

Hvornår kan man afvise et strategisk tilbud som ”unormalt lavt”?

Oplæg ved advokat Henrik Holtse

aumento
ADVOKATFIRMA

A meme featuring a close-up of Al Pacino as Don Vito Corleone from the movie 'The Godfather Part II'. He is wearing a dark suit, a white shirt, and a red boutonniere. He has a serious, intense expression and is pointing his right index finger directly at the viewer. The background is dark and out of focus. The text 'I'll make you an offer you can't refuse' is overlaid in large, white, bold, sans-serif font with a black outline. The text is split into two lines: 'I'LL MAKE YOU AN OFFER YOU' on the top line and 'CAN'T REFUSE' on the bottom line. In the bottom right corner, there is a small, faint watermark that reads 'www.godfather.com'.

Et strategisk tilbud

Hvis evalueringsprisen beror på en række forskellige varer eller tjenesteydelser, der indgår med hver sin vægt, kan en tilbudsgiver vælge at tilbyde en eller flere af posterne til 0 kr. eller til en meget lav pris

Formålet er at opnå en lav evalueringsteknisk pris, og dermed vinde udbuddet

Hvad er problemet?

Hovedregel:

Intet problem, dejligt med lave priser

Risici:

- Den faktiske pris bliver højere, fordi leverandøren ikke har ydelsen/varen i sit sortiment
- Tvist fordi leverandøren ikke vil levere, men håber på en forhandlet ændring
- Bøvl med opfyldelse af kontrakten grundet modsatrettede interesser
- Leverandøren går konkurs

Kan tilbud afvises som værende unormalt lavt

§ 169, stk. 1: Hvis mistanke skal der indhentes en redegørelse (obligatorisk)

§ 169, stk. 2: Mulighed for afvisning, hvis pris/omkostninger ikke kan begrundes

Specielle tilfælde:

§ 169, stk. 3: Skal afvises ved tilsidesættelse af miljø-, social- eller arbejdsretlige regler

§ 169, stk. 4: Afvisning grundet statsstøtte

Hvad er unormalt lavt, jf. § 169, stk. 2

Ingen fast defineret grænse i loven eller forarbejder

Spørgsmålet er i hvilken kontekst det skal opgøres efter?

- Totalbetragtning
- Enkeltvarekalkulation
- Begge dele

Er det afgørende, om kontrakten er underskudsgivende eller er det andre faktorer?

- Matematik eller anticiperet misligholdelse

Praksis

6. maj 2020 (Gottlieb Paludan Architects A/S mod Aarhus Vand)

- 6 forskellige medarbejderkategorier
- Meget lave timepriser for nogle af kategorierne
- Tilbud afvist som værende unormalt lavt, fordi tilbudsgivers redegørelse ikke havde betrygget ordregiver i, at tilbuddet var reelt og pålideligt
- Klagenævnet for Udbud godkendte afvisning, fordi den af tilbudsgiver forelagte dokumentation ikke på tilfredsstillende vis imødegik ordregivers tvivl om, hvorvidt tilbudsgiver med den tilbudte prissammensætning ville være i stand til at løse den udbudte opgave

Praksis

13. maj 2020 (Kongsvang Rengøringservice A/S mod Egaa Gymnasium)

- Visse poster var tilbudt til 0 kroner, men det samlede tilbud ville (formentlig) give et overskud
- Ordregiver anså imidlertid ikke redegørelsen for tilstrækkelig, og tilbuddet blev afvist som værende unormalt lavt.
- Klagenævnet for Udbud anførte, at spørgsmålet er, om der er grundlag for at tilsidesætte det skøn, som Egaa Gymnasium foretog på baggrund af redegørelsen
- Ud fra den konkrete begrundelse fandtes det foretagne skøn for lovlig, hvorfor tilbuddet med rette var afvist

Praksis

10. September 2020 (EU-Domstolen i sagen om Tax-Fin-lex)

Der blev spurgt om:

1) Foreligger der »[en] gensidigt bebyrdende kontrakt [...]« som et element i en offentlig kontrakt som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24, når den ordregivende myndighed ikke er forpligtet til at levere en modydelse, men den økonomiske operatør opnår [adgang til] et nyt marked og referencer ved at gennemføre den offentlige kontrakt?

2) Er det muligt eller nødvendigt at fortolke artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24 således, at den udgør et grundlag for at afvise et bud på 0 EUR?

Svar:

Tilbud kan ikke afvises alene fordi prisen er 0, men der skal indhentes en redegørelse.

Redegørelserne skal således gøre det muligt at vurdere tilbuddets pålidelighed, og det kan på grundlag heraf fastslås, at selv om tilbudsgiveren foreslår en pris på 0 EUR, er det pågældende tilbud ikke til hinder for, at kontrakten kan gennemføres korrekt.

Praksis

26. November 2020 (EL-TECH TEAM ApS mod AAB Vejle)

- Indhentning af tilbud efter TL vedrørende rammeaftale om el-arbejder
- Timepris for svend, lærling og tillæg uden for normal arbejdstid + nogle bestemte varer
- I den første evaluering var tilbuddet tildelt 0 point for samarbejde, hvilket tilbudsgiver bad om en uddybning af, men i den anden evaluering blev deres tilbud anset for unormalt lavt
- Baseret på pris for lærlinge og enkelte varer
- Klagenævnet for Udbud anfører, at det stod tilbudsgiverne frit at anvende strategisk prissætning, idet det er ordregivers risiko at indrette tilbudslisten hensigtsmæssigt
- Det forhold, at prisen for lærlinge muligvis var tabsgivende, var ikke i sig selv nok til at tilsidesætte redegørelsen fra tilbudsgiver
- Derfor skulle tilbuddet have været accepteret

Praksis

20. Juni 2023 (Damgaard Rådgivende Ingeniører ApS mod Sønderborg Varme A/S)

- Tilbudsliste med forskellige medarbejderkategorier
- For to af kategorierne var der tilbudt 1 kr.
- Redegørelsen viste, at tilbudsgiver ikke havde ansatte i de to kategorier, og ikke agtede at bruge dem, men hvis det ville blive relevant, ville tilbudsgiver opfylde sine forpligtelser, og tilbuddet var lavt grundet markedsstrategiske årsager
- Ordregiver havde flere argumenter, herunder at strategisk tilbud var lovligt men indebar en risiko for at blive afvist, at det var det samlede tilbud der skulle tages i betragtning og sammenlignes med øvrige tilbud, og at den lave pris på to medarbejderkategorier medførte tvivl om hvorvidt kontrakten ville blive opfyldt tilfredsstillende
- Klagenævnet for Udbud anførte, at tilbudsgiver reelt ikke havde tilbudt de to medarbejderkategorier, og at tilbuddet ikke var baseret på markedsstrategiske overvejelser, men de tilbudte priser ville medføre en væsentligt højere samlet pris end forudsat ved evalueringen
- Klagenævnet for Udbud anførte, at redegørelsen ikke kan begrunde de to lave priser eller den samlede pris

Blev vi klogere?

Jeg mener ikke der kan gives et 100% sikkert svar, men...

- Det lader til, at det ikke er en matematisk øvelse, hvor man kan beregne, hvorvidt en kontrakt er tabsgivende, men at det i stedet er en mere kompliceret vurdering af, om den lave pris indebærer en betydelig risiko for, at kontrakten ikke vil blive opfyldt tilfredsstillende – en totalbetragtning
- Det lader til, at det både er den lave pris på enkelte poster og den samlede pris, der skal tages i betragtning
 - Hvis den samlede pris således er på niveau med de andre tilbudsgiveres, er det mere vanskeligt for ordregiver at anse tilbuddet for unormalt lavt
 - Hvis den lave pris på en enkelt post medfører, at den samlede pris også er meget lavere end de andres, er det nemmere at anse tilbuddet for unormalt lavt

Hvad giver det anledning til?

- Genbesøg standardkontrakten for at sikre, at ordregiver kan bestemme, hvilke medarbejdere eller hvilke varer leverandøren skal levere
- Hvis ordregiver ikke ønsker strategiske priser, kan det oplyses i udbudsmaterialet - simpelthen ved at anføre at der ønskes lave men realistiske priser, fordi det anses for at være det bedste grundlag for et godt samarbejde. Hvis en tilbudsgiver alligevel sætter en post til 0, har man et solidt grundlag for at afvise tilbuddet, hvis det ønskes
 - Lad være med at skrive noget, hvis man muligvis alligevel ikke gør alvor af det og accepterer et strategisk tilbud...
- Overvej forhandling og/eller SMARTnership