligner model nummer 2, idet anlægget og driften af det fysiske anlæg sker på samme måde som model 2. I denne model udbydes inddrivelsen ikke, men varetages i stedet af SOV'et selv. Modellen er mere simpel end model 1 og 2, men er afhængig af SOV'ets interne ekspertise i inddrivelse, håndteringen af en stor mængde data, transaktionsbehandling samt kundeservicehåndtering. Modellen svarer til at bygherren selv er udførende på en entreprise.

...

5.5. Betalingsmodel

I markedshøringen er der spurgt til, hvordan betalingen til leverandøren forventes sammensat, idet forretningsføreren forventer en kombination af en fast årlig betaling og betaling baseret på en transaktionsvariabel procentsats. Enkelte virksomheder har udtrykt ønske om, at det fulde beløb er fast, men anerkender samtidigt, at dette kan være uhensigtsmæssigt for SOV'et. Der er dog bred enighed om, at det er kommercielt ønskeligt med en blanding af en fast og en transaktionsafhængig betaling. Samlet set vurderer markedet, at den faste betaling udgør mellem 50-80 %, mens den transaktionsafhængige udgør 20-50 %. Flere har påpeget 80/20 opdeling som den optimale betalingsmodel, mens en enkelt virksomhed har foreslået en større variabel ydelse.

...”

Den 3. oktober 2017 udsendte Fjordforbindelsen Frederikssund endnu en forhåndsmeddelelse. Af meddelelsen fremgår blandt andet:

”II.1.4) Kort beskrivelse:

On behalf of the independent public company Fjordforbindelsen Frederikssund, The Danish Road Directorate wishes to engage in a Second Market Consultation with interested parties to assess options to deliver tolling services for the Fjordforbindelsen Frederikssund project.

The project is currently under construction with a projected completion date of the end of October 2019. The Construction Law defines that the toll collection for Fjordforbindelsen Frederikssund is to be carried out by means of an Open Road Tolling (ORT) or free flow system.

The purpose of this Second Market Consultation is to:

- inform potentially interested parties about the forthcoming procurement, and
- to obtain a deeper understanding of the potential market participants,
- to test the draft version of the tender material,
- to adjust the future tender material in an appropriate manner,
- to have individual meetings with potential Tenderers.

...”

Efkon kom ligeledes med input til den anden forhåndsmeddelelse.

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 213-442854 af 5. november 2017 udbød Fjordforbindelsen Frederikssund en 7-årig kontrakt med mulighed for forlængelse i to omgange af 2 års varighed om levering af ”Fjordforbindelsen Frederikssund Tolling scheme”. Værdien af kontrakten var anslået til 100 mio. kr. eksklusive moms. Kontrakten blev udbudt som konkurrencepræget dialog efter udbudsloven.

I udbudsbetingelserne, ”Provisions on Procurement and Tendering (PPT)”, står der:

” ...

2.4. Project finances

For mobilisation an initial cost of no more than DKK 15 million excl. VAT is expected (2017 wage and price index level).

The Employer can inform that a yearly contract sum of no more than DKK 11 million excl. VAT for the services is expected (2017 wage and price index). Tenders above the price mentioned for services will risk exceeding the project budget. If the project budget is exceeded, a renewed examination of the project at political level will be required before the project can be approved. This will entail a large risk of delay of the project and in that case the contract will not be entered into until after the renewed political examination.

...

6.2.3. Documents to be enclosed in the tender

...

If the Tenderer submits more than the maximum number of words/pages or drawings stated below, the Tenderer’s tender will not be non-compliant but the excess pages/drawings will not be included in the Employer's evaluation of the Tenderer's tender.

Envelope marked “Part 1 - Price” (Sub-criterion A):

- Duly completed and signed pricing document and OBM (Operator Business Model)
- The Tenderers shall note that the figures in the pricing document and the “Payments Summary” & “Pricing Tables” worksheets of the OBM must contain the same values, failure to comply may result in rejection of the tender.

Envelope marked “Part 2 - Other tender documents” (Sub-criteria B, C and D are listed):

- Contact details: Name of business, address, contact person and e-mail address.
- Authorisation documentation if several entities submit a joint tender.
- Duly completed and signed compliance matrix

Documents regarding sub-criterion B -Technical solution - to be listed:

...

2. Operations Plan which shall be a maximum of 2500 words (10 pages), including but not limited to the following:

- a. a description of the tenderer’s objectives and main aims in relation to the successful delivery of the Operations plan.
- b. a description of the tenderer’s proposed methodology for complying with the management and cooperation requirements in respect of the Services
- c. a description of the tenderer’s proposed organisational structure for the management of the Operation and delivery of the Services, which shall be consistent with the OBM, and shall include as a minimum:
 - i. the Operator’s organisational chart detailing the structure of the operational team which will be in place prior to the commencement of Operational Services;
 - ii. the management structure encompassing the required Key Roles and an outline of responsibilities; and
 - iii. details of the resources required to provide the Services, how such resources relate to the volume of activity and how the activities and associated resources are expected to evolve during the Contract; and
- d. a description of the tenderer’s training proposals and methodology in respect of all Operator Staff including:
 - i. a description of how the training programme will assist the tenderer in delivering the Services and achieving continuous improvement;

- e. a description of the tenderer's proposed approach to sub-contracting and supply chain management, including but not limited to:
 - i. activities that are to be sub-contracted and details of the sub-contractor(s); and
 - ii. description of the approach and related procedures for supply chain management.
 - iii. a description of the tenderer's proposed approach to performance management to ensure that the Services are of a consistently high quality and meet the requirements.
- f. a description of the tenderer's Business Continuity and Disaster Recovery methodology, outlining the tenderer's proposed major operational processes and arrangements to meet the required RTO and RPO levels.
- g. details of the tenderer's proposed arrangements where staff (including subcontract staff) for operations that may not be wholly dedicated to this project but are a shared resource, including how any resource conflicts will be resolved.

...

6.4. The Employer's evaluation of the tenders

6.4.1. Opening of tenders

The tender envelope marked "Part 2 - other tender documents" will be opened immediately after the expiry of the tender deadline.

The tender envelope marked "Part I - Price" will take place, on a date to be informed by the Danish Road Directorate in connection with the notification of the qualitative rating described in clause 6.3.4. The Danish Road Directorate expects the qualitative evaluation to be completed 8 weeks after the tender deadline.

...

6.4.3. Evaluation criteria

The Employer will evaluate the tenders on the basis of the award criterion "*best price-quality ratio*".

The following sub-criteria and sub-criterion elements are applied for award:

Sub-criterion
A – Price
B - Technical solution
C – Robustness
D – Communications

6.4.4. Award model

The award model is of the type of price models, which implies that for each tender a total evaluation price, which is the tender price, is corrected with a fictional addition or deduction for each of the qualitative sub-criteria.

These additions / deductions are determined on the basis of the quality of the offer, so that in the medium quality there is no correction of the tender price. In the case of quality above the average, a deduction will be made in the tender price, and for quality below the average price will be added.

The overall evaluation price is fictional and only for evaluation purposes, and thus does not represent the contract amount.

The contract is awarded to the bidder who has obtained the lowest overall evaluation price.

The evaluation will take place according to the following grading scale:

Grade	Description	Fictional addition to or deduction from the offered price (DKK excl. VAT)		
		Sub-criterion B	Sub-criterion C	Sub-criterion D
10	Awarded to excellent tenders which in the best possible way comply with the sub-criterion with no or few insignificant exceptions	÷ 5 x 2,200,000	÷ 5 x 2,200,000	÷ 5 x 1,000,000
9	Awarded to ten-	÷ 4 x	÷ 4 x	÷ 4 x

	ders with extremely satisfactory compliance with the criterion	2,200,000	2,200,000	1,000,000
8	Awarded to tenders with very satisfactory compliance with the sub-criterion	÷ 3 x 2,200,000	÷ 3 x 2,200,000	÷ 3 x 1,000,000
7	Awarded to tenders with satisfactory compliance with the sub-criterion	÷ 2 x 2,200,000	÷ 2 x 2,200,000	÷ 2 x 1,000,000
6	Awarded to tenders with compliance with the sub-criterion a little above average	÷ 2,200,000	÷ 2,200,000	÷ 1,000,000
5	Awarded to tenders with average compliance with the sub-criterion	0	0	0
4	Awarded to tenders with compliance with the sub-criterion a little below average	+ 2,200,000	+ 2,200,000	+ 1,000,000
3	Awarded to tenders with less than satisfactory compliance with the sub-criterion	+ 2 x 2,200,000	+ 2 x 2,200,000	+ 2 x 1,000,000
2	Awarded to tenders with unsatisfactory compliance with the sub-criterion	+ 3 x 2,200,000	+ 3 x 2,200,000	+ 3 x 1,000,000
1	Awarded to tenders with very unsatisfactory compliance with the sub-criterion	+ 4 x 2,200,000	+ 4 x 2,200,000	+ 4 x 1,000,000
0	Awarded to tenders which are only just compliant	+ 5 x 2,200,000	+ 5 x 2,200,000	+ 5 x 1,000,000

At the commencement of the tender stage (after completion of the dialogue stage), the amount to be added/deducted in accordance with the table above, will be fixed within the ranges indicated above and published in the final tender documents. The amount fixed for sub-criterion B and C will be the same.

...”

De forskellige definitioner i udbudsmaterialet er specificeret i bilag ”specification 01” til udbudsmaterialet. Heraf fremgår:

” ...

“**Danish Evader**” means the person liable to pay the Toll for a Danish registered vehicle who does not pay the Toll for passing the Fjordforbindelsen Frederikssund Toll Scheme;

...

“**Foreign Evader**” means the person liable to pay the Toll for a non-Danish registered vehicle who does not pay the Toll for passing the Fjordforbindelsen Frederikssund Toll Scheme;

...

“**Toll**” means the charge levied by the Operator, in accordance with § 17 of the Construction Law. Where used in the Specifications, Toll does not include Administration Fee or Administration Charge;

...

“**Toll Evader**” means a Danish Evader and/or a Foreign Evader;

“**Toll Event**” means the passage by a vehicle through the Fjordforbindelsen Frederikssund Toll Scheme, irrespective of whether or not a Toll and an Administration Fee as relevant is payable or an exemption from the Toll applies;

...

“**Unregistered Customer**” means any Customer who has not registered with the Operator or another TSP, but is the Liable Person for a vehicle that has used the Fjordforbindelsen Frederikssund Toll Scheme;

...”

Om betalingsmodellen fremgår af bilag ”specification 04” til udbudsmaterialet følgende:

” ...

3. Operating Transfers and Payments

3.1 Operating Transfers to the Employer

The Operator shall transfer directly to the Employer an amount equivalent to 100 % of the Tolls that are due on every Toll Event regardless of whether the Operator has recovered the Toll.

The Toll at the Operational Date for Vehicle Class I shall be 14DKK (including VAT) and for Class II shall be 41DKK (including. VAT), except where the vehicle is an Exempt Vehicle. Each Toll may be adjusted at the discretion of the Employer during the Term, including any adjustments based on similar price indexation adjustments as described in clause 11.3 (Price indexation) of the Contract.

The Employer may increase the Vehicle Class I Toll by any amount up to 2DKK (including. VAT) and/or the Vehicle Class II Toll by any amount up to 6DKK (including. VAT), excluding any increases applied by the Employer subject to clause 11.3 (Price indexation) of the Contract during the Term.

The Employer may reduce the Vehicle Class I Toll by any amount to a value not lower than 12DKK (including. VAT) and/or the Class II vehicle Toll by any amount to a value not lower than 35DKK (including. VAT) during the Term.

When calculating the amount to be transferred to the Employer, the Operator shall include in the transfer to the Employer any adjustment made to the Toll by the Employer.

The transfer of the Toll shall be made no later than 45 days after the end of the Contract Month in which the Toll Event occurred, and without any deductions or offsets for any payments due to the Operator from the Employer.

The Operator shall transfer directly to the Employer one hundred percent of the Administration Fees that are due on every Toll Event. Administration Fees are only liable to be transferred to the Employer once they have been collected from the Toll Evader.

The Operator shall transfer directly to the Employer one hundred percent of all Administration Charges collected by the Operator. Administration Charges are only liable to be transferred to the Employer once they have been collected from the Toll Evader.

3.2 Operating Payments to the Operator

3.2.1 Tolls

All Tolls paid by Customers to the Operator shall be collected and retained by the Operator.

The level of Tolls collected from Customers shall be as set by the Employer and as described in the Construction Law and set out in section 3.1 above. Toll Events for Vehicle Class III shall not be subject to a Toll or Administration Fee.

3.2.2 Operating Payments - General

In addition, the Employer will make Operating Payments to the Operator as set out in this section.

Operating Payments shall not be made prior to the Operational Date.

A Monthly Performance Factor shall be applied for the purposes of calculating the Operating Payment for each Contract Month and shall be based on the number of Performance Points accruing to the Operator in the relevant Contract Month.

Operating Payments are payable monthly in arrears from the Operational Date, subject to the application of the Performance Factor.

Each Operating Payment shall comprise:

- a. a Fixed Operating Payment; and
- b. Variable Operating Payments which are based on the volume of Toll Events in each Contract Month.

...

3.2.4 Additional Service Payments

The operating payments paid by the Employer to the Operator shall include a separate variable operating payment remunerating the Operator for administering the debtors of the Employer and for collecting/recovering payments relating to the debtors of the Employer (Administration services).

The variable operating payment for administering the debtors shall be calculated and paid by the Employer to the Operator under the below mentioned conditions and as a sum of the below mentioned amounts:

- a. An amount (including VAT) corresponding to fifty percent of the Administration Fee invoiced in the name of the Employer to Danish Evaders, on condition that the Operator has recovered the Toll and the Administration Fee from the Danish Evader.

- b. An amount (including VAT) corresponding to one hundred percent of the Administration Fee invoiced in the name of the Employer to Foreign Evaders, on condition that the Operator has recovered the Toll and the Administration Fee from the Foreign Evader.
- c. An amount corresponding to one hundred percent of the Administration Charge (which is exempt from VAT) invoiced in the name of the Employer to Toll Evaders, on condition that the Operator has recovered the Toll and the Administration Fee and Administration Charge from the Toll Evader.
- d. Prior to claiming payment for the additional services the Operator shall have generated and transmitted to the Employer, or such agency as nominated by the Employer, all Evidence Packs due to be generated and transmitted up to the end of the last Contract Month. Each Evidence Pack shall fulfil the requirements of SKAT in relation to adjusting of VAT on bad debts.

The Operator shall invoice the Employer for the Additional Service Payments on the basis of:

- a. The total Administration Fees collected by the Operator within the Contract month by Danish Evaders; and
- b. The total Administration Fees collected by the Operator within the Contract Month by Foreign Evaders; and The total Administration Charges collected by the Operator within the Contract Month.

3.3 Administration Fees and Administration Charges

The Operator shall charge, in the name of the Employer, Administration Fees for Registered Customers with no OBU and Unregistered Customers. The Administration Fees at the Operational Date are as specified in Table 3-1

...

The Operator shall provide data to the Employer on actual costs incurred on each anniversary of the Operational Date, and a report submitted to the Employer.

The Employer may revise the Administration Fees with 3 months prior written notice following receipt of the report.

Table 3-1: Initial Administration Fees (Values set by the Employer, and including VAT) (OKK)

Administration Fee for each Toll associated with a Video Account.	0
Administration Fee for each Toll to be paid by a Toll Evader.	1
Administration fee for each TIN issued to a Toll Evader.	20

Table 3-2: Initial Administration Charges (Values set by the Employer, and is exempt from VAT) (DKK)

Administration Charge for each first Reminder Notice (RN1) sent to a Customer.	100
Administration Charge for each second Reminder Notice (RN2) sent to a Customer.	100

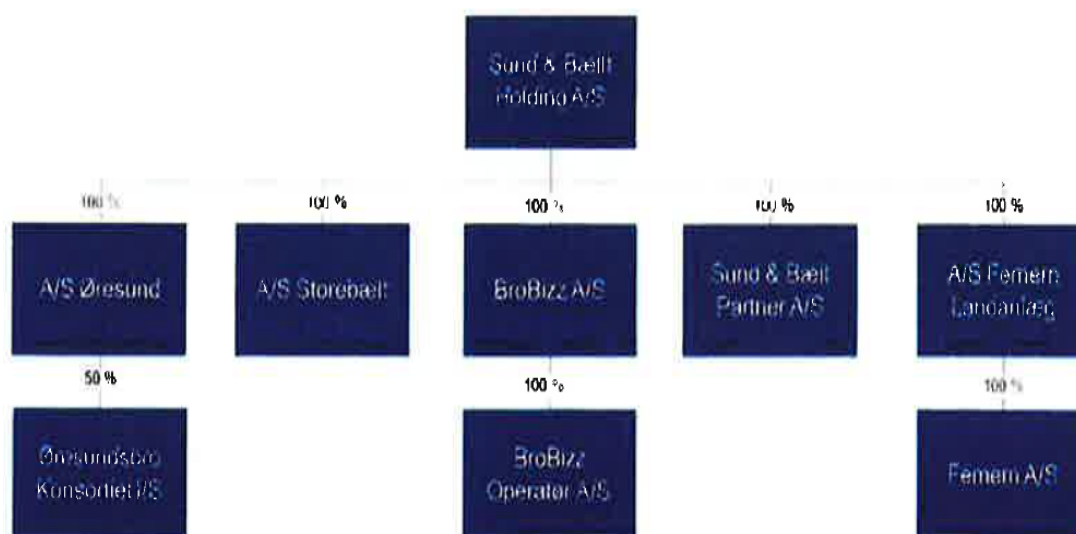
...”

Fjordforbindelsen Frederikssund prækvalificerede fem virksomheder til at afgive tilbud, herunder Efkon og BroBizz Operatør A/S. Tre af de prækvalificerede virksomheder afgav endeligt tilbud.

Af ”Cover letter” til tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S fremgår blandt andet:

”Figure 1 below illustrates the organisation of the Sund & Bælt Group which is wholly owned by the Danish State. BroBizz Operatør A/S is the bidder for this assignment and is a subsidiary of BroBizz A/S.

Figure 1: Sund & Bælt Group



BroBizz Operatør A/S delivers the solutions by means of capabilities within the Sund & Bælt Group
 ...”

I forbindelse med Fjordforbindelsen Frederikssunds gennemgang af de indkomne tilbud konstaterede myndigheden, at BroBizz Operatør A/S havde tilbudt en væsentlig lavere pris end de øvrige to tilbudsgivere. I den forbindelse foretog Fjordforbindelsen Frederikssund en undersøgelse af tilbudsprisen. Af notatet herom fremgår blandt andet:

”Indledning

Med dette notat redegøres for Vejdirektoratets gennemgang og vurdering af om tilbuddet afleveret af BroBizz Operatør A/S (BBOP) på entreprisen 14210.007, ”Fjordforbindelsen Frederikssund, Tolling scheme” (Etablering og drift af betalingsanlæg på Fjordforbindelsen) forekommer unormalt lavt.

Vejdirektoratets vurdering er baseret på en meget grundig gennemgang og sammenligning af de modtagne tilbudspriser fra de 3 bydende, herunder også den i tilbuddene vedlagte OBM (Operators Business Model), som nærmere specificerer opbygningen af tilbudspriserne fra hver enkelt bydende. Som supplerende grundlag indgår den tekniske del af tilbuddet fra BBOP, hvori bl.a. organisering af såvel mobilisering som driftsfase m.m. er beskrevet.

...

Gennemgang af BroBizz prissætning (OBM)

De bydende på entreprisen har udover den tekniske dokumentation, som indgik i den kvalitative evaluering afleveret en ”Priskuvert” bestående af tilbudspris (som en samlet pris på etablering og drift af betalingsanlægget over en 10-årig driftsperiode), samt en ”Operators Business Model”, som er et excelark, som i detaljen beskriver opbygningen af indtægter og udgifter, og som danner grundlag for den samlede tilbudspris.

Overordnet er den tilbudte pris opdelt i følgende 4 elementer, som i det følgende vil blive nærmere gennemgået:

- Indtægter
- Mobiliseringsomkostninger
- Faste driftsomkostninger
- Variable driftsomkostninger

Indtægter

Indtægtssiden for de bydende kan opdeles i to kategorier:

- Løbende betaling fra Fjordforbindelsen Frederikssund for leverede ydelser
- Indtægter for opkrævning af gebyrer fra brugere i henhold til den vedtagne gebyrstruktur, som er indarbejdet i udbudsmaterialet.

I nedenstående skema er angivet, hvorledes de bydende har opgjort/vurderet indtægterne.

Revenue Inputs	Ascendi	BroBiz Op.	EFKON
Mobilisation Payment	kr. 29.928.374	kr. 20.164.433	kr. 14.892.033
Fixed Yearly Operating Payments	kr. 10.643.400	kr. 3.558.799	kr. 7.561.632
Variable Yearly Operating Matrix	kr. 2.660.850	kr. 889.700	kr. 1.890.408
Additional Service Payments (First operating year)			
	Year 1	Year 1	Year 1
Administration Fees for Danish Evaders (50%)	1.107.316,50 kr.	2.352.799,00 kr.	200.612,06 kr.
Administration Fees for Foreign Evaders (100%)	22.363,00 kr.	46.878,00 kr.	59.603,04 kr.
Administration Charges (100%)	1.397.600,00 kr.	550.000,00 kr.	131.150,34 kr.

I øverste halvdel af tabellen er anført de bydendes tilbudspris for henholdsvis mobilisering og drift af anlægget. Det skal i den forbindelse bemærkes at EFKON har en tilbudspris for mobilisering på ca. 14,9 mio. kr., mens de i deres OBM har kalkuleret med mobiliseringsomkostninger for 23,2 mio. kr., hvilket betyder, at EFKON i sin prissætning har indregnet et negativt cashflow i starten af kontraktperioden.

Nederste halvdel af tabellen omhandler operatørens forventning til indtægter genereret fra administrationsgebyrer, som pålægges ikke registrerede brugere (danske som udenlandske), samt indtægter fra pålagte rykkergebyrer.

Her er der en markant forskel mellem de bydende til, hvor stor en årlig indtægt gebyrerne vil udgøre. Mens BBOP og Ascendi har indregnet årlige indtægter på mellem 2 og 3 mio. kr., har EFKON kun indregnet en årlig indtægt på omkring 0,3 mio. kr.

Over den samlede kontraktperiode betyder denne forskel i forventning til indtægter fra gebyrer, at BBOP har indregnet en ekstra indtægt på ca. 27 mio. kr.

Med en forventet trafikmængde på 12.000 biler (ÅDT), svarer BBOP's forventning til gebyrindtægter til, at 5-6% af transaktionerne på Fjordforbindelsen vil være ikke-registrerede danske brugere, som først beta-

ler efter faktura er udstedet, mens EFKON kun regner med, at denne kategori af brugere udgør under 0,5% af transaktionerne.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at EFKON i den tekniske del af deres tilbud har beskrevet forventninger til andelen af ikke-registrerede brugere i forhold til registrerede brugere. Her anfører de en forventning om, at der umiddelbart efter broens åbning vil være 16% af brugerne, som er ikke-registrerede brugere, og at denne andel forventes at falde til 12% efter 6 måneder, og med en målsætning om herefter at opnå, at ikke-registrerede brugere udgør 10% af den samlede trafik.

Denne andel på 10-16% af det samlede antal brugere, kan sammenholdes med forventningen om at det kun vil være mulig at inddrive administrationsgebyr fra under 0,5% af det samlede antal brugere, hvilket indikerer at EFKON i deres prissætning har kalkuleret med, at det kun er muligt at inddrive en meget lille andel af gebyrer udstedt (under 5%). Dette på trods af, at proces for inddrivelse af gæld fra danske brugere, via SKAT's tilbagehold i lønudbetalinger, er oplyst de bydende.

På denne baggrund er det Vejdirektoratets vurdering, at BBOP's forventninger til indtægter på administrationsgebyrer umiddelbart fremstår realistiske, mens indtægtsforventningen i EFKON's tilbud ikke umiddelbart synes at være i tråd med deres egne forventninger til andelen af ikke-registrerede brugere.

...

Faste omkostninger

...

Der er således ikke umiddelbart noget i BBOPs prissætning af faste driftsomkostninger, som indikerer, at tilbuddet er unormalt lavt.

Variable omkostninger

...

Der er således ikke fundet forhold i BBOP's prissætning af de variable omkostninger der indikerer, at tilbuddet må anses for unormalt lavt.

...

Konklusion

En samlet gennemgang af det indkommende tilbud fra BroBizz Operatør (incl. gennemgang og sammenligning af de 3 byderes OBM'er, der som sagt indeholder detaljerede tal for bydernes forventede udgifter og indtægter) har ikke givet anledning til at konkludere, at tilbuddet fore-

kommer unormalt lavt, selvom den tilbudte pris på ca. 65 mio. kr. er væsentlig lavere end næstbilligste tilbud fra EFKON, som lød på ca. 110 mio. kr.

Forskellen i prissætningen kan helt overordnet forklares af to væsentlige forhold i prissætning i de 2 tilbud.

- Ca. 27 mio. kr. findes i forskellen på forventninger til indtægt fra inddrivelse af administrationsgebyrer, hvor der i EFKON's prissætning ikke synes at være sammenhæng mellem deres forventning til antal ikke-registrerede brugere og indtægter fra inddrivelse af gebyrer for denne gruppe.
- Antallet af FTE til bemanning af de faste nøgleroller er markant lavere hos BBOP end hos EFKON, hvilket bl.a. vurderes at skyldes, at BBOP, med deres underleverandører kan opnå stordrifts- og synergifordele ved udnyttelse af eksisterende operationer i Danmark. Derved opnår de en samlet besparelse over kontraktperioden på denne post alene på ca. 15 mio. kr.

Hertil kommer en række mindre forhold, hvoriblandt det kan nævnes, at EFKON har kalkuleret med et samlet overskud over kontraktperioden på 3,3 mio. kr. mens BBOP til sammenligning kun har kalkuleret med et overskud på 0,7 mio. kr. over kontraktperioden I den forbindelse kan det bemærkes, at alle de bydende har afsat en risikopulje i deres tilbud, som ved god risikostyring potentielt kan løfte de estimerede overskud over kontraktperioden.

...”

Den 23. august 2018 fremsendte Fjordforbindelsen Frederikssund sin tildelingsbeslutning til tilbudsgiverne. Heraf fremgår blandt andet:

”After the price opening on 2 August 2018 we hereby send you the result of the tender evaluation.

Tenderer	Deduction/addition from the qualitative evaluation	Tender Price	Evaluation Price
BroBizz Operatør A/S	-11.800.000,00	65.324.252,38	53.524.252,38
EFKON GmbH	-16.200.000,00	110.846.299,28	94.646.299,28
Ascendi O&M S.A. & Ascendi IGI in con-	3.200.000,00	164.989.110,27	168.189.110,27

sortium			
---------	--	--	--

Due to the observed differences in the tender prices submitted from the different Tenderers the Danish Road Directorate has further investigated the tender from BroBizz Operatør. In this process we have conducted a thorough review of the prices quoted in the pricing document, the information submitted in the OBM (“Operators Business Model”) and information given in the technical documents. Based on this assessment the Danish Road Directorate has concluded that the tender from BroBizz Operatør is not abnormally low.

...”

Den kvalitative evaluering af tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S var vedlagt tildelingsbeslutningen. Heraf fremgår blandt andet:

”B - Technical solution

The Tenderer has provided a robust and realistic Operations Plan. This includes an approach by ensuring the management and delivery of Operations by means of a well-thought business model, where the service components are well described and seems appropriate. It includes well-thought consideration of aspects such as handling customer relations, information management, business intelligence and financial reporting. The Tenderer presents comprehensive plans for operational resources to provide the services through subcontractors for each of the functional areas. It would have been positive had the Tenderer provided specific details on how the training programme will contribute to the continuous improvement of the operations as this would have strengthened the realism of the Plan.

Most activities are carried out by subcontractors - where most are within the group. This approach is clearly, well described and thought through.

The Tenderer provides a robust and realistic Systems Plan. This includes a good explanation of the functions and capabilities of the various systems for example the Commercial Back office and Sharepoint. The functionality of the Roadside Equipment is also well demonstrated. The detection sequence used to bring the information from the different detector elements together into one VPR is described and represents a sound solution. However, there is a lack of focus and explanation of the design process of the System through the various design stages through to testing.

The testing regime addresses most of the fundamental tests, however certain aspects are not addressed, for example user acceptance testing as

well as unit and systems testing for the back office. The approach to manage operational and financial data is well addressed. The Tenderer's proposed approach to asset management and maintenance were clearly described and the approach appears solid. The Tenderer demonstrates a robust Business Continuity and Disaster Recovery concept which is based on a risk management methodology.

The Tenderer's Conceptual Design of the Tolling Point presents a high level of technical quality and detail for the description of the works, and includes consideration of the majority of the relevant elements such as the access barriers and utilities. However, the drawings presented are somewhat generic. It would have been positive had the proposed technical solutions been more clearly defined. The technical solution appears to be of high quality, for example in the use of a portable emergency gantry. However, the Tenderer's approach to quality management and health and safety is not focused on the project specifics.

For the Evaluation Requirements (ERs) the Tenderer's submission overall demonstrates a very satisfactory level of fulfilment by a range from fully compliant single gantry solution and the illumination system, very satisfactory compliance relating to visual impact of toll gantries and related infrastructure, to only just compliant in relation to RPO and RTO due to lack of description.

On the basis of the assessment of sub-criterion B as a whole, the Tenderer is - according to the assessment of the Danish Road Directorate - deemed to have demonstrated satisfactory fulfilment (grade 7).

...

Evaluation for all Tenderers on qualitative sub-criteria

The overall evaluation for all the Tenderers on the qualitative sub-criteria can be seen in the table below.

Tenderer	Sub-criterion		
	B	C	D
Ascendi O&M S.A. and ASCENDI IGI in consortium	5	4	4
BroBizz Operatør A/S	7	7	8
EFKON GmbH	8	8	8

...

Efkon fremsatte indsigelser mod Fjordforbindelsen Frederikssunds tildelingsbeslutning af 23. august 2018.

Ved e-mail af 28. august 2018 til Efkon besvarede Fjordforbindelsen Frederikssund en anmodning om aktindsigt. Af e-mailen fremgår blandt andet følgende:

”Please be informed that we have had no clarification process with BroBizz Operator A/S in regard to our assessment whether Brobizz Operator A/S's tender was considered to be abnormally low.
...”

Den 30. august 2018 afholdte Efkon og Fjordforbindelsen Frederikssund møde vedrørende Efkons indsigelser mod tildeling af kontrakten til BroBizz Operatør A/S.

Fjordforbindelsen Frederikssund afviste ved mail af 31. august 2018 Efkons indsigelser. I mailen står der blandt andet:

”Re. OBM

As stated in the meeting we have given the OBM thorough considerations throughout the procurement procedure. Since much of the discussion in this matter evolves around the OBM we find it useful for a common understanding to explain about our thoughts behind our inclusion of the document – both the redacted form and the OBM.

When we sent out the tender material ORD was – and still are– interested in finding a robust Operator. This is reflected in the award model as well as the KPI scheme. To ensure that the robustness could be reflected in our evaluation we decided to look for models of how we could validate tenders. After dialogue with TII and our consultant Arup we found that the OBM could ensure that. The difference from TII is that DRD always use a two-envelope system to ensure that prices are not inflicting in the evaluation of the qualitative criteria.

In order to utilize the OBM we decided to have both a OBM and a redacted version.

To guide the Tenderers, we decided to predefine some items/rows. It has been up to the Tenderers to fill out the OBM and add items/rows to specify their tender.

As per the template provided, the redacted OBM should include information on the title and number of the tenderer’s proposed staff. During the evaluation of the qualitative criteria we only had the redacted OBM with persons and no values attached. This applied for all bidders.

When we opened the price envelopes we were able to fully assess the values. Our only requirement as per PPT was that *"the figures in the pricing document and the "Payments Summary" & "Pricing Tables" worksheets of the OBM must contain the same values"*. All Tenderers have complied with this.

The OBM does not include any information on the individual Tenders market strategy.

Regarding the Tenderers market strategy this point is also reflected in tender query 104, where we have answered the following; *"The Tenderer's strategy for Registered Customers is inherently linked to the Tenderer's overall strategy for maintaining high levels of compliance and is a matter for the Tenderer."* (our extraction from the longer answer)

In our view the OBM is a tool to give the Employer an indication of the operation. It does not show the whole story of the Operators business model but only provide an insight. An insight that is useful for us as an Employer.

EFKON has presented different assumptions about what cost category/categories that should be the basis for calculating the Administration Fees. The tender material does not specify how the actual cost incurred shall be reported to the Employer. Furthermore, we doubt that the information in the OBM is suitable for estimating the future development of the administration fees.

..."

Parternes anbringender

Ad "fumus boni juris"

Efkon har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 til 3 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Fjordforbindelsen Frederikssund har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 til 3 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

BroBizz Operatør A/S har henholdt sig til det, som Fjordforbindelsen Frederikssund har gjort gældende ad påstand 1 til 3, og på den baggrund er be-

tingelsen om fumus boni juris ikke opfyldt. BroBizz Operatør A/S har derudover oplyst, at virksomheden indestår for opfyldelsen af tilbuddet.

Særligt vedrørende påstand 1 har Efkon gjort gældende, at der var forhold ved tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S, der for Fjordforbindelsen Frederikssund indikerede, at tilbuddet forekom unormalt lavt, og derved skulle Fjordforbindelsen Frederikssund have anmodet BroBizz Operatør A/S om at redegøre for de priser og omkostninger, der indgik i tilbuddet i overensstemmelse med udbudslovens § 169, stk. 1.

BroBizz Operatør A/S havde i forbindelse med anden dialogrunde afgivet indikative tilbud på henholdsvis 233 mio. kr. og 140 mio. kr. Det endelige tilbud var på ca. 65 mio. kr. Da der ikke var ændret væsentligt på udbudsmaterialet, burde prisforskellen for Fjordforbindelsen Frederikssund forekomme unormalt lavt.

Det fremgår ikke af udbudslovens § 169, stk. 1, eller af forarbejderne hertil, hvad der skal forstås ved et unormalt lavt tilbud.

Fjordforbindelsen Frederikssund iværksatte en undersøgelse af tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S, som ikke blev foretaget af de øvrige tilbud, og fandt det nødvendigt at underrette de øvrige tilbudsgivere om undersøgelsen, hvorved Fjordforbindelsen Frederikssunds handlinger klart indikerede, at tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S forekom unormalt lavt.

Fjordforbindelsen Frederikssund oplyste i tildelingsbeslutningen af 23. august 2018, at den interne undersøgelse af tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S var affødt af ”the observed differences in the tender prices submitted”. Fjordforbindelsen Frederikssund bekræftede herved, at tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S prismæssigt adskilte sig fra de øvrige tilbud. Henset til kuvert-systemet, hvor de kvalitative kriterier blev vurderet før Fjordforbindelsen Frederikssund havde kendskab til tilbudsprisen, kunne det konstateres, at den markante prisforskel ikke kunne henføres til forskelle i kvaliteten af den tilbudte løsning. Fjordforbindelsen Frederikssunds vurdering, af at tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S ikke var unormalt lavt, var begrundet i forskellige antagelser om tilbuddets interne tilbuds- og beregningsforudsætninger.

Fjordforbindelsen Frederikssund var derved forpligtet til at indhente en redegørelse fra BroBizz Operatør A/S om prissætningen i tilbuddet. Ved at undlade at indhente en sådan redegørelse, handlede Fjordforbindelsen Frederikssund i strid med udbudslovens § 169, stk. 1.

Særligt vedrørende påstand 1 har Fjordforbindelsen Frederikssund gjort gældende, at tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S ikke forekom unormalt lavt, og allerede derfor finder udbudslovens § 169, stk. 1, ikke anvendelse. Det er ikke defineret i udbudsreglerne eller forarbejderne hertil, hvornår et tilbud forekommer unormalt lavt. Af forarbejderne fremgår det, at ”Ordregiverens vurdering er altid konkret under hensyntagen til den udbudte opgave, brancheforhold og andre relevante faktorer, der kan have indflydelse på prisspændet”.

Det følger af EU-praksis og klagenævnspraksis, at ordregiver har et forholdsvist frit skøn i forhold til vurderingen af, om et tilbud er at betragte som unormalt lavt. Domstolen udtalte i C-285 og 286/99, ANAS, at en definition af, hvornår et tilbud må anses for unormalt lavt, tilkommer de enkelte medlemsstater at fastlægge, hvis en sådan definition ønskes (præmis 67). I Danmark har man ikke valgt at definere ”unormalt lavt” i udbudsloven.

Af klagenævnets kendelse af 4. marts 2016, Biblioteksmedier A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S, fremgår ligeledes, at ”det er ordregiverens skønsmæssige vurdering, om et tilbud må anses for unormalt lavt, jf. udbudsdirektivets artikel 55, stk. 1, og dermed udløser pligt til at indhente en nærmere redegørelse”.

Fjordforbindelsen Frederikssund foretog alene en konkret vurdering af, om tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S ”forekom” unormalt lavt, og om der var grundlag for at iværksætte proceduren i udbudslovens § 169, stk. 1. Fjordforbindelsen Frederikssund fandt ikke, at dette var tilfældet, og underrettede de øvrige tilbudsgivere herom i forbindelse med tildelingsbeslutningen. Den omstændighed, at Fjordforbindelsen Frederikssund finder anledning til at foretage en vurdering af tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S, medfører ikke, at tilbuddet derved automatisk forekommer unormalt lavt.

Endvidere har Fjordforbindelsen Frederikssund gjort gældende, at udbudslovens § 169, stk. 1, har to formål, at give ordregiver mulighed for at afvise tilbud, som ikke fremstår pålidelige, og at sikre tilbudsgiverne mod, at or-

ordregiver ikke vilkårligt kan afvise et tilbud som unormalt lavt uden at have indhentet en udtalelse fra tilbudsgiveren. Beskyttelseshensynet er således ordregiveren og den enkelte tilbudsgiver, hvis tilbud fremkommer unormalt lavt.

Idet Fjordforbindelsen Frederikssund ikke fandt, at tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S forekom unormalt lavt, har myndigheden med rette ikke iværksat proceduren efter udbudslovens § 169, stk. 1, og indhentet en redegørelse, og der er ikke grundlag for at tilsidesætte Fjordforbindelsen Frederikssunds skønsmæssige vurdering om ikke at indhente en redegørelse fra BroBizz Operatør A/S.

Særligt vedrørende påstand 2 har Efkon gjort gældende, at Fjordforbindelsen Frederikssund handlede i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S, idet tilbuddet var unormalt lavt.

Overfor Fjordforbindelsen Frederikssunds afvisningspåstand har Efkon gjort gældende, at forpligtelsen til at afvise tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S udspringer af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Udbudslovens § 169, stk. 3, kan ikke forstås sådan, at bestemmelsen udtømmende regulerer en ordregivers pligt til at forkaste et tilbud som unormalt lavt, da tilsvarende må gælde, hvis evalueringresultatet ikke er retvisende, hvilket vil være tilfældet, såfremt prisen er så lav, at tilbuddet umiddelbart må anses for uholdbart, eller hvis der er risiko for, at der efterfølgende måtte ske en korrektion af prisen, jf. ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2. Efkon har herved henvist til klagenævnets kendelser af henholdsvis 21. juli 2011, Graphic Wave ApS mod Økonomistyrelsen, og 13. januar 2004, E. Pihl og Søn A/S mod Hadsund Kommune. Dette bekræftes af klagenævnets kendelse af 12. juli 2017, Tieto Denmark A/S mod Finansministeriets Koncern. Klagenævnet udtale, at ”det [skal] indgå i vurderingen, at en ordregiver ikke er forpligtet til at afvise unormalt lave tilbud, medmindre der foreligger ganske særlige omstændigheder, jf. bl.a. udbudslovens § 169, stk. 3”.

Efkon har endvidere henvist til Rettens dom af 4. juli 2017 i sag T-392/15, European Dynamics Luxembourg mfl. Mod ERA, hvor det i præmis 89 er anført:

”Hvis der derimod foreligger holdepunkter, der kan vække mistanke om, at et bud kan være unormalt lavt, skal den ordregivende myndighed i anden omgang foretage en kontrol af det pågældende buds sammensætning med henblik på at sikre sig, at dette ikke er unormalt lavt. I denne forbindelse har den ordregivende myndighed pligt til at give tilbudsgiveren for dette bud mulighed for at påvise, hvorfor han ikke mener, at budet er unormalt lavt. Den ordregivende myndighed skal dernæst vurdere de afgivne forklaringer og afgøre, om det pågældende bud er unormalt lavt, i hvilket tilfælde den er forpligtet til at afvise det.”

Tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S var unormalt lavt, da tilbudsberegningerne var baseret på forkerte forudsætninger vedrørende ”Toll Evaders”, og der var ikke allokeret omkostninger til de aktiviteter, der var forudsat for at kunne realisere den tilbudte ”Operator Business Model” (herefter OBM). Tilbuddet havde derved indbyrdes uoverensstemmelser.

Efkon har, på baggrund af tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S, foretaget en beregning af tilbuddet for at fastslå ”Additional Service Payment”. Resultatet af beregningen er som følger:

Registration Rate (lower and upper band)	80%		93%	
	Danish	Foreign	Danish	Foreign
Annual Number of Vehicle Passages	4 380 000		4 380 000	
Traffic Share	99%	1%	99%	1%
Annual Number of Vehicle Passages	4 336 200	43 800	4 336 200	43 800
Number of Vehicle Passages of Registered	3 468 960	35 040	4 032 666	40 734
Number of Vehicle Passages of Unregistered Vehicles	867 240	8 760	303 534	3 066
Only TINs with 1 Vehicle Passage:				
Number of Vehicle Passages invoiced in the TINs in case 1 vehicle passage per TIN (based on value of BroBizz income)	280 095	2 790	280 095	2 790
Share of Toll Evaders out of Vehicle Passages	6,5%	6,4%	6,5%	6,4%
Share of Toll Evaders out of Unregistered Customer Vehicle Passages	32,3%	31,9%	92,3%	91,0%
Only TINs with 2 Vehicle Passage:				
Number of Vehicle Passages invoiced in the TINs in case 2 vehicle passage per TIN (based on value of BroBizz income)	534 727	5 327	534 727	5 327
Share of Toll Evaders out of Vehicle Passages	12,3%	12,2%	12,3%	12,2%
Share of Toll Evaders out of Unregistered Customer Vehicle Passages	61,7%	60,8%	176,2%	173,7%

Efkon har på den baggrund gjort gældende, at der var indlagt en forudsætning i tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S om, at antallet af ”Toll Evaders” ville udgøre mellem 31,9 % og 176,2 %, hvor markedsnormen udgør under 10 % af ikke-registrerede brugere. BroBizz Operatør A/S baserede derved sit tilbud på et urealistisk niveau i forhold til at generere ”Administration Fees”. Udbudsmaterialet må forstås som, at der alene kan pålægges et ”Administration Fee” til ”Toll Evaders”, hvorved der ikke kan opkræves et ”Administration Fee” fra alle ikke-registrerede brugere, som sket i tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S. Det er alene de ikke-registrerede brugere, som ikke betaler afgift, der kan opkræves ”Administration Fee” hos.

Efkon har derudover gjort gældende, at BroBizz Operatør A/S ikke allokerede de omkostninger, der efter tilbuddets indhold, var nødvendige for at kunne realisere den tilbudte OBM. OBM'en var ikke en del af evalueringsgrundlaget, men var en afgørende forudsætning for de tilbudspriser, der indgik i evalueringsgrundlaget. På baggrund af Efkons egne beregninger udgjorde ”Fixed Variable Costs” i tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S 5.302.476 kr. BroBizz Operatør A/S afsatte i tilbuddet alene 2.666.176 kr. årligt til alle ”variable costs”, hvoraf ”Fixed Variable costs” alene udgjorde en del heraf. Beregningerne blev foretaget med udgangspunkt i, at ”Administration Fee” skulle svare til operatørens faktiske omkostninger, og at operatøren alene modtager 50 % af det opkrævede ”Administration Fee” for ”Danish Evaders”, således at omkostningerne udgjorde 200 % af den forventede indtægt. De omkostninger, som BroBizz Operatør A/S indeholdt i tilbuddet til ”Variable Costs”, dækkede derved kun halvdelen af de faktiske omkostninger, BroBizz Operatør A/S skulle afholde ved opgavens udførelse. Tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S indeholdt derved et misforhold mellem forventninger til indtægter og omkostningsdækning.

Tilbuddet indeholdt derudover også en forudsætning om en meget høj indrivelsesprocent, som var forudsætningen for, at der kunne genereres indtægter som ”Administration Service Payment”. Det ville være nødvendigt at opretholde en forholdsvist stor organisation til håndtering af opgaver forbundet med teknisk og finansiel management, marketing, kommunikation, vedligeholdelse, kontraktstyring af underleverandører, mv. BroBizz Operatør A/S havde alene afsat to lavtlønnede fuldtidsstillinger hertil, hvilket ikke kunne anses for tilstrækkeligt.

Efkon har samlet gjort gældende, at der i tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S var indlagt forudsætninger om antallet af ”Toll Evaders”, som var urealistiske. Tilbuddet afspejlede et åbenbart misforhold mellem de projekterede indtægter og udgifter forbundet med ”Administration Fee”, samt tilbød en organisation, som ikke kunne håndtere den tilbudte løsning. I klagenævnets kendelse af 21. juli 2011, Graphic Wave ApS mod Økonomistyrelsen, anføres det, at ordregiveren er forpligtet til at afslå unormalt lave tilbud, hvor der foreligger ganske særlige omstændigheder. Klagenævnet uddyber ikke, hvad der må forstås ved ”ganske særlige omstændigheder”, men udtaler, at ”der ikke er fremkommet dokumentation for, at tilbuddet er usædvanligt lavt eller for, at prisen er så lav, at tilbuddet umiddelbart må anses for uholdbart”. Et unormalt lavt tilbud antages på den baggrund at være tilbud, der ikke kan opfylde de i udbudsmaterialet fastsatte krav.

Tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S indeholdt en urealistisk prissætning, hvorved det var åbenbart, at tilbuddet var unormalt lavt. Fjordforbindelsen Frederikssund handlede på den baggrund i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved ikke at afvise tilbuddet som unormalt lavt.

Særligt vedrørende påstand 2 har Fjordforbindelsen Frederikssund principalt gjort gældende, at Fjordforbindelsen Frederikssund ikke på det foreliggende grundlag ville være berettiget til at afvise tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S. Udbudslovens § 169, stk. 2, angiver eksplicit, at en ordregiver ikke kan afvise et tilbud som unormalt lavt, uden forinden at have indhentet en redegørelse fra den omhandlende tilbudsgiver. Påstand 2 skal på den baggrund afvises, da påstanden efter sit indhold ikke kan tages under påkendelse.

Subsidiært har Fjordforbindelsen Frederikssund bestridt, at tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S var unormalt lavt, og derved skulle have været afvist som uantageligt.

Udbudslovens § 169, stk. 3, fastsætter en udtømmende opregning af de tilfælde, hvor en ordregiver er forpligtet til at afvise et tilbud som unormalt lavt. Af bestemmelsen fremgår, at ordregiver er forpligtet til at afvise et tilbud, hvis tilbuddet er unormalt lavt, fordi tilbudsgiveren eller dennes underleverandører har tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljø-, social- og arbejdsretlige område. Bortset fra de tre tilfælde, har ordregiver ikke en pligt, men blot en ret, til at afvise tilbud som unormalt lave. Dette under-

støttes ligeledes af forarbejderne til udbudslovens § 169, stk. 3, hvoraf fremgår, at ”Ordregiveren er alene forpligtet til at afvise ansøgere i de situationer, som er nævnt i stk. 3”. Tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S indeholdt ingen overtrædelser af de gældende forpligtelser inden for det miljø-, social- og arbejdsretlige område.

Klagenævnets kendelse af 21. juli 2011, Graphic Wave ApS mod Økonomistyrelsen, omhandler det gamle udbudsdirektiv, direktiv 2004/18/EF, artikel 55. Praksis knyttet hertil er ikke videreført til udbudslovens § 169, stk. 3. Såfremt klagenævnet måtte være uenig heri, har Fjordforbindelsen Frederikssund gjort gældende, at Efkon ikke har dokumenteret, at der foreligger ”ganske særlige omstændigheder” ved tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S. I kendelse af 4. juli 2007, COWI A/S mod Sønderjyllands Amt, afviste klagenævnet at et tilbud var unormalt lavt. Tilbuddet var 30 % lavere end tilbudsprisen i tilbuddet med næstlaveste tilbudspris. I den tidligere omtalte kendelse af 21. juli 2011 var tilbuddet 50 % lavere end tilbudsprisen i tilbuddet med næstlaveste tilbudspris, og også her afviste klagenævnet, at tilbuddet var unormalt lavt. Tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S var ca. 40 % lavere end tilbudssummen fra Efkon, som afgav det næstlaveste tilbud. På den baggrund foreligger der ikke ”ganske særlige omstændigheder”, som medfører, at Fjordforbindelsen Frederikssund skulle have afvist tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S som unormalt lavt.

Fjordforbindelsen Frederikssund har endvidere gjort gældende, at BroBizz Operatør A/S har opbygget sin OBM på egne forudsætninger. OBM'en er ikke bindende for BroBizz Operatør A/S. BroBizz Operatør A/S var alene bundet af priserne i prislisen. Formålet med OBM'en var ikke, at Fjordforbindelsen Frederikssund skulle efterprøve alle detaljer i tilbudsgivernes prissætning. OBM'en indgik i den kvalitative evaluering i en version uden prisoplysninger, således at Fjordforbindelsen Frederikssund kunne undersøge, om den tilbudte kvalitative løsning var afspejlet i OBM'en.

Efkons gennemgang af tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S er sket ud fra den fremgangsmåde, Efkon har valgt i deres eget tilbud. BroBizz Operatør A/S har anvendt en anden fremgangsmåde, som ikke er sammenlignelig. Det er helt sædvanligt, at tilbudsgiverne vælger forskellige løsninger til at gennemføre en opgave. Formålet med at gennemføre et udbud er ikke at diktere en bestemt løsning, men at sikre en lige konkurrence mellem tilbudsgiverne. Det er ligeledes helt sædvanligt, at tilbudsgiverne selv fast-

lægger deres tilbudte løsning inden for de af ordregiver udstukne rammer, herunder under hensyntagen til evalueringsmodellen som fastlægger, hvordan en ordregiver vil evaluere tilbuddene. Tilbudsgiverne kan dermed foretage en kommerciel vurdering af, hvordan de vil løse opgaven, og hvilken pris de skal sætte, herunder hvad der er den rigtige strategi på tværs af pris og kvalitet for at have bedst mulig chance for at vinde udbuddet.

Udbuddet var tilrettelagt sådan, at tilbudsgiverne havde fri mulighed for at fastlægge i hvilket omfang, deres løsning skulle baseres på brug af egne ansatte eller underleverandører. Det var op til tilbudsgiverne at estimere de mulige gebyrindtægter ved opkrævning for passage af broen af uregistrerede køretøjer, ligesom det var op til tilbudsgiverne at fastlægge forudsætningerne for særligt antallet af registrerede brugere, som har direkte indflydelse på størrelsen af de mulige gebyrindtægter.

Fjordforbindelsen Frederikssund foretog en kvalitativ evaluering af de modtagne tilbud ud fra underkriterierne i evalueringsmodellen. Fjordforbindelsen Frederikssund fandt, uden forudgående kendskab til BroBizz Operatør A/S' tilbudte priser, at BroBizz Operatør A/S' tekniske løsning var realistisk og robust. Fjordforbindelsen Frederikssund vurderede således ikke, at tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S var underbemandet eller på anden måde var utilstrækkelig i forhold til at løse de skitserede opgaver, men tværtimod at der var tale om en robust løsning, der blev vurderet til på tilfredsstillende vis at håndtere de skitserede opgaver.

Fjordforbindelsen Frederikssund foretog en række ændringer undervejs i udbudsprocessen. En af ændringerne angik opkrævning af gebyrer. Med ændringen blev det op til tilbudsgiverne at estimere, hvilket indtægtsniveau de ville være i stand til at opnå for disse gebyrer. Der er en lang række parametre, som spiller ind på denne vurdering, herunder antallet af registrerede brugere, antallet af uregistrerede brugere der uopfordret betaler, antallet af uregistrerede brugere der betaler efter udstedt faktura osv. Det var derved navnlig tilbudsgivernes forudsætning om andelen af registrerede brugere, der var væsentlig, da det alene er de uregistrerede brugere, som kan pålægges gebyrer. De indkomne tilbud afspejlede, at de tre tilbudsgivere havde anvendt vidt forskellige estimater over, hvordan fordelingen af disse indtægter ville være.

Fjordforbindelsen Frederikssund har bestridt Efkons forståelse af kontraktgrundlaget vedrørende, hvornår operatøren vil være berettiget til sin andel

af "Administration Fee". Dog har dette meget lille betydning for vurderingen af tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S. "Administration Fee" skulle ikke i forholdet 1:1 svare til omkostningerne forbundet med inddrivelsesopgaven. Efkons beregninger vedrørende antallet af "Toll Evaders" bygger på en række forudsætninger, herunder at det forudsættes, at andelen af registrerede køretøjer er 80 % hhv. 93 %, og at flere passager kan medtages på samme faktura. Der var ikke krav om disse forudsætninger i udbudsmaterialet. Det var overladt til tilbudsgiverne at estimere, hvilket omfang af gebyrdrevne indtægter, der kunne oppebæres fra betalingsopkrævningen. Dette medførte forskellige strategier på forskellige områder, som Fjordforbindelsen Frederikssund ikke havde grundlag for at efterprøve, men alene at kontrollere om forudsætningerne virkede realiserbare.

OBM'en var et redskab til at opnå indsigt i de afgivne priser, og derved var det ikke samtlige af de oplysninger, der fremgik heraf, som var bindende for kontrakten. For betalingen af "Additional Service Payments" gjaldt, at Fjordforbindelsen Frederikssund alene var forpligtet til at betale disse, hvis operatøren havde indkrævet de tilsvarende gebyrer. Efkon har derved ikke sandsynliggjort, at Fjordforbindelsen Frederikssunds vurdering i notat af 10. august 2018 ikke skulle være korrekt. Efkon har alene gjort gældende, at virksomhedens egne forudsætninger er korrekte, og at BroBizz Operatør A/S' forudsætninger er forkerte.

Fjordforbindelsen Frederikssund har afslutningsvist gjort gældende, at såfremt klagenævnet måtte finde, at tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S var unormalt lavt, kan udbudsreglerne ikke føre til, at påstand 2 skal tages til følge. Det er ikke i strid med udbudsreglerne, hvis en tilbudsgiver, som har afgivet et unormalt lavt tilbud, tildeles en kontrakt på baggrund af et sådan tilbud, jf. forarbejderne til udbudslovens § 169, stk. 3, hvoraf fremgår, at "Ordregiver har en ret til at afvise unormalt lave tilbud, men ikke pligt her til". Fjordforbindelsen Frederikssund handlede derved ikke i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved ikke at afvise tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S som unormalt lavt.

Særligt vedrørende påstand 3 har Efkon gjort gældende, at de anførte overtrædelser ad påstand 1 og 2 medfører, at tildelingsbeslutning af 23. august 2018 skal annulleres.

Særligt vedrørende påstand 3 har Fjordforbindelsen Frederikssund gjort gældende, at myndigheden ikke har overtrådt udbudsreglerne, som anført ad påstand 1 og 2, og der er derfor ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen af 23. august 2018.

Ad uopsættelighed

Efkon har gjort gældende, at virksomheden vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Efkons mulighed for at blive tilkendt erstatning udgør ikke et tilstrækkeligt værn mod det tab, virksomheden lider.

Fjordforbindelsen Frederikssund har gjort gældende, at Efkon ikke har dokumenteret, at virksomheden vil lide en alvorlig og uoprettelig skade, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Endvidere har Efkon ikke godtgjort, at et tab ikke kan tilgodeses ved en økonomisk compensation.

Det følger af EU-praksis, at virksomheder, der deltager i udbud, aldrig kan regne med at få tildelt kontrakten, og dette udgør en kommerciel risiko, som virksomhederne må tage i betragtning. Ligesom det følger af EU-praksis, at når der kan ydes økonomisk erstatning for individuelle tab ved fejlagtige udbudsprocedurer, er sådanne tab ikke uoprettelige.

Endelig har Fjordforbindelsen Frederikssund gjort gældende, at Efkon ikke har godtgjort, at der foreligger sådan særlig alvor ”fumus boni juris”, at der er grundlag for at slække på uopsættelighedskravet. På den baggrund har Fjordforbindelsen Frederikssund samlet gjort gældende, at betingelsen om uopsættelighed ikke er opfyldt.

Ad interesseafvejning

Efkon har gjort gældende, at interesseafvejningen skal falde ud til fordel for virksomheden.

Fjordforbindelsen Frederikssund har gjort gældende, at en interesseafvejning skal føre til, at klagen ikke tillægges opsættende virkning. Fjordforbindelsen Frederikssund har en betydelig interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, idet broen forventes at kunne åbne i det sene efterår 2019. Operatøren har derved som minimum 13 månederne til at mobi-

lisere og teste betalingsanlægget, således at det er fuldt funktionsdygtigt ved åbningen. Ved at tillægge klagen opsættende virkning, kan dette medføre, at ibrugtagning af broen udskydes. Dette vil medføre et samfundsøkonomisk tab, som følge af manglende indtægter fra broafgifter i perioden indtil den forsinkede åbning af broen, ligesom samfundet ikke vil få nytte af anlægsinvesteringen til den forventede tid.

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:

Det fremgår af udbudslovens § 169, at en ordregiver, der modtager et tilbud, der forekommer unormalt lavt, skal anmode tilbudsgiveren om inden for en passende frist at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet. Det er ikke nærmere defineret, hvornår et tilbud er "unormalt lavt", og det vil således bero på et konkret skøn fra ordregiverens side. Ordregiver har et forholdsvist frit skøn ved denne vurdering.

Ved afgørelsen af, om ordregiveren har pligt til at anmode om en sådan redegørelse, må principperne om proportionalitet og ligebehandling i udbudslovens § 2 inddrages. Også formålet med bestemmelsen må inddrages.

Klagenævnet skal herefter i første række tage stilling til, om bestemmelsen i udbudslovens § 169, stk. 3, indeholder en udtømmende regulering af de tilfælde, hvor en ordregiver har pligt til at forkaste et tilbud som unormalt lavt, eller – som anført af Efkon – om ordregiveren har en tilsvarende pligt, hvis evalueringresultatet ikke er retvisende, dvs. såfremt prisen er så lav, at tilbuddet umiddelbart må anses for uholdbart, eller hvis der er risiko for, at der efterfølgende måtte ske en korrektion af prisen, jf. ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Af de specielle bemærkninger i lovforslaget til udbudsloven (lovforslag nr. L 19 af 7. oktober 2015) til udbudslovens § 169, fremgår følgende:

"Det gældende direktivs artikel 55 fastsætter, at ordregiver kan afvise tilbud, som er unormalt lave. Det er ikke endeligt afklaret i retspraksis fra EU-domstolen eller i praksis fra Klagenævnet for Udbud, hvorvidt artikel 55 medfører en pligt for ordregiver til at identificere og undersøge tilbud, der forekommer unormalt lave, og hvorvidt ordregiver er forpligtet til at afvise unormalt lave tilbud. Ordregiver skal i sin undersøgelse af, hvorvidt tilbudsgivers tilbud er unormalt lavt, inddrage oplysningerne, som tilbudsgiver er fremkommet med.

§ 169 gennemfører direktivets artikel 69. I forhold til gældende ret er det præciseret, at ordregiver har en pligt til at undersøge tilbud, der forekommer unormalt lave. Derudover skal ordregiver afvise et unormalt lavt tilbud, hvis dette skyldes, at tilbudsgiver eller dennes underleverandører ikke overholder forpligtelserne inden for miljø- social og arbejdsmarkedslovgivning.

Bestemmelsen i stk. 1 fastsætter, at ordregiveren identificerer, om modtagne tilbud er unormalt lave. Ordregiveren har pligt til at anmode tilbudsgiver om at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet. Ordregiverens vurdering er altid konkret under hensyntagen til den udbudte opgave, brancheforhold og andre relevante faktorer, der kan have en indflydelse på prisspændet. Ordregiveren har en ret til at afvise unormalt lave tilbud, men ikke en pligt hertil.

Før ordregiveren kan afvise et tilbud, som efter ordregiverens vurdering er unormalt lavt, har ordregiveren en pligt til at anmode tilbudsgiver om en redegørelse for de priser eller omkostninger, der er foreslået i tilbuddet, jf. § 169, stk. 2. Det er formålet med denne bestemmelse, at ordregiveren ikke kan afvise et tilbud, som værende unormalt lavt, før tilbudsgiver har haft mulighed for at forklare sammensætningen af tilbuddets priser eller omkostninger.

...

... Det påhviler ordregiveren at påvise, at anmodningen om en redegørelse for det lave pris- eller omkostningsniveau er fremsat, inden tilbuddet afvises som værende unormalt lavt.

Ordregiveren er alene forpligtet til at afvise ansøgere i de situationer, som er nævnt i stk. 3, hvorefter ordregiveren skal afvise et tilbud, når tilbuddet er unormalt lavt, fordi tilbudsgiver eller dennes underleverandør har tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljømæssige-, sociale- og arbejdsretlige område.

I henhold til stk. 4 kan ordregiver kun afvise et tilbud som unormalt lavt med den begrundelse, at tilbudsgiver har modtaget statsstøtte, når tilbudsgiver ikke inden for en passende frist har godtgjort, at den pågældende støtte er forenelig med det indre marked, jf. artikel 107 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde. Herved er stk. 4 en begrænsning af muligheden for at afvise et tilbud som værende unormalt lavt i henhold til stk. 2.

Bestemmelsen i stk. 2 fastsætter, at ordregiveren kun kan afvise et tilbud, som værende unormalt lavt, hvis den fremlagte dokumentation ikke på en tilfredsstillende måde begrunder det lave pris- eller omkostningsniveau. Det er ordregiverens skøn. Formålet med denne bestemmelse er at beskytte tilbudsgiver mod, at et tilbud afvises på et uoplyst grundlag. Bestemmelsen beskytter ikke tilbudsgiver mod ordregiverens accept af et unormalt lavt tilbud.”

Udbudslovens § 169 gennemfører udbudsdirektivets artikel 69, hvor stk. 3 lyder:

”Den ordregivende myndighed vurderer de oplysninger, som tilbudsgiveren er fremkommet med ved redegørelsen. Myndigheden kan kun afvise tilbuddet, hvis det foreslåede lave pris- eller omkostningsniveau ikke på tilfredsstillende måde kan begrundes ud fra den fremlagte dokumentation, efter at de i stk. 2 nævnte elementer er taget i betragtning. De ordregivende myndigheder afviser tilbuddet, hvis de har fastslået, at det er unormalt lavt, fordi det ikke er i overensstemmelse med de gældende forpligtelser, som er omhandlet i artikel 18, stk. 2.”

Artikel 18, stk. 2, pålægger medlemsstaterne at træffe passende forholdsregler for at sikre, at økonomiske aktører i forbindelse med gennemførelsen af offentlige kontrakter overholder gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning i henhold til EU-retten, national lovgivning, kollektive aftaler eller i henhold til de internationale miljø-, social- og arbejdsmarkedsretlige lovbestemmelser, der er nævnt i bilag X.

I betragtning 103 til direktivet hedder det om artikel 69:

”Tilbud, der forekommer unormalt lave i forhold til anlægs- og byggearbejderne, varerne eller tjenesteydelserne, kan være baseret på teknisk, økonomisk eller retligt uforsvarlige antagelser eller praksis. Hvis tilbudsgiveren ikke kan give en tilstrækkelig begrundelse, kan den ordregivende myndighed afvise tilbuddet. Afvisning bør være obligatorisk i tilfælde, hvor den ordregivende myndighed har konstateret, at den foreslåede unormalt lave pris eller de foreslåede unormalt lave omkostninger skyldes manglende overensstemmelse med obligatorisk EU-ret eller national lovgivning der er forenelig hermed på det sociale, arbejdsretlige eller miljømæssige område eller overtrædelser af internationale arbejdsretlige bestemmelser.”

Der er således hverken efter ordlyden af bestemmelsen i udbudslovens § 169, denne bestemmelses forarbejder eller i det bagvedliggende udbudsdirektiv støtte for, at der ved siden af de tilfælde, der er omfattet af bestemmelsens stykke 3, er holdepunkter for en fortolkning om, at der ud over de udtrykkeligt opregnede tilfælde skulle være en pligt for ordregiveren til at afvise tilbud, som må anses for unormalt lave. Tværtimod synes den nævnte præambelbetragtningssondring mellem de tilfælde, hvor ordregiveren kan vælge at afvise et unormalt lavt tilbud, og de tilfælde, hvor ordregiveren skal afvise et sådant tilbud, at forudsætte, at dette ikke er tilfældet. Bestemmelsen må herefter fortolkes således, at den udtømmende opregner de ganske særlige omstændigheder, hvor en ordregiver har pligt til at afvise et

unormalt lavt tilbud, således at den tidligere praksis på dette område ikke længere er af direkte betydning.

Klagenævnet finder herved, at sidste led i præmis 89 i Rettens dom af 4. juli 2017 i sag T-392/15, *European Dynamics Luxembourg m.fl.*, ikke kan føre til en anden fortolkning af bestemmelsen i udbudslovens § 169, stk. 3. Udtalelsen er ikke nærmere begrundet og ses ikke gentaget i anden praksis, herunder praksis fra Domstolen. Klagenævnet finder på den baggrund, at præmissens bemærkning må ses i lyset af den særlige situation, der forelå i den konkrete sag, og at der ikke er grundlag for at udstrække den ud over det anvendte regelsæt.

Fjordforbindelsen Frederikssund foretog en gennemgang og konkret vurdering af, om tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S forekom unormalt lavt.

Det fremgik af notat af 10. august 2018, hvad Fjordforbindelsen Frederikssund havde lagt vægt på ved vurderingen, der mundede ud i konklusionen om, at tilbuddet ikke forekom unormalt lavt.

Der foreligger ikke oplysninger, som giver grundlag for at tilsidesætte Fjordforbindelsen Frederikssunds skøn over, at tilbuddet ikke forekom unormalt lavt.

Fjordforbindelsen Frederikssund var derfor ikke forpligtet til at indhente en redegørelse fra BroBizz Operatør A/S forud for tildelingsbeslutningen.

Det bemærkes, at de forhold, at der var væsentlig forskel på tilbudssummerne i de indikative tilbud under dialogrunden og i det endelige tilbud fra BroBizz Operatør A/S, og at Fjordforbindelsen Frederikssund på grund af forskellene i tilbudspriserne iværksatte en undersøgelse af, om tilbuddet fra BroBizz Operatør A/S ”forekom” unormalt lavt, ikke i sig selv kan føre til, at en ordregiver er forpligtet til at anse tilbuddet for at forekomme unormalt lavt, eller at Fjordforbindelsen Frederikssund var forpligtet til at indhente en redegørelse i medfør af udbudslovens § 169, stk. 1.

Der er derfor på det foreløbige foreliggende grundlag ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Dermed er der heller ikke udsigt til, at påstand 2 og 3 vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 om ”fumus boni juris” er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Jeanne Schou
chefkonsulent