

K E N D E L S E

Tieto Denmark A/S
(advokat Thomas Grønkær, København)

mod

Finansministeriets Koncern
(Kammeradvokaten v/ advokat Anni Noes Westergaard, København)

Klagenævnet har den 12. april 2017 modtaget en klage fra Tieto Denmark A/S.

Tieto Denmark A/S anmodede i den forbindelse om, at klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning.

Klageskriftet indeholdt 7 påstande hvoraf påstand 4-7 var subsidiære i forhold til påstand 1-3. Påstand 1-3 angik et annulleret udbud (i det følgende det første udbud), mens påstand 4-7 angik et udbud iværksat til afløsning af det annullerede udbud (i det følgende det andet udbud). Finansministeriets Koncern meddelte ved mail af 27. april 2017 Tieto Denmark A/S, at tildelingsbeslutningen i det andet udbud blev tilbagekaldt som følge af fejl i tilbudsevalueringen. Ved replik af 2. maj 2017 blev påstand 4-7 herefter frafaldet, ligesom anmodningen om, at klagen tillagdes opsættende virkning i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, bortfaldt. Påstand 3, der angår erstatning, er udskilt.

Tieto Denmark A/S fastholdt anmodningen om, at klagen tillagdes opsættende virkning i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1.

Klagenævnet traf den 16. maj 2017 afgørelse om, at påstand 1-2 ikke gav grundlag for at tillægge klagen opsættende virkning, bl.a. fordi betingelsen om ”fumus boni juris” ikke var opfyldt.

Den 23. maj 2017 traf Finansministeriet en ny tildelingsbeslutning.

I processkrift af 2. juni 2017 har Tieto Denmark A/S herefter bl.a. anført:

”I forhold til klageskriftet indgivet den 12. april 2017 og replik indgivet den 2. maj 2017 ønsker Tieto at opretholde påstand 1-4 og påstand 7. I forhold til påstand 4 og påstand 7 skal det oplyses, at Finansministeriet har truffet en fornyet tildelingsbeslutning ved mail af 23. maj 2017, jf. bilag 15.

...

Processkriftet er indgivet i stand-still-perioden, hvorfor klagen i henhold til lov om klagenævnet for udbud § 12, stk. 2, skal tillægges automatisk opsættende virkning i forhold til tildelingsbeslutningen af 23. maj 2017. Der henvises i øvrigt til de i klageskriftet og replikken anførte synspunkter herfor.”

Der er ikke i processkriftet af 2. juni 2017 nedlagt påstande.

Finansministeriets Koncern har i processkrift af 15. juni 2017 bl.a. anført:

”Klagenævnet har i skrivelse af 19. april 2017 besluttet at udsætte påstanden om erstatning, indtil klagenævnet har afgjort de øvrige spørgsmål. Behandlingen vedrører således på nuværende tidspunkt ikke klagers påstand 3.

Klagenævnet har herudover i delkendelse af 16. maj 2017 fastslået, at ”Påstand 4-7 er herefter frafaldet ...”.

Klagesagen vedrører således på nuværende tidspunkt heller ikke de tidligere nedlagte påstand 4 og 7, men alene klagers påstand 1 og 2.

I processkrift 1 fremsætter klager tilsyneladende på ny samme påstande, som var indeholdt i de frafaldne påstande 4 og 7. Dog må klagers processkrift 1 forstås på den måde, at disse to nye påstande er rettet mod indklagedes beslutning af 23. maj 2017 og ikke mod den annullerede beslutning af 31. marts 2017.

Nærværende processkrift er derfor rettet mod klagers påstande 1 og 2 samt de nu nedlagte påstande 4 og 7.”

I processkrift af 21. juni 2017 har Tieto Denmark A/S bl.a. anført:

”Påstande

I forhold til processkrift A fra Finansministeriet kan det bekræftes, at påstand 4 og 7 er rettet mod Finansministeriets beslutning af 23. maj 2017.”

Klagenævnet lægger på den baggrund til grund, at parterne er enige om, at Tieto Denmark A/S har nedlagt en påstand 4 og en 7 med følgende indhold:

”Påstand 4:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Finansministeriet har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 samt principperne i udbudslovens § 169 ved at tildele kontrakt til cBrain idet denne tilbudsgiver har afgivet et unormalt lavt bud.

Påstand 7:

Klagenævnet for Udbud skal annullere Finansministeriets beslutning af 23. maj 2017 om at tildele den udbudte kontrakt til cBrain A/S.”

Klagenævnet lægger ligeledes til grund, at det er i relation til disse to påstande, at Tieto Denmark A/S nu har anmodet om, at klagen tillægges opsættende virkning.

Finansministeriets Koncern har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 13, svarskrift med bilag A - E, replik med bilag 14, duplik, processkrift 1 med bilag 15 – 17, processkrift A med F – J, processkrift 2 og processkrift B.

Andre oplysninger i sagen:

Den del af klagen, der behandles i denne kendelse, angår en tildelingsbeslutning af 23. maj 2017 i et miniudbud af elektronisk sags- og dokumenthåndtering (ESDH) under SKI Rammeaftale 02.18 IT-løsninger og vedligehold, delaftale 2 som var trådt i kraft 4. november 2013. Udbuddet heraf var sket efter direktiv 2004/18/EF (det tidligere udbudsdirektiv).

Af den gældende SKI-aftale 02.18 samt bilag E til denne aftale fremgår af aftalens punkt 12.2 at cBrain A/S har forpligtet sig til, at ”... efterleve de krav og beskrivelser om CSR, som er indeholdt i bilag E” mens det af bilag E punkt 3.2 samt punkt 9, fremgår, at denne forpligtelse omfatter den gældende nationale social- og arbejdsmarkedslovgivning samt de grundlæggende internationale lovbestemmelser inden for samme område.

Kontrakten blev udbudt den 12. oktober 2016 til 4 leverandører på rammeaftalen, herunder cBrain A/S og Tieto Denmark A/S (i det følgende Tieto), som samtidig var de eneste leverandører, som bød på kontrakten.

Fristen for at afgive tilbud var fastsat til den 9. november 2016.

Ved udbuddet bød tilbudsgiverne med følgende tilbudssummer:

Tieto Denmark A/S:	kr.	6.998.800,00
cBrain A/S:	kr.	11.746.500,00

Ved mail af 22. december 2016 annullerede Finansministeriets Koncern (i det følgende Finansministeriet) udbuddet.

Den 23. februar 2017 genudbød Finansministeriet kontrakten.

Ved det andet udbud afgav tilbudsgiverne tilbud med følgende tilbudssummer:

Tieto Denmark A/S:	kr.	7.786.559,80
cBrain A/S:	kr.	7.719.812,00

I forbindelse med Finansministeriets gennemgang af tilbuddet fra cBrain A/S, blev cBrain A/S, jf. udbudslovens § 159, stk. 5, ved brev af 24. marts 2017 anmodet om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre tilbuddet i relation til de tilbudte timepriser for henholdsvis videreudvikling, overdragelse og vedligehold. Af henvendelsen fremgår bl.a.:

” ...

Derudover er der i cBrains indsendte Bilag 12a Appendiks A under punktet ”Vederlag for timebaserede ydelser jf. pkt. 3.2 i bilag C12A” angivet påfaldende lave timepriser for konsulentkategorierne under videreudvikling, overdragelse og vedligehold. Ydermere er der angivet et

iøjnefaldende spring i timepriserne under konsulentkategorierne for vedligehold, navnlig for specialist-kategorien.

Med henblik på at Digitaliseringsstyrelsen kan viderebehandle det af cBrain indsendte tilbud, beder Digitaliseringsstyrelsen i medfør af udbudslovens § 159, stk. 5 derfor cBrain om at præcisere, dels hvad der ligger til grund for det iøjnefaldende prisspring for specialist-kategorien under vedligehold, dels at redegøre for det påfaldende prisniveau for vederlagene for timebaserede ydelser. Med andre ord bedes det bekræftet, at cBrain ved udarbejdelsen af sin løsningsbeskrivelse har indtastet de tilbudte timepriser efter sin hensigt. Digitaliseringsstyrelsen ønsker i forbindelse med præciseringen at henlede cBrains opmærksomhed på udbudslovens § 159, stk. 7.

Digitaliseringsstyrelsen gør opmærksom på, at besvarelsen alene kan supplere, præcisere eller fuldstændiggøre det allerede indsendte tilbud, og at besvarelsen således ikke kan medføre, at der afgives et nyt tilbud, jf. udbudslovens § 159, stk. 5. Dette medfører bl.a., at der ikke kan ændres i de af leverandøren angivne priser i tilbuddet. ...”

cBrain A/S besvarede henvendelsen ved e-mail af 28. marts 2017, hvoraf bl.a. fremgår:

”... Vedrørende Bilag C12a Appendiks A
cBrain A/S bekræfter hermed at de indtastede timepriser er korrekte og indtastet efter hensigt. cBrain A/S tilbødte timebaserede vederlag er alene tilbudt ud fra konkurrencemæssige hensyn. ...”

Finansministeriet meddelte ved afslagsbrev af 31. marts 2017 Tieto, at cBrain A/S havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Tildelingsbeslutningen blev tilbagekaldt den 27. april 2017.

Ved e-mail af 23. maj 2017 meddelte Finansministeriet på ny Tieto, at cBrain A/S havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Af Finansministeriets evalueringsrapport, der dannede grundlag for tildelingsbeslutningen af 23. maj 2017 fremgår bl.a.:

”...

5. Vurdering af unormalt lave bud

Priserne i de to indkomne tilbud ligger under den pris, som Finansministeriets Koncern havde forventet at kunne opnå i forbindelse med tilbuddet af den fælles ESDH-løsning, og Finansministeriets koncern har

derfor foretaget en vurdering af, hvorvidt der var grundlag for at gennemføre en procedure efter udbudslovens § 169 om unormalt lave bud.

Begge tilbudsgivere har således tilbudt lavere priser end forventet, og de samlede tilbudspriser ligger meget tætte, idet priserne ikke afviger med mere end 0,86 pct. fra hinanden, jf. gennemgangen under punkt 8 af underkriteriet Prisen for den tilbudte løsning.

Der er herudover ikke indikation på, at tilbudspriserne bør rejse berettiget tvivl om, hvorvidt tilbudsgiverne vil være i stand til at løse den udbudte opgave.

Finansministeriets koncern har vurderet, at de tilbudte priser er udtryk for gældende markedsniveau, og har på den baggrund ikke fundet grundlag for at gennemføre en procedure efter udbudslovens § 169.

...

Samlet oversigt cBrain	Underkriterium Score	Underkriterium Vægt	Samlet bedømmelse
Kvalitet i den tilbudte løsning	9,48	40 pct.	9,79 point
Kvalitet i tidsplanen for etablering	10,00	20 pct.	
Prisen for den tilbudte løsning	10,00	40 pct.	

Samlet oversigt Tieto	Underkriterium Score	Underkriterium Vægt	Samlet bedømmelse
Kvalitet i den tilbudte løsning	9,48	40 pct.	9,61 point
Kvalitet i tidsplanen for etablering	9,25	20 pct.	
Prisen for den tilbudte løsning	9,91	40 pct.	
...			

Parternes anbringende:

Tieto har indledningsvist gjort gældende, at klagen er opretholdt inden for stand-still-perioden på det andet udbud, hvorfor anmodningen om opsættende virkning skal behandles efter Lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2. Sagen adskiller sig markant fra faktum i kendelse af 25. september 2012, UVdata A/S mod Københavns Kommune. Det vil således savne mening i nærværende sag, hvis Tieto skulle indbringe en formel klage, inkl. betaling af et nyt klagegebyr, inden for den ”nye” stand-still-periode for at opnå opsættende virkning.

Finansministeriet har indledningsvist gjort gældende, at der ikke er indgivet en klage i standstill-perioden, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, samt Klagenævnet for Udbuds kendelse af 25. september 2012, UVdata A/S mod Københavns Kommune. Kendelsen vedrørte en klage, som var indgivet før tildelingsbeslutningen, det vil sige før standstill-periodens begyndelse. Efter meddelelse om tildelingsbeslutning, det vil sige i standstill-perioden, meddelte klageren klagenævnet, at denne fastholdt sin klage. Klagenævnet fandt, at klagerens fastholdelse af klagen ikke kunne sidestilles med en klage i standstill-perioden. Som følge heraf gøres det gældende, at Tietos påstand om opsættende virkning ikke skal behandles efter lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, men må skulle behandles efter samme lovs § 12, stk. 1.

Ad ”fumus boni juris”

Tieto har under henvisning til det, som er anført ad påstand 4 og 7, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Finansministeriet har under henvisning til det, som er anført ad påstand 4 og 7 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Vedrørende påstand 4 har Tieto gjort gældende, at det af den seneste evalueringsrapport fremgår, at begge leverandører tilbyder en meget høj kvalitet, og at både ”kvalitet i den tilbudte løsning” og ”kvalitet i tidsplanen for etablering” er evalueret næsten identisk for de 2 leverandører. Prisen er derfor den afgørende faktor.

Ved det første udbud bød Tieto en tilbudssum på lige under 7 millioner kr. og cBrain bød lige under 12 millioner kr. Det udbud blev annulleret med den primære begrundelse, at der var behov for at præcisere kravene til ”Shared Service” i tilbuddene. Det andet udbud indeholdt imidlertid ikke dette krav, men derimod nogle øvrige præciseringer, som umiddelbart burde medføre, at tilbuddene blev mere omfattende og dermed dyrere. Det medførte da også, at Tietos pris ved det andet udbud steg ca. 10 % hvorimod cBrains pris blev reduceret med over 40 %. Den primære grund til, at cBrains samlede pris er reduceret med over 40 %, er, at der er tilbudt timepriser for videreudvikling af det tilbudte system, som er unormalt lave, helt ned til et niveau på 150 kr.

Det bestrides, at de priser, som er givet i cBrains tilbud, er udtryk for gældende markedsniveau.

En gennemgang af de tilbudte timepriser burde således have ført til, at Finansministeriet havde iværksat en procedure efter udbudslovens § 169, idet en del af tilbuddet – i form af de tilbudte timepriser for ”Udvikling” - har været unormalt lavt. Som konsekvens heraf burde tilbuddet fra cBrain enten a) have medført afvisning eller b) en korrektion af de tilbudte timepriser svarende til som minimum cBrains kostpris, inkl. eventuelle omkostninger til forplejning, transport mv. Med korrektion af cBrains timepriser ville tilbuddet fra cBrain efter Tietos vurdering være ca. 1 mio. kr. højere end den faktisk tilbudte pris. Tieto ville derfor have afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Erfaringsmæssigt vil en prissætning, som cBrain har foretaget i tilbuddet på det andet udbud motivere leverandøren til at lade arbejde udføre for kunden, som falder i andre kategorier end ”Udvikling”, hvor timepriserne er højere for arbejdet. Herved vil tilbuddet reelt set også være væsentlig højere end vurderet på baggrund af den evalueringstekniske tilbudspris.

Det er påfaldende, at en prisforskel i tilbuddene fra første udbud på 40 % i Tietos favør, ændres til en prisforskel på under 1 % i cBrain A/S' favør i det andet udbud, særligt henset til at Finansministeriet tilføjede flere krav i forbindelse med det andet udbud, end der havde været ved det første udbud.

Den udbudte kontrakt indeholder (a) aftale vedrørende implementering af systemet og uddannelse af brugere af systemet og (b) aftale på drift, vedligeholdelse, support og videreudvikling af systemet. Det er således i forhold til opfyldelse af (b), at cBrain har tilbudt timepriser helt ned til 150 kr. pr. time. Dette er unormalt lavt og forekommer ikke seriøst i forhold til at skulle opfylde en stor del af den udbudte kontakt - op til 1600 timer (for kategorien ”junior”) - baseret på timepriser, som ligger væsentligt under kostpris.

Finansministeriet burde have iværksat en procedure efter udbudslovens § 169, og burde herunder have anmodet cBrain om en nærmere redegørelse for de tilbudte priser for at sikre, at tilbuddet var seriøst og pålideligt, og at det ikke var behæftet med væsentlige fejl eller afgivet under urigtige forudsætninger.

Finansministeriet har imidlertid gennemført en proces efter udbudslovens § 159, stk. 5 og stk. 7, som vedrører muligheden for at lade tilbudsgivere præcisere, om et tilbud er i overensstemmelse med gældende overenskomster mv. Denne proces er væsentlig forskellig fra den procedure, som er indeholdt i udbudslovens § 169, jf. hertil bl.a. kendelse af 4. marts 2016, Biblioteksmedier A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S.

Det er således ikke korrekt, som anført i processkrift A, at Finansministeriet reelt har gennemført en proces efter udbudslovens § 169, hvilket også vil være i klar modstrid med det, som Finansministeriet selv har oplyst i evalueringsrapporten vedrørende brugen af udbudslovens § 169.

Efter praksis på området er det ikke tilstrækkeligt at vurdere, at den samlede pris på kontrakten ikke er unormal lav, hvis det er åbenbart, at enkelte ydelser under kontrakten er prissat for lavt, og at disse ydelser vurderes ikke at kunne opvejes af en højere pris på andre ydelser, jf. kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport A/S mod Moderniseringsstyrelsen.

For så vidt angår tilbuddet fra cBrain, så er visse konsulentkategorier prissat så lavt, at selv med levering af ydelser som implementering og uddannelse, er der risiko for, at cBrain vil lide tab på den samlede kontrakt.

Der er tale om en meget uens prissætning i de to tilbud ved det andet udbud. Priserne på implementering, drift, vedligeholdelse og support ligger umiddelbart tæt op ad hinanden, men hvor Tieto har tilbudt timepriser til kostpris med en mindre marginal, har cBrain budt ind med priser som ligger betydeligt under kostpris for tilsvarende ydelser. Denne væsentlige forskel i prissætningen af de to tilbud medfører, at cBrain har opnået en uberettiget lav tilbudssum. Samtidig er der blevet skabt en situation, hvor cBrain vil have et klart incitament til at lade ydelser under kontrakten udføre af konsulentkategorier, som er prissat højere end de kategorier, som er prissat unormalt lavt. Det vil sige, at Finansministeriet med stor sandsynlighed reelt ikke vil opnå den påtænkte ”besparelse” ved cBrains tilbud.

Samlet set gøres det således gældende, at Finansministeriet har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt udbudslovens § 169 ved ikke at have afvist cBrains tilbud som uantageligt, grundet unormalt lave timepriser for videreudvikling af systemet, og da tilbuddet forekom unormalt lavt.

Vedrørende påstand 4 har Finansministeriet gjort gældende, at uanset om tilbuddet fra cBrain A/S måtte vise sig at være unormalt lavt, kan udbudsreglerne ikke føre til, at påstand 4 skal tages til følge. En ordregiver handler ikke i strid med udbudsreglerne, hvis en tilbudsgiver, som har afgivet et unormalt lav tilbud, tildeles en kontrakt på baggrund af et sådant tilbud. Dette følger bl.a. af de specifikke bemærkninger i forarbejderne til udbudslovens § 169, hvoraf fremgår, at en ordregiver har en ret til at afvise unormalt lave tilbud, men ikke en pligt hertil.

Da Finansministeriet ikke fandt, at tilbuddet fra cBrain A/S var unormalt lavt, har Finansministeriet heller ikke været forpligtet til at følge proceduren i udbudslovens § 169.

Hvornår et tilbud forekommer unormalt lavt, er ikke defineret i udbudsloven eller forarbejderne. Det følger af EU-Domstolens praksis, at ordregiver har et forholdsvis frit skøn i forhold til at vurdere, om et tilbud er at betragte som unormalt lavt. I sagerne C-285/99 og C-286/99, ANAS, fastslog EU-Domstolen, at udbudsdirektivet ikke fastlægger, hvornår et tilbud vurderes at være unormalt lavt, men at denne vurdering tilkommer de nationale myndigheder, jf. præmis 67. Hvornår et tilbud forekommer unormalt lavt, er således en konkret skønsmæssig vurdering, som det er tilkommet Finansministeriet at foretage. Dette følger tillige af praksis for klagenævnet, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 4. marts 2016, Biblioteksmedier A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S.

Det følger endvidere af praksis, at ordregivers vurdering af, hvorvidt et tilbud er unormalt lavt, skal baseres på en bedømmelse af den samlede tilbudspris, jf. klagenævnets kendelse af 13. januar 2004, Pihl & Søn A/S mod Hadsund Kommune.

Klagenævnet har i sin praksis som udgangspunkt ikke opfattet en prisafvigelse blandt tilbud på op til 25-30 % for værende et unormalt lavt bud. Dette ses bl.a. ved klagenævnets kendelse af 30. januar 2001, Dansk Transport & Logistik mod Haderslev Kommune, hvor klagenævnet fandt, at et bud, der var ca. 25 % lavere end det næstlaveste, ikke var unormalt lavt. Ydermere kan henvises til klagenævnets kendelse af 4. april 2007, Cowi A/S mod Sønderjyllands Amt, hvor et tilbud ikke var unormalt lavt, blot fordi tilbudsprisen var 30 % lavere end den næstlaveste tilbudspris.

I klagenævnets kendelse 21. juli 2011, Graphic Wave ApS mod Økonomistyrelsen, fandt klagenævnet endvidere ikke, at et tilbud, der var ca. 50 % lavere end klagerens, var usædvanligt lavt, eller at prisen var så lav, at tilbuddet umiddelbart måtte anses for uholdbart (pris var samtidig 22 % lavere end den næstlaveste pris).

I denne sag udgjorde Tietos samlede tilbudssum 7.786.559,80 kr., mens cBrain A/S' samlede tilbudssum udgjorde 7.719.812 kr. cBrain A/S' samlede tilbudssum er således kun 66.747,80 kr. lavere end klagers samlede tilbudssum. Helt konkret var cBrain A/S' samlede tilbud 0,86 % lavere end tilbuddet fra Tieto, hvilket understøtter Finansministeriets skønsmæssige vurdering af, at tilbuddet ikke var unormalt lavt, men at de tilbudte priser var udtryk for gældende markedsniveau.

Det forhold, at enkelte priselementer i et samlet pristilbud anses som påfaldende lave, kan ikke i sig selv føre til, at det samlede pristilbud skal vurderes som unormalt lavt. Denne vurdering må nødvendigvis bero på et skøn, som den ordregivende myndighed udøver.

Hvordan sammensætningen af enkelte priselementer i et udbud foretages, er op til den enkelte tilbudsgiver, idet der ligger et væsentligt konkurrenceelement i, at tilbudsgiverne optimerer deres prisstruktur i forhold til de ydelser, der udbydes, herunder i forhold til hvordan de enkelte priselementer indgår i den samlede tilbudssum.

I det omfang klagenævnet skulle komme frem til, at tilbuddet fra cBrain A/S må anses for unormalt lavt, bemærkes det, at uagtet at Finansministeriet ikke fandt tilbuddet fra cBrain A/S som værende unormalt lavt, fandt ministeriet det relevant at benytte adgangen i udbudslovens § 159, stk. 5, til at indhente cBrain A/S' supplerende redegørelse for, at prisen for de tilbudte timebaserede ydelser var fastsat korrekt, da priserne herfor dels var påfaldende lave, og da der dels var et iøjnefaldende spring i timepriserne for specialisttimer til vedligeholdelse i forhold til de øvrige tilbudte timepriser. Finansministeriet gjorde i den forbindelse cBrain A/S opmærksom på bestemmelsen i udbudslovens § 159, stk. 7, i forhold til tilbudsgivernes forpligtelser i relation til miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivningen mv.

Der gælder ifølge lovbemærkningerne til udbudslovens § 169 ingen særlige formkrav for udformningen af den anmodning, som den ordregivende myndighed sender til tilbudsgiveren om en redegørelse for tilbuddets prissammensætning, ligesom der ikke gælder formkrav til indholdet af tilbudsgiverens redegørelse. Henset til, at Finansministeriet sendte en anmodning om en redegørelse til cBrain A/S – som også blev besvaret af cBrain A/S – er proceduren i udbudslovens § 169 reelt iagttaget.

Formålet med reglen i udbudsdirektivets artikel 69 og udbudslovens § 169 om unormalt lave tilbud er, at ordregiver skal have mulighed for at afvise tilbud, der ikke kan anses for pålidelige og seriøse, jf. EU-Domstolen i sagerne C-147/06 og C-148/06, SECAP, præmis 24. Det er således en bestemmelse, der har til formål at beskytte ordregiveren. Samtidig indeholder bestemmelsen dog ligeledes en beskyttelse af tilbudsgiverne derved, at ordregiveren pålægges at indhente oplysninger om et bud, som anses at være unormalt lavt, inden dette tilbud kan afvises. Da cBrain A/S har fået mulighed for at redegøre for tilbuddets prissammensætning, opfylder henvendelsen og cBrain A/S' besvarelse formålet i udbudslovens § 169.

Ifølge lovbemærkningerne til udbudslovens § 169 kan "... forretningsmæssige strategier eller øvrige forretningsmæssige begrundelser" lægge til grund for et unormalt tilbud. Der kan f.eks. være tale om, at "tilbudsgiverne vil opnå erfaring gennem kontrakten og derfor har en lav margin (eller negativ margin) eller ligefrem anfører nul-priser eller negative priser for enkelte poster, som en del af virksomhedens forretningsmæssige strategi". Denne udlægning af reglerne er i overensstemmelse med EU-Domstolen i sagerne C-147/06 og C-148/06, SECAP, præmis 26. Redegørelsen fra cBrain A/S bekræftede netop, at fastsættelsen af de lave priselementer i tilbuddet fra cBrain A/S var en bevidst handling, som var sket ud fra konkurrencemæssige hensyn.

Finansministeriet har således ikke handlet i strid med udbudsreglerne, herunder ligebehandlingsprincippet, ved at tildele kontrakten til cBrain A/S.

Vedrørende påstand 7 har Tieto i det væsentlige gjort gældende, at Finansministeriets tildelingsbeslutning af 23. maj 2017 skal annulleres, idet ministeriet burde have iværksat en procedure efter udbudslovens § 169 og på baggrund heraf have foretaget, enten a) en afvisning af tilbuddet fra cBrain,

eller b) en korrektion af de tilbudte priser, som ville have medført, at tilbuddet fra Tieto ville have været det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Vedrørende påstand 7 har Finansministeriet i det væsentlige gjort gældende, at betingelserne for annullation af tildelingsbeslutningen ikke er opfyldt, idet der ikke er handlet i strid med de udbudsretlige regler, jf. det, der er anført ad påstand 4.

For det tilfælde, at klagenævnet måtte finde, at der foreligger en overtrædelse, har Finansministeriet gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen af 23. maj 2017, idet der ikke er sket en kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne, som konkret har haft betydning for den foretagne tildeling.

Ad uopsættelighed og interesseafvejning

Parternes anbringender hertil gengives ikke.

Klagenævnet udtaler:

Klageskriftet, hvori Tieto nedlagde de oprindelige påstande 4 og 7, blev indgivet den 12. april 2017, og dermed før tildelingsbeslutningen af 23. maj 2017 blev truffet. Klagen er således vedrørende disse påstande ikke indgivet i standstill-perioden efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 3, stk. 1, nr. 1, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 25. september 2012 UVdata A/S mod Københavns Kommune.

Tieto gjorde i processkrift I af 2. juni 2017, som blev indgivet i standstill-perioden for tildelingsbeslutningen af 23. maj 2017, jf. herved klagenævnets kendelse af 6. marts 2012 RenoNorden A/S mod Skive Kommune, alene opmærksom på, at Tieto ”fastholdt” påstand 4 og 7. På dette tidspunkt var der imidlertid ikke en påstand 4 og en påstand 7 at ”fastholde”, idet disse påstande var frafaldet ved replikken af 2. maj 2017. De påstande, Tieto ønskede at fastholde, angik desuden en tildelingsbeslutning af 31. marts 2017, som efterfølgende var annulleret.

Først i processkrift 2 af 21. juni 2017 præciserede Tieto, at ”påstand 4 og 7 er rettet mod Finansministeriets beslutning af 23. maj 2017”. Tieto har fort-

sat ikke nedlagt nye påstande til afløsning af de påstande, der blev frafaldet ved replikken.

Det fremgår af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, at ”er en klage uegnet til at danne grundlag for sagens behandling, kan Klagenævnet for Udbud afvise klagen”. Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår blandt andet, at klagenævnet skal opfylde sin vejledningspligt efter forvaltningslovens § 7, men at en sådan vejledning ikke bør gå så vidt, at klagenævnet yder bistand til at formulere brugbare påstande, jf. tillige flere afgørelser fra klagenævnet herunder kendelse af 25. januar 2017, Euro Group mod Roskilde Kommune.

Reaktionsmulighederne over for en kontrakt, der er indgået i en periode, hvor en klage har opsættende virkning, er særdeles indgribende, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 16 – 18. Det er derfor af væsentlig betydning, at perioden kan fastlægges objektivt. I situationer, hvor der ikke nedlægges en klar og entydig påstand, kan en klage i relation til lov om Klagenævnet for Udbud § 12 derfor tidligst anses for at foreligge på det tidspunkt, hvor der foreligger en klage, der utvivlsomt kan danne grundlag for sagens behandling.

Efter modtagelse af processkrift 2 er der ikke længere en sådan usikkerhed om, hvad klagen angår, at den må anses for uegnet til at danne grundlag for sagens behandling. Processkrift 2 er imidlertid indleveret efter udløbet af standstill fristen for tildelingsbeslutningen af 23. maj 2017.

Klagen kan derfor ikke tillægges opsættende virkning i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2.

Klagenævnet anser herefter anmodningen om opsættende virkning for fremsat i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1.

Klagenævnet vurderer herefter klagen således:

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.

Ved fortolkningen af, hvornår ordregiveren har pligt til at anmode om en sådan redegørelse, må principperne om proportionalitet og ligebehandling i § 2 inddrages. Også formålet med bestemmelsen må inddrages. Det fremgår således af forarbejderne til udbudslovens § 169, at ”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 primære formål er således at sikre tilbudsgiverne imod, at den ordregivende myndighed vilkårligt kan afvise tilbud, som ordregiveren vurderer, er unormalt lave.

Endelig skal det 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.

Det fremgår udtrykkeligt af den seneste evalueringsrapport, at Finansministeriet har foretaget en konkret vurdering af, om der forelå et unormalt lavt bud. Det fremgår videre, hvad Finansministeriet har lagt vægt på ved vurderingen heraf.

Udbudsbetingelserne i det første udbud og det andet udbud var ikke identiske. Det forhold, at der er væsentlig forskel på tilbudssummen i cBrain A/S’ tilbud under det første og det andet tilbud, kan derfor ikke i sig selv føre til en antagelse om, at tilbuddet under det andet udbud var unormalt lavt.

Heller ikke forskellen i de tilbudssummer, Finansministeriet modtog fra henholdsvis Tieto og cBrain støtter en antagelse om, at cBrain A/S’ tilbud var unormalt lavt.

Finansministeriet har ved sin henvendelse til cBrain A/S, af 24. marts 2017 anvendt udtryk som ”påfaldende lave timepriser” og ”iøjnefaldende spring i timepriserne”. Dette kunne henlede tanken på en antagelse om et unormalt lavt bud. I henvendelsen henvises til udbudslovens § 159 og særligt til ”forpligtelser inden for det miljø-, social- eller arbejdsretlige område”, jf. herved tillige udbudslovens § 169, stk. 3. Når dette sammenholdes med svaret fra cBrain A/S og det ovenfor anførte, er der imidlertid heller ikke heri grundlag for at antage, at der er grund til at tilsidesætte Finansministeriets skøn over, at der ikke forelå et unormalt lavt bud.

Der er derfor, på det foreløbige grundlag ikke udsigt til, at påstand 4 vil blive taget til følge, og dermed heller ikke udsigt til, at påstand 7 vil blive taget til følge.

Betingelsen om ”fumus boni juris” er derfor ikke opfyldt, hvorfor betingelserne for at tillægge klagen opsættende virkning ikke er opfyldt.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig