

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

K E N D E L S E

LF Vent ApS
(selv)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(advokat Nikolaj Lysebjerg Hansen
og advokat Niels Karl Heilskov Rytter, København)

Klagenævnet har den 24. april 2024 modtaget en klage fra LF Vent ApS. LF Vent ApS har den 30. april 2024 fremsendt et præciseret klageskrift.

Klagen er indgivet i standstill-perioden, og Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI) må derfor ikke underskrive kontrakt, før klagenævnet har truffet afgørelse om spørgsmålet om opsættende virkning, jf. § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-15 og svarskrift med bilag A-E.

Klagens indhold

LF Vent ApS har nedlagt følgende påstand:

”Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med § 169 stk. 2 i LOV nr 1564 af 15/12/2015, da HEEDS A/S evalueringstekniske pris på 2.046.040,00 DKK (Bilag 12) ligger 72,5% under FMI’s anslået værdig på 7.500.000,00 DKK”

LF Vent ApS har ikke udtalt sig særskilt om spørgsmålet om opsættende virkning.

FMI har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge, og at klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 116380-2024 af 22. februar 2024, som blev offentliggjort den 26. februar 2024, udbød FMI anskaffelse af rackkølere til Forsvarets IVER-klasse-skibe til en anslået værdi af 7.500.000 kr. Tildelingskriteriet er angivet som ”laveste pris”. Fristen for indgivelse af tilbud var den 26. marts 2024.

Der fremgår følgende af udbudsbetingelsernes punkt 7.2:

”7.2 Evalueringsmetode

Med henblik på at vurdere, hvilket tilbud der har den laveste pris, har FMI i Anneks B.1 samlet de vare der er omfattet af Kontrakten. Evalueringsprisen udregnes automatisk i excel-arket, som summen af prisen for initialanskaffelsen af rackkølere og reservedele, og prisen for optioner på yderligere rackkølere.”

Inden tilbudsfristen den 26. marts 2024 modtog FMI tilbud fra henholdsvis LF Vent ApS og HEEDS A/S.

Som led i tilbudsevalueringen anmodede FMI den 3. april 2024 HEEDS A/S om at redegøre for de priser og omkostninger, der indgik i tilbuddet, herunder særligt ventilatorer og drænpumpe, med henblik på at afgøre, om der var tale om et unormalt lavt tilbud i udbudsretlig forstand.

HEEDS A/S sendte den 5. april 2024 en redegørelse til FMI.

På baggrund af HEEDS A/S’ redegørelse vurderede FMI, at der ikke var grundlag for at afvise tilbuddet som unormalt lavt.

Ved brev af 15. april 2024 skrev FMI blandt andet følgende til LF Vent ApS:

”Udbud vedrørende rackkølere til Forsvarets IVER-kl. skibe - udbudsbekendtgørelse 116380-2024

Forsvarsministeriet, Materiel- og Indkøbsstyrelsen (FMI) takker jer for tilbuddet i forbindelse med udbuddet. FMI påskønner den tid og de kræfter, De har lagt i deltagelsen i dette udbud.

FMI har gennemgået de to indkomne tilbud og evalueret dem på baggrund af tildelingskriteriet og de i udbudsbetingelserne anførte krav.

FMI beklager at måtte meddele, at De ikke er blevet tildelt kontrakten, da den anden tilbudsgiver, HEEDS A/S, har afgivet tilbuddet med den laveste pris.

Jeres evalueringstekniske pris er: 6.785.800 DKK

HEEDS A/S' evalueringstekniske pris er: 2.046.040 DKK

Grundet den store forskel i priserne, anmodede vi HEEDS A/S om en redegørelse for deres prissætning. HEEDS' redegørelse for prissætningen var i vores optik fyldestgørende, og vi ser ingen grund til at undersøge forholdet nærmere. Vi har derfor besluttet at tildele kontrakten til HEEDS.

I overensstemmelse med tildelingsbeslutningen, agter FMI at indgå kontrakt med HEEDS A/S.”

HEEDS A/S' evalueringstekniske pris var imidlertid forkert angivet i brevet, da der herved ikke var medregnet HEEDS A/S' priser for optioner, som vægget udgjorde 565.000 kr. Den korrekte samlede evalueringstekniske pris udgjorde således 2.611.040 kr.

Ved mail af 17. april 2024 skrev Lars Fischer fra LF Vent ApS blandt andet følgende til FMI:

”Angående Udbudsbekendtgørelse 116380-2024

Da der er en prisforskel på 4.739.760 kr., er det ikke det samme der er tilbudt. HEEDS A/S pris ligger flere millioner under vores indkøbspris på materialer, måske er vi ikke særligt dygtige til indkøb, men ikke så meget.

Leverancen består af: ventilatorer, køleflader, blik der skal bukses til kanal, elkabler og stik og samledåse, gummi slanger, gennemføringer i rustfrit stål etc., og så skal det hele samles, det kan ikke gøres i Europa, til en gennemsnitspris af 6.865,90 DKK/stk., vi taler om 348 stk., 2 prototyper og 246 stk. +100 stk. der kun tæller halvt.

Er det muligt at få en beskrivelse af HEEDS leveringsomfang? Jeg vil gerne se om det er os der er gået galt af specifikationen.”

Den 18. april 2024 svarede FMI følgende til Lars Fischer:

”Som nævnt i afgørelsesskrivelsen har FMI – i overensstemmelse med udbudslovens § 169 - indhentet en redegørelse for prissætningen fra HEEDS, som vi har fundet giver tilstrækkelig vished for, at der er overensstemmelse mellem den udbudte ydelse og den tilbudte pris. FMI ser således ikke grund til undersøge forholdet nærmere. Vi har derfor til hensigt at indgå aftalen med HEEDS.”

Som følge af den indgivne klage til klagenævnet, har FMI endnu ikke indgået kontrakt med HEEDS A/S.

Parternes anbringender

LF Vent ApS har ikke udtalt sig om, hvorvidt betingelserne for at tillægge klagen opsættende virkning er opfyldt, men klagenævnet lægger til grund, at LF Vent ApS gør gældende, at betingelserne herfor er opfyldt.

LF Vent ApS har til støtte for den nedlagte påstand anført følgende:

”...

- Dette er et unormalt lavt tilbud.
- FMI har tidligere indkøbt disse komponenter til en væsentlig højere pris hos HEEDS A/S.
Ref. Bilag 1.
- Materialeprisen er steget væsentligt. Ref. Bilag 14.
- Lønninger er steget voldsomt. Ref. Bilag 15.
- Bilag 9 viser LF Vent ApS, reelle kostpris for indkøb af materialer uden timeløn og avance, som ville resultere i en samlet evalueringstekniske pris på 2.444.615,00 DKK.”

FMI har gjort gældende, at FMI ikke har handlet i strid med udbudslovens § 169, stk. 2. Udbudslovens § 169, stk. 2, foreskriver ikke en pligt for ordregiver til at afvise et tilbud som unormalt lavt, men alene en ret for ordregiver til at afvise et tilbud som unormalt lavt, hvis det tilbudte pris- eller omkostningsniveau ikke kan begrundes på baggrund af tilbudsgiverens redegørelse. Dette fremgår også eksplicit af forarbejderne til udbudslovens § 169 og er ligeledes bekræftet i klagenævnspraksis, jf. f.eks. kendelse af 3. oktober 2018, Efkon GmbH mod Vejdirektoratet.

Ordregiver har altså kun en pligt til at afvise et tilbud som unormalt lavt i de tilfælde, der er opregnet i udbudslovens § 169, stk. 3, hvilke ikke gør sig gældende i denne sag.

FMI har desuden fulgt proceduren efter udbudslovens § 169, stk. 1, således at FMI efter modtagelsen af tilbuddene og efter at have konstateret en væsentlig prisdifference anmodede HEEDS A/S om en redegørelse for de priser og omkostninger, der indgik i tilbuddet. HEEDS A/S afgav herefter en nærmere redegørelse for de enkelte pris- og omkostningselementer, hvilket FMI fandt fyldestgørende. FMI vurderede på den baggrund, at der ikke var grundlag for at afvise tilbuddet, jf. § 169, stk. 2.

Sammenfattende er der altså ikke grundlag for at konstatere, at FMI skulle have handlet i strid med udbudslovens § 169, stk. 2, både fordi FMI på baggrund af den fremsendte redegørelse vurderede, at tilbuddet fra HEEDS A/S ikke var unormalt lavt, og fordi bestemmelsen ikke foreskriver en pligt til at afvise unormalt lave tilbud.

De ”særlige grunde” for at tillægge en klage opsættende virkning foreligger ikke i denne sag. Ingen af de tre praksisskabte betingelser for at tillægge en klage opsættende virkning er efter FMI’s opfattelse opfyldt.

Betingelsen om ”fumus boni juris” er ikke opfyldt, da det ikke er godtgjort, at FMI har handlet i strid med de udbudsretlige regler, og da LF Vent ApS i øvrigt ikke har nedlagt påstand om annullation af tildelingsbeslutningen, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 26. januar 2018, Autohuset Glostrup A/S m.fl. mod Dansk Politi.

Betingelsen om uopsættelighed er ikke opfyldt, da det ikke er godtgjort, at LF Vent ApS vil lide et alvorligt og uopretteligt tab ved at afvente afgørelsen i hovedsagen.

Betingelsen om interesseafvejning er ikke opfyldt, da det ikke er godtgjort, at en interesseafvejning bør føre til, at klagen ikke tillægges opsættende virkning.

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 følger af udbudslovens § 169, stk. 1, at ordregiver skal anmode tilbudsgiver om at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet, hvis tilbuddet forekommer unormalt lavt.

Det er oplyst, at der indkom to tilbud, og at der var en prisforskel på 4.174.760 kr. mellem tilbuddene. Udbuddets anslåede værdi var 7,5 mio. kr. FMI indhentede på den baggrund en redegørelse fra HEEDS A/S som foreskrevet i udbudslovens § 169, stk. 1. På baggrund af HEEDS A/S' redegørelse vurderede FMI, at der ikke var grundlag for at afvise tilbuddet som unormalt lavt.

Efter udbudslovens § 169, stk. 2, kan ordregiver alene afvise et tilbud som unormalt lavt, når det tilbudte pris- eller omkostningsniveau ikke kan begrundes på baggrund af tilbudsgiverens redegørelse. I udbudslovens § 169, stk. 3, er angivet en række tilfælde, hvor ordregiver skal afvise et tilbud som unormalt lavt.

Af de specielle bemærkninger i lovforslaget (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.”

Udbudslovens § 169 gennemfører udbudsdirektivets artikel 69, hvoraf fremgår i stk. 3:

”Stk. 3. 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.”

Der fremgår følgende af direktivets præambelbetragtning nr. 103:

”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.”

Klagenævnet finder, at der hverken efter ordlyden af bestemmelsen i udbudslovens § 169, dennes forarbejder eller udbudsdirektivet er støtte for at antage, at der ud over de udtrykkeligt opregnede tilfælde i udbudslovens § 169, stk. 3, gælder en pligt for ordregiveren til at afvise tilbud, som må anses for unormalt lave. Dette er også tidligere fastslået i klagenævnets praksis, jf. klagenævnets kendelse af 3. oktober 2018, Efkon GmbH mod Vejdirektoratet.

Allerede fordi der efter udbudslovens § 169, stk. 2, ikke er en pligt for ordregiver til at afvise et unormalt lavt tilbud, er der på det foreliggende grundlag ikke udsigt til, at LF Vent ApS vil få medhold i sin påstand.

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.

Ane Røddik Christensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig