

K E N D E L S E

Gottlieb Paludan Architects A/S
(selv)

mod

Aarhus Vand A/S
(advokat Tina Braad og advokat Hanne Padkjær Sørensen, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 212-521227 af 30. oktober 2019, offentliggjort den 4. november 2019, udbød Aarhus Vand A/S (herefter Aarhus Vand) som udbud med forhandling efter direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) en kontrakt om arkitektrådgivning i forbindelse med projektet ”Aarhus ReWater”.

Ved udløbet af fristen for ansøgning om prækvalifikation den 15. november 2019 havde fire virksomheder anmodet om prækvalifikation, heriblandt Gottlieb Paludan Architects A/S (herefter Gottlieb Paludan Architects) og Henning Larsen Architects A/S. Aarhus Vand besluttede at prækvalificere alle fire ansøgere.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 26. november 2019 modtog Aarhus Vand indledende tilbud fra samtlige prækvalificerede virksomheder.

Den 13. december 2019 afgav Gottlieb Paludan Architects endeligt tilbud.

Den 10. januar 2020 besluttede Aarhus Vand at indgå kontrakt med Henning Larsen Architects A/S. Aarhus Vand oplyste samtidig, at Gottlieb Paludan Architects' tilbud ikke var optaget til bedømmelse under henvisning til, at det var vurderet som værende usædvanligt lavt.

Den 17. januar 2020 indgav Gottlieb Paludan Architects klage til Klagenævnet for Udbud over Aarhus Vand. Gottlieb Paludan Architects fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning.

Den 14. februar 2020 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Gottlieb Paludan Architects har nedlagt følgende påstand:

”Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Aarhus Vand har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at afvise Gottlieb Paludan Architects tilbud som værende usædvanligt lavt og altså ikke-konditions-mæssigt (Bilag 1).”

Gottlieb Paludan Architects har endvidere anført følgende:

”Nærværende klage er indsendt inden for standstill perioden. Dermed håber vi at den både kan have opsættende virkning samt at den kan lede til annullation af den indklagede afgørelse.”

Aarhus Vand har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder:

Aarhus Vand udbød den 4. november 2019 som udbud med forhandling efter artikel 74 i direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) en kontrakt om arkitektrådgivning i forbindelse med projektet ”Aarhus ReWater”.

Der var tale om et genudbud, idet kontrakten tidligere havde været udbudt ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 131-322862. Aarhus Vand annullerede imidlertid denne udbudsprocedure med henvisning til, at udbudsmaterialet

og det heri beskrevne underkriterium ”økonomi”, som var baseret på en kostprismodel, gav anledning til uhensigtsmæssigheder i evalueringmæssig henseende.

Udbudsbekendtgørelsen af 30. oktober 2019 indeholder bl.a. følgende:

“II.1.4) Short description:

In connection with the realisation of Aarhus ReWater, Aarhus Vand requires an architectural consultant (AC) to assist with interdisciplinary architectural consultancy for determining the overall architectural framework for the resource recovery plant (RRP). This is to be in the form of a strategic/physical master plan. A further option will allow the AC, in the subsequent design and planning phase, to transfer to the two turnkey contractor teams implementing the RRP (Waste Water Plant — 550 000 PE). If the option is exercised, the AC will be doing the final design and architectural planning of the individual plants, buildings and outdoor areas as a part of the turnkey contractor teams. Accordingly, this tender procedure concerns a flexible agreement including architectural consultancy services in connection with Aarhus ReWater.

...

II.2.4) Description of the procurement:

Realisation of Aarhus ReWater runs until mid-2027 when the resource plant is expected finished. Aarhus ReWater will be built in Aarhus on a site of around 12 hectares (land reclamation) near Tangkrogen and Marselisborg marina.

...

The location of Aarhus ReWater is on land reclamation in the transition area between land and sea, city and harbour, marina and event area, calls for an adaptation of the plant that goes beyond its mere utility value and incorporates the surroundings - the requirements and options of the citizens - into the area.

...

This calls for an architectural consultant who can assist in realisation of the project.

Due to the complexity of the project, it is difficult at the time of conclusion of the contract to determine the final content of the consultancy services assignment, which will need to be adapted to the Aarhus ReWater project on an ongoing basis. Consequently, the assignment is offered as a flexible contract, under which the parties in order to further specify the consultancy work will jointly draft a services catalogue containing an

overview of relevant consultancy tasks with description of the services, including the architectural consultant's services and activities and budget estimates at the individual stages of the Aarhus ReWater project.

We are talking about a new tender procedure since the originally initiated tender procedure unfortunately had to be cancelled following notification of the award decision due to the fact that uncertainties were ascertained in the contract documents.

As a consequence of the cancellation of the original tender procedure, Aarhus Vand is pressed for time in relation to the conclusion of a contract, and the tender procedure will therefore be completed at abbreviated time limits.

The changes made to the contract documents are – in addition to the time schedule – related to the sub-criterion "Finances", and the changes made as compared to the original tender procedure are therefore limited. ...

II.2.11) Information about options

Options: yes

Description of options:

The call for tenders includes an option that will allow Aarhus Vand to let the architectural consultant transfer to the 2 turnkey contractor teams that will be realising the resource recovery plant, see Appendix 2.1 'Prospectus' of the contract documents. The cooperation in the two turnkey contractor teams will start by way of an innovation partnership and be based on partnering.

Together with the other parties in the turnkey contractor teams, the architectural consultant will have to become part of the innovation partnership in which focus will be on innovating and developing the project through four phases, preliminary design, final design, planning and construction, respectively. Through the phases, the turnkey contractor teams must seek to implement the project principles on modularity and flexibility, digitalisation and automation, incorporation of the UN global goals as well as seek to solve the innovation challenges of Aarhus Vand.

If the option is exercised, the architectural consultant will be doing the final design and architectural planning of the individual plants, buildings and outdoor areas as a part of the turnkey contractor teams.

...

III.2.3) Information about staff responsible for the performance of the contract

Obligation to indicate the names and professional qualifications of the staff assigned to performing the contract”

I udbudsbetingelserne står der:

“ ...

6.2.1 Completed price schedule

Hourly prices in the price schedule

The tenderer must state the hourly price of the key staff members stated in the price schedule as well as of the other staff member categories stated. All hourly prices in the price schedule must be filled in.

In the price schedule, the column named "CV no. of the requested CVs" must state a clear connection between hourly prices and all CVs handed in. This means the CVs of the six key staff members and of the maximum two other important staff members, cf. CV requirements in paragraph 8.1.2. Consequently, the column "CV no. of the requested CVs" may/must not be completed for all other staff member categories.

Contribution margin

The tenderer must state a contribution margin in respect of the cost prices of own works in connection with the project. The said contribution margin will apply to the extent that the tenderer, in connection with performing the work, must use staff which is not included in or covered by the key staff members and the staff member categories stated in the price schedule, see appendix 2.3.1 Draft Particular Conditions.

Cost price of own staff members means the staff member's gross salary as well as contributions and bonuses which the employer, in addition to the gross salary, is obliged to pay to or for the staff members in accordance with either the employment contract of the staff member or applicable law.

The contribution margin must be stated in %.

The contribution margin must cover all the tenderer's general costs and expenses incidental to the performance of the work in addition to the cost price as well as the tenderer's calculated profits.

...

8 Evaluation of tenders

8.1 Award criterion and sub-criteria

The contract is awarded to the financially most advantageous tender based on the award criterion "best price/quality ratio" in accordance with below sub- criteria with the stated weightings:

- | | |
|--|-----|
| > Finances | 30% |
| > Organisation and professional skills | 35% |
| > Approach to the assignment | 35% |

8.1.1 Finances

Assessment of "Finances" includes an evaluation of:

- > The hourly prices and contribution margins stated in the price schedule including the weightings stated in the price schedule

8.1.2 Organisation and professional skills

Assessment of "Organisation and professional skills" includes an evaluation of:

- > Organisational chart
- > CVs of named key staff and any other significant staff members (no more than 8 CVs).
- > Description of the offered organisation.
Description of no more than 5 standard pages of the offered organisation as clarification of the organisational chart and the offered key staff members (illustrations are not included in the 5 standard pages).

...

As basis for the evaluation, documentation must be included, in the form of CVs, for the professional skills of the named key staff members in the organisational chart and any other significant staff members.

Key staff members are staff who maintain one or more of the key functions listed in the price schedule:

- > Person responsible for design
- > Project manager
- > Landscape architect
- > Town planner

- > Structural architect
- > UN global goals

...

Robustness is assessed in relation to the term of the assignment and sensitivity towards replacements in the organisation. It is important that the tenderer renders likely that the offered organisation (cf. the organisational chart) will possess the competencies that are necessary to carry out the project, throughout the term of the contract. The organisational chart and/or description should also illustrate how temporary absences due to holiday, illness, etc., will be handled. It is important that the tenderer can provide a clear picture of the division of work and chain of command within own organisation.

...”

I tilbudslisten, som indgik i udbudsmaterialet, er det anført, hvordan timepriserne på de tilbudte seks nøglepersoner ville blive vægtet. De nærmere vilkår for fastsættelse af løn og tillæg var reguleret i udbudsmaterialets ”Appendiks 3: Remuneration and Payment”.

Det indledende tilbud fra Gottlieb Paludan Architects indeholdt de tilbudte timepriser for ”Key staff members”, ”Other staff member categories” og ”Contribution margin”.

Af tilbuddet fremgår bl.a., at i kategorien ”Key staff members” lå den tilbudte timepris for item nr. 1 ”Person responsible for design” og for item nr. 2 ”Project manager”, der begge vægtede 15 %, væsentligt under den tilbudte timepris for fx item nr. 3 ”Landscape architect” og item nr. 4 ”Town planner”, der vægtede henholdsvis 10 % og 5 %. Endvidere var prisen for item nr. 1 ”Person responsible for design” kun ca. 1/3 af prisen for item nr. 7 ”Employee with higher education (min. 4 years) with more than 10 years of relevant work experience”, som var kategoriseret under ”Other staff member categories”, og som var vægtet med 5 %.

I kategorien ”Other staff member categories” lå prisen for item nr. 7 ”Employee with higher education (min. 4 years) with more than 10 years of relevant work experience” væsentligt over prisen for item nr. 8 ”Employee with

higher education (min. 4 years) with 5-10 years of relevant work experience”, item nr. 10 ”Other employee with more than 10 years of relevant work experience”, item nr. 11 ”Other employee with 5-10 years of relevant work experience” og item nr. 12 ”Other employees with less than 5 years of relevant work experience”. Fx var prisen for item nr. 7 mere end 3 gange højere end prisen for item nr. 8.

Endelig var item nr. 13 ”Contribution margin” angivet til 0 %.

Efter modtagelse af de indledende tilbud indkaldte Aarhus Vand til forhandlingsmøder med alle fire tilbudsgivere. I referatet fra mødet afholdt den 9. december 2019 mellem Aarhus Vand og Gottlieb Paludan Architects står der bl.a.:

”Som det fremgår af den udbudte kontrakt, skal arkitektrådgiveren indgå i et partneringsamarbejde med Aarhus Vand og efterfølgende også med den/de vindende totalentreprenører.

En forudsætning for, at dette partneringsamarbejde fungerer efter hensigten, er, at der kan etableres et positivt, konstruktivt og løsnings- og samarbejdsorienteret klima for alle involverede interessenter, jf. også Particular Conditions punkt 1.17, hvilket igen forudsætter, at aftalen er god og velafbalanceret for begge parter.

Ligeledes med det formål at kunne etablere et effektivt partneringsamarbejde indeholder kontrakten en regulering af, i hvilket omfang nøglemedarbejdere kan udskiftes eller kan kræves udskiftet (Particular Conditions punkt 3.7).

Aftalesetuppet bygger desuden på et princip om, at de konkrete ydelser, som arkitektrådgiveren skal levere, aftales i ATR, hvori der samtidig tages stilling til, hvilke medarbejdere, der skal løse opgaven.

Efter omstændighederne vil der derfor kunne/skulle inddrages en bred vifte af medarbejdere i løsningen af opgaven.

Meget forskellige priser på de enkelte medarbejdertyper vil kunne skabe et incitament for Aarhus Vand og/eller totalentreprenøren til at efterspørge de ”billige medarbejdere”, mens at arkitektrådgiveren vil have et incitament til at levere de ”dyre” medarbejdere. Dette er ikke i overensstemmelse med de ønskede partneringsprincipper, og i den forbindelse Aarhus Vands ønske om, at opgaven generelt besættes med de medarbejdere, der er bedst egnede til at løse den konkrete opgave.

På baggrund af disse betragtninger omkring formålet med aftalen og forudsætningen for, at aftalen bliver velfungerende for begge parter, er der en række priser i tilbudsgiverens tilbud, som giver Aarhus Vand anledning til bekymring, og som Aarhus Vand derfor har behov for at få belyst baggrunden for.

Aarhus Vand ønsker således af hensyn til formålet med aftalen og forudsætningerne og succeskriterierne for det fremtidige samarbejde ikke at kontrahere med en tilbudsgiver, som tilbyder usædvanligt lave priser og som derfor kan forvente eller risikere et ikke ubetydeligt underskud på aftalen.

2 Forhandling, inkl. spørgsmål og kommentarer fra Aarhus Vand

På forhandlingsmødet blev nedenstående spørgsmål og kommentarer drøftet.

...

I forbindelse med gennemgang af Gottlieb Paludan's tilbud, har vi noteret en række poster på tilbudslisten, der afviger markant fra det forventede markedsniveau, og Aarhus Vand er for nuværende i tvivl om, hvorvidt der er tale om en unormalt lave priser.

- 1.1 Gottlieb Paludan bedes redegøre for, hvorledes Gottlieb Paludan vil kunne bemande projektet med medarbejdere fra følgende kategorier: Post 8, 10, 11 og 12, idet Aarhus Vand opfatter disse timepriser for grænsende til unormalt lave.

Det understreges, at det [k]an forventes at samtlige medarbejderkategorier vil blive anvendt under aftalen / på projektet.

- 1.2 De tilbudte timepriser for CV nr. 1 og CV nr. 2 giver anledning til forundring.
Timepriserne er væsentlig lavere end det forventede og efterlader tvivl hos Aarhus Vand om, hvorvidt de pågældende medarbejdere vil være til rådighed for projektet i det nødvendige omfang.

[AA] oplyste, at Gottlieb Paludan taber penge på CV nr. 1 [BB] og sælger CV nr. 2 [CC] svarende til ca. kostpris.

- 1.3 Timepris anført under Post 7 forekommer unaturlig høj sammenholdt med tilbudslistens post 1-6. Aarhus Vand opfordrer Gottlieb Paludan til at genover[v]eje timeprisen.

- 1.4 Gottlieb Paludan bedes venligst – som anført i Udbudsvilkår (Tender Terms) afsnit 6.2.1 – angive en entydig kobling mellem timepriser og samtlige afleverede CV'er. Der savnes således oplyst, hvilken timepris, der er knyttet til CV nr. 7 og CV nr. 8.

[AA] oplyste, at Gottlieb Paludan og Schönherr har aftalt en intern afregningsordning og udligning af indtægt fra CV nr. 1 [BB] og CV nr. 7 [DD] som følge af den store variation i de tilbudte timepriser.

- 1.5 Dækningsbidrag (Tilbudslistens Post 13)

Såfremt der i ganske særlige tilfælde skulle opstå tvivl eller uenighed om, hvilken kategori en medarbejder hører hjemme i, vil dækningsbidragsmodellen blive anvendt. Gottlieb Paludan bedes derfor kraftigt genoverveje det tilbudte dækningsbidrag. Aarhus Vand anser det således for meget problematisk at overdrage arkitektaftalen til totalentreprisetams, hvis der er mulighed for, at arkitekten alene får betaling for medarbejderens lønudgift uden dækningsbidrag.

Det pointeres, at dækningsbidraget ikke er et tillæg til timepriserne, men et tillæg til en medarbejders kostpris (jf. Particular Conditions, Appendix 3: Remuneration and Payment, clause 1).

- 1.6 [AA] oplyste, at prissætningen er foretaget ud fra en spekulation i evalueringsmodellen og at der således vil være en række medarbejdere / medarbejderkategorier, hvor Gottlieb Paludans omkostninger er højere end de tilbudte timepriser.

Såfremt Gottlieb Paludan fastholder de tilbudte timepriser, bedes Gottlieb Paludan derfor med henvisning til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69 redegøre for de omkostninger der indgår i de tilbudte timepriser.

...

4 Forhold af generel karakter

4.1 Appendix 3

Med henblik på at tydeliggøre, at de tilfælde, hvor dækningsbidragsmodellen kan komme i anvendelse, foretages nedenstående præcisering i Appendix 3:

Appendix 3 – Remuneration and Payment (Punkt 1, 2. afsnit)

“To the extent that, according to an objective assessment, a staff member cannot be deemed to be subject to the hourly rates appearing from the consultant's tender, or the parties cannot reach an agreement on the correct categorisation of a staff member in relation to the hourly rates appearing from the consultant's tender, the hourly rate is determined on the basis of the cost price in respect of the relevant staff member plus a contribution margin of [...]%....”

...

4.2 Kobling mellem CV og timepris

Det pointeres, at den på tilbudslisten anførte timepris, for de nøglemedarbejdere, der sammen med tilbuddet er indleveret CV for, er gældende for alle ydelser, som de/den pågældende medarbejder leverer under projektet.

4.3 Tilbudt nøglemedarbejdere

Det pointeres, at tilbudsgiveren er forpligtet til at stille de tilbudte nøglemedarbejdere til rådighed for projektet i det omfang Aarhus Vand finder nødvendigt.

Det pointeres desuden, at det er et krav, at de pågældende medarbejdere leverer en betydelig og reel indsats under projektet, og at de pågældende nøglemedarbejdere ikke kun er nøglemedarbejdere af navn, men nøglemedarbejdere af gavn.”

Ved brev af 12. december 2019 kommenterede Gottlieb Paludan Architects referatet fra mødet den 9. december 2019. Af brevet fremgår bl.a.:

”Vi anerkender at referatet er fyldigt og at det er optaget på baggrund af et kort men hektisk møde. Alligevel er der unøjagtigheder og udeladelser som vi er nødt til at påpege:

- Vi hæftede os ved at [EE], som mødeleder og på vegne af Aarhus Vand, udtalte at man var glad for at have modtaget et flot og gennemarbejdet tilbud.
- En ikke uvæsentlig del af mødetiden blev brugt på at gennemgå alle de forbedringer og tilføjelser vi har lavet i forhold til det tidligere fremsendte tilbud. Disse ændringer er ikke medtaget i referatet, selvom vi udleverede en udførlig liste over ændringerne på mødet. Derfor fremsendes listen igen vedlagt dette brev.
- Endelig er det faldet os for brystet at [AA] tages til indtægt for at der er manipuleret med priserne i tilbudslisten. Dette oven i købet uden at nævne vores redegørelse for baggrunden for prissætningen eller for evalueringsmetodens virkning på samme.

”Vi beder ikke om at få rettet i selve referatet, men vi finder det dog på sin plads at dette brev vedlægges referatet og bringes til de relevante persons kendskab.”

Den 13. december 2019 besvarede Aarhus Vand henvendelsen fra Gottlieb Paludan Architects. Af svaret fremgår bl.a.:

”Jeg kan bekræfte, at Gottlieb Paludan under mødet udleverede den fremsendte liste med angivelse af Gottlieb Paludans ændringer i forhold til det tilbud, der blev afgivet under det nu annullerede udbud. For en god ordens skyld skal jeg dog bemærke, at vi ikke er enige i, at en ikke uvæsentlig del af mødet skulle være brugt på at gennemgå disse ændringer og listen blev således ikke gennemgået.

For en god ordens skyld skal jeg endvidere bemærke, at vi ikke har skrevet, at Gottlieb Paludan har manipuleret med priserne, men udelukkende anført, at der er tænkt strategisk i forhold til evalueringsmodellen og de tilbudte timepriser, jævnfør referatets punkt 1.6.”

Den 13. december 2019 afgav Gottlieb Paludan Architects et endeligt og revideret tilbud. I forhold til det indledende tilbud var prisen på item nr. 8 ”Employee with higher education (min. 4 years) with 5-10 years of relevant work experience” og item nr. 12 ”Other employees with less than 5 years of relevant work experience” blevet hævet. De øvrige priser var ikke blevet justeret. Derudover var angivet, at CV nr. 7 og 8 hørte under item nr. 7.

Tilbudsbrevet indeholder følgende:

”Ændringer i det reviderede tilbud

Med baggrund i forhandlingsmødet og det tilhørende referat har vi foretaget følgende ændringer i vores tilbud:

- Tilbudsliste: Rater for post 8 og post 12 er justeret
- Tilbudsliste: Det er nu angivet at CV7 og CV8 hører hjemme under post 7
- Tilgang til opgaven s 57: Vores vision for et projektkontor er foldet ud og konkretiseret

Vi vil gerne slå fast at vi fuldt ud forstår Aarhus Vands bekymring over den prissætning, vi har benyttet. Den bekymring har vi til en hvis grad forsøgt at imødekomme igennem vores justeringer, men vi frygter dog også at denne bekymring til dels skyldes at man ikke til fulde forstår hvordan den aktuelle evalueringsmodel virker. Derfor har vi tilladt os at forklare denne – usædvanlige – models effekter herunder og håber at vi dermed kan reparere på vores troværdighed, som betyder utroligt meget for os.

Forklaring til prissammensætning

Vores tilbudsliste er sammensat på baggrund af den tilbudte organisation og den beskrevne metode. Samtlige af de tilbudte nøglepersoner står fuldt til rådighed som beskrevet, og vil udføre de ydelser og udfylde de roller som Aarhus Vand efterspørger. Tilbudslisten er således baseret på et samlet projekt, hvor der er kalkuleret på både timepriser samt estimeret timeforbrug for de enkelte kategorier. Vi har samtidig estimeret på flere forskellige scenarier, for at sikre os at økonomien er sund i projektet, for både Aarhus Vand og os, samtidig med at vi fastholder den fleksibilitet i organisationen, som vi har lovet og som efterspørges.

Tilbudslisten afspejler den foreliggende model for prisevaluering, hvor hver pris vurderes og karaktergives individuelt. I og med at nogle priser vægtes højere end andre, medfører denne model at polariserede priser giver en stor fordel, således at en høj pris på en kategori der er vægtet lavt, giver et minimalt tab af point. Omvendt giver en lav pris på en kategori der er vægtet højt, en uforholdsmæssig høj pointsum. I forhold til den gængse model hvor man bedømmer et vægtet gennemsnit, vil denne model favorisere polariserede priser.

...

Vi er klar over at ovenstående medfører en tilbudsliste med store variationer, men har følt os nødsaget til at forholde os til den gældende evalueringsmodel.

Ovenstående forklaring dækker ikke alle variationer i tilbudslisten og vi har derfor forsøgt at redegøre yderligere for udvalgte poster:

Ad tilbudslistens post 1

[BB] har som kreativ direktør hos Gottlieb Paludan en fri rolle som designansvarlig på vores væsentlige projekter, idet hans ydelse betragtes som en fast kerneydelse, som altid skal leveres. I Gottlieb Paludan's driftsbudget har vi derfor valgt at budgettere med en meget lav faktureringsgrad for lige netop ham.

Ad tilbudslistens post 2

Med henvisning til forklaring af prismodellen ovenfor, har vi valgt at sætte timeprisen for projektleder [CC] svarende til kostprisen.

Ad tilbudslistens post 7

Denne timepris er gældende for CV7 og CV8 og det vil også være igennem den kategori at vi fx kan bruge direktør [FF] fra Nordiq på projektet. Det vil også være denne kategori, som vi forventer at skulle bruge til at tilknytte eksterne eksperter, som fx en professor fra Arkitektskolen som omtalt på forhandlingsmødet. For at skabe rum for at højt profilerede eksperter kan tilkøbes uden tab, samt rumme et styringsbidrag, er denne timepris sat højt i sammenligning med de andre timepriser.

Ad tilbudslistens post 10, 11 og 12

Timepriserne for disse kategorier er sat med henvisning til forklaring af prismodellen ovenfor. Det garanteres at alle love og overenskomstmæssige krav til løn er overholdt, samt at alle timepriser ligger over estimeret kostpris.

Ad tilbudslistens post 13

Teamets firmaer har ekstensiv erfaring med at indgå i entreprenørkontrakter bl.a. baseret på kategorirater. Den beskrevne kategori baseret på kostpriser, har aldrig tidligere indgået i sådanne kontrakter og har heller ikke været savnet. Dette gør sig også gældende på rådgivningskontrakter baseret på afregning efter medgået tid. Det er derfor vores vurdering, at denne kategori heller ikke vil finde anvendelse i dette projekt, i og med at samtlige af vores medarbejdere altid vil kunne indplaceres i de ovenstående kategorier.

...”

Ved brev af 18. december 2019 anmodede Aarhus Vand om en redegørelse fra Gottlieb Paludan Architects. Af brevet fremgår:

”...

Aarhus Vand takker for Gottlieb Paludan Architects A/S’ reviderede tilbud af 13. december 2019.

Aarhus Vand kan i forbindelse med gennemgangen af tilbuddet konstatere, at der kun er sket mindre justeringer i de af Gottlieb Paludan Architects A/S tilbudte timepriser.

Som det også blev drøftet på forhandlingsmødet den 9. december 2019, [er] det Aarhus Vands vurdering, at timepriserne for item 1 (person responsible for design), item 2 (project manager), item 10 (other employees with more than 10 years of relevant work experience), item 11 (other employees with 5-10 years of relevant work experience) og item 12 (other employees with less than 5 years of relevant work experience) er usædvanligt lave.

Tilsvarende gør sig gældende for det af Gottlieb Paludan Architects A/S tilbudte dækningsbidrag (item 13).

Som også oplyst i forbindelse med forhandlingsmødet den 9. december 2019 ønsker Aarhus Vand af hensyn til formålet med aftalen og forudsætningerne og succeskriterierne for det fremtidige samarbejde ikke at kontrahere med en tilbudsgiver, som tilbyder usædvanligt lave priser, og som derfor kan forvente eller risikere et ikke ubetydeligt underskud på aftalen.

Aarhus Vand anmodede derfor også i forbindelse med forhandlingsmødet den 9. december 2019 Gottlieb Paludan Architects A/S om med henvisning til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69 at redegøre for de omkostninger, der indgår i de tilbudte timepriser, såfremt Gottlieb Paludan Architects A/S fastholdt de tilbudte timepriser.

Aarhus Vand kan imidlertid med Gottlieb Paludan Architects A/S' tilbud af 13. december 2019 ikke ses at have modtaget oplysninger om de specifikke omkostninger, der indgår i Gottlieb Paludan Architects A/S' tilbud for så vidt angår ovennævnte kategorier (items).

Aarhus Vand skal derfor med henvisning til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69 gentage anmodningen til Gottlieb Paludan Architects A/S om at redegøre for de omkostninger, der er indregnet i de tilbudte timepriser.

Aarhus Vand skal desuden med henvisning til Gottlieb Paludan Architects A/S' beskrivelse af 13. december 2019 over ændringer i det reviderede tilbud anmode om, at Gottlieb Paludan Architects A/S specifikt redegør for følgende forhold.

I brevet fremgår det således, at:

”Tilbudslisten er således baseret på et samlet projekt, hvor der er kalkuleret på både timepriser samt estimeret timeforbrug for de enkelte kategorier. Vi har samtidig estimeret på flere forskellige scenarier, for at sikre os at økonomien er sund i projektet...”

Aarhus Vand anmoder med henvisning hertil Gottlieb Paludan Architects A/S om at oplyse, hvilket estimeret timeforbrug for de enkelte kategorier Gottlieb Paludan Architects A/S har baseret sit tilbud på, samt hvilke forskellige scenarier, der er estimeret i forbindelse med tilbudsafgivelsen.

Af brevet fremgår det desuden for så vidt angår tilbudslistens item 1, at der er budgetteret med en meget lav faktureringsgrad for [BB].

Gottlieb Paludan Architects A/S bedes uddybe, hvad der menes hermed, herunder om en meget lav faktureringsgrad indebærer, at [BB] kun forventes at anvende et begrænset antal timer på projektet, eller om det er Gottlieb Paludan Architects A/S' hensigt, at kun en del af de timer, som [BB] anvender på projektet, skal udfaktureres.

Desuden anføres det i brevet, at der for tilbudslistens item 2, projektleder [CC], er fastsat en timepris, der svarer til kostprisen.

Gottlieb Paludan Architects A/S bedes i den forbindelse redegøre for, hvilke omkostninger, der er indregnet i den pågældende kostpris.

Med hensyn til tilbudslistens item 7 bedes Gottlieb Paludan Architects A/S redegøre for, hvor stor en del af det samlede estimerede timeforbrug Gottlieb Paludan Architects A/S forventer omfattet af tilbudslistens item 7.

I Gottlieb Paludan Architects A/S brev af 13. december 2019 anføres det yderligere, at alle timepriser for så vidt angår tilbudslistens item 10, 11 og 12 ligger over estimeret kostpris.

Gottlieb Paludan Architects A/S bedes i den forbindelse redegøre for, hvilken estimeret kostpris, som Gottlieb Paludan Architects A/S har lagt til grund for disse positioner, herunder hvad den pågældende kostpris omfatter, samt hvilke yderligere omkostninger, der er indregnet i tilbuddet, for så vidt angår de pågældende items (poster).

Endelig for så vidt angår tilbudslistens item 13 følger det af Gottlieb Paludan Architects A/S' brev af 13. december 2019, at Gottlieb Paludan Architects A/S har vurderet, at denne kategori ikke vil finde anvendelse i dette projekt.

Gottlieb Paludan Architects A/S' opmærksomhed henledes i den forbindelse på den præcisering af appendix 3, der blev foretaget i forbindelse med forhandlingerne, herunder at appendix 3 vil finde anvendelse, dels hvis der skal anvendes en medarbejder, der ikke er omfattet af de kategorier, der er medtaget i tilbudslisten, dels hvis parterne ikke kan blive enige om den korrekte kategorisering af en medarbejder.

Gottlieb Paludan Architects A/S bedes således i fortsættelse heraf oplyse, om angivelsen i Gottlieb Paludan Architects A/S' brev af 13. december 2019, hvorefter denne kategori ikke vil finde anvendelse på projektet skal opfattes således, at Gottlieb Paludan Architects A/S ikke anerkender muligheden for at benytte kostprismodellen (item 13) for de tilfælde, hvor parterne ikke er enige om den korrekte placering af en medarbejder.

Gottlieb Paludan Architects A/S' opmærksomhed henledes i den forbindelse på, at en medarbejders kategorisering i henhold til posterne i tilbudslisten dels er baseret på en vurdering af medarbejderens uddannelse, dels en vurdering af hvorvidt medarbejderens arbejds erfaringer er relevante i forhold til den opgave, som medarbejderen skal løse.
 ...”

Ved brev af 20. december 2019 redegjorde Gottlieb Paludan Architects således:

” ...
[Ad estimeret timeforbrug og estimerede scenarier]

Jf. udbudsmaterialets sub appendix 1.1 Prospekt angives det at arkitekt- (og landskabsarkitekt-) rådgiverens ydelse i den indledende fase primært vil bestå i at udforme en masterplan inkl. en overordnet designmanual. Derudover skal arkitekten forventeligt levere inputs til VVM-processen.

Gottlieb Paludan Architects har på baggrund af ovenstående vurderet at følgende nøglepersoner samt kategorisatser vil skulle bringes i anvendelse for at kunne løse opgaven:

CV1 og CV7 har overordnet designansvar for hhv. bygning og landskab, og udfører designaudits på masterplan og designmanual. CV1 og CV7 sikrer blandt andet:

- Fokus på samspillet mellem land og hav, by og havn, lystbådehavn og eventområde – hængsling mellem anlæg og omgivelser.
- En gennemgående overordnet arkitektonisk linje.

CV2 (og CV3) gennemfører projektledelse, og sikrer al koordinering mellem fagområder, bygherren og andre interessenter. Herunder blandt andet:

- Fokus på samspillet mellem bygningsanlæg og procesanlæg set fra brugernes perspektiv, dvs. et godt arbejdsmiljø gennem fokus på indretning, tilgængelighed, servicérbarhed, renholdelsesmuligheder m.m.
- Koordinering og samstemmelse med de omkringliggende arealer, herunder lystbådehavnen og havnearealerne.
- Et fastlagt og defineret kvalitetsniveau for det samlede anlæg.

CV4, CV5 og CV3 sikrer at masterplan og designmanual får tilført det fornødne tekniske vidensgrundlag herunder:

- En velfungerende og sammenhængende infrastruktur, herunder udformning af veje og stier.
- Endvidere skal arkitekt-rådgiveren understøtte den overordnede tankegang omkring fleksibilitet og modularitet.

CV6 gennemfører strategi for FN's verdensmål. Derudover er det vores vurdering at minimum item 9, samt evt. også item 8, vil skulle bringes i spil til at udføre den fornødne tegningsproduktion, grafisk materiale, 3D modellering mv. til masterplan og designmanual.

Det er vores vurdering, at der til projektet også skal leveres enkeltstående specialitydelser som vi henfører til item 7. Her tænkes eksempelvis på særlige standpunktsvisualiseringer, registrering af eksisterende, diverse analyser (tilgængelighed, bæredygtighed mm.) som input til VVM-processen samt eventuelt inddragelse af vores tilbudte ekspert i formidling CV8.

På baggrund af ovenstående har Gottlieb Paludan Architects udført et samlet estimat. Vi har gennemregnet flere scenarier, både for den indledende fase, som denne kontrakt drejer sig om, og for de følgende faser. Vi vedlægger et repræsentativt eksempel på et scenarie for hele holdets projektøkonomi, gældende for den aktuelle fase. Heraf fremgår at økonomien er robust og kan tåle betragtelige udsving.

[Ad item 1 - lav faktureringsgrad]

Dette spørgsmål udspringer af en misforståelse. Lav faktureringsgrad refererer til firmaets totale anvendelse af [BBs] timer og ikke budgettet for den aktuelle opgave.

Alle [BBs] timer, anvendt på projektet, vil blive faktureret til Aarhus Vand efter aftalt sats. Den omtalte faktureringsgrad har ingen begrænsende effekt på hans timeforbrug.

[Ad item 2 – indhold af kostpris]

Kostprisen for [CC] indeholder hendes overenskomstmæssige løn, pensionsbidrag, ferietillæg, sociale omkostninger, kalkuleret ikke-fakturerbar tid og efteruddannelsesbidrag.

[Ad item 10, 11 og 12 – indhold af estimeret kostpris]

Denne gruppe omfatter tekniske tegnere, tekniske assistenter, studerende og ufaglært arbejdskraft. Kostprisen indeholder løn, pensionsbidrag, ferietillæg og sociale omkostninger. De estimerede kostpriser for de tre kategorier ligger mellem [...] og [...] kr/time.

[Ad item 13 og brug af kostprismodellen]

Gottlieb Paludan anerkender muligheden for at benytte kostprismodellen. Når vi har sat vores dækningsbidrag til nul, er der ikke tale om et forbehold. Der er udelukkende tale om at vi i en konkurrencesituation har vurderet risikoen for at den omtalte enighed ikke kan opnås..

...

Det bemærkes at spørgsmålene kredser om kostpriser for at fastslå om der på en eller anden måde skulle være tale om unormale lave priser. Vi sætter pris på at Aarhus Vand dermed forsøger at beskytte både projektet, men også Gottlieb Paludan Architects. Vi håber at have godtgjort at projektet ikke vil komme til at lide på nogen måde og gør opmærksom på at det er helt normalt for os at udvise en hvis risikovillighed i en konkurrencesituation. Det har vi indrettet vores forretning efter.

...”

Ved brev sendt den 10. januar 2020 (fejlagtigt dateret den 11. oktober 2019) meddelte Aarhus Vand, at tilbuddet fra Henning Larsen Architects A/S var det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at Aarhus Vand agtede at indgå kontrakt med denne virksomhed efter udløbet af standstill-perioden. Af brevet fremgår endvidere bl.a.:

”Vurderingen af tilbuddet fra Gottlieb Paludan Architects A/S

Som det fremgår af evalueringsrapporten, er tilbuddet fra Gottlieb Paludan Architects A/S ikke optaget til bedømmelse.

Aarhus Vand anser sig med henvisning til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69 således desværre nødsaget til at afvise Gottlieb Paludan Architects A/S’ tilbud som værende usædvanligt lavt.

Aarhus Vands udbud af arkitektrådgivning til Aarhus ReWater-projektet er udbudt som en fleksibel kontrakt i en partneringmodel, hvor parterne i fællesskab, i takt med at projektet udvikler sig, konkretiserer de ydelser, som arkitektrådgiveren skal levere, og i den forbindelse hvilke medarbejdere, der skal anvendes til de pågældende ydelser.

Som en konsekvens heraf indeholder tilbuddet en række priser, som skal benyttes til den løbende prissætning af de ydelser, som arkitektrådgiveren leverer. Samtlige de af arkitektrådgiveren tilbudte priser er derfor at betragte som selvstændigt bindende tilbud.

Aarhus Vand må på baggrund af Gottlieb Paludan Architects A/S endelige tilbud af 13. december 2019 samt Gottlieb Paludan Architects A/S supplerende redegørelse af 20. december 2019 konstatere, at Gottlieb Paludan Architects A/S’ tilbud for så vidt angår item 1, item 2 og item 10 til 12 er usædvanligt lavt. De tilbudte priser indeholder således i henhold til Gottlieb Paludan Architects A/S oplysninger ikke avance eller indirekte faste omkostninger til løsning af opgaven i form af husleje, IT-udstyr, kontorartikler, aflønning af administrativt personale mv.

Tilsvarende er Gottlieb Paludan Architects A/S’ tilbud for så vidt angår medarbejdere, som enten ikke er omfattet af de efterspurgte medarbejderkategorier, eller hvor parterne ikke kan blive enige om den korrekte placering af en medarbejder inden for de efterspurgte kategorier, usædvanligt lavt. For sådanne medarbejdere har Gottlieb Paludan Architects A/S således tilbudt et dækningsbidrag på 0%, svarende til at prisen for medarbejderen er medarbejderens kostpris, således som dette begreb er defineret i kontrakten.

Samlet set er tilbuddet fra Gottlieb Paludan Architects A/S således usædvanligt lavt for så vidt angår 55% af de priser/forhold, der indgår i den økonomiske vurdering af Gottlieb Paludan Architects A/S’ tilbud.

Det scenarie, der er beskrevet i Gottlieb Paludan Architects A/S’ supplerende redegørelse af 20. december 2019, betrykker i den forbindelse ikke Aarhus Vand i, at Gottlieb Paludan Architects A/S vil kunne gennemføre

den samlede arkitekturrådgivning i forbindelse med Aarhus ReWater-projektet uden et tab for Gottlieb Paludan Architects A/S.

Det pågældende scenarie belyser således udelukkende Gottlieb Paludan Architects A/S' forventninger til bemanning af opgaven i den indledede fase frem til, at arkitekturrådgiveren overgår til totalentreprenøren.

De billige timepriser og dækningsbidraget på 0% vil imidlertid indebære, at der er et incitament for Aarhus Vand og i særdeleshed den totalentreprenør, som efterfølgende skal overtage arkitekturrådgiveren, til at bemane projektet med medarbejdere, for hvilke der er tilbudt en lav timepris, eller alternativt vælge dækningsbidragsmodellen.

Scenariet er desuden ikke i overensstemmelse med Aarhus Vands forventninger til opgaven, hvor Aarhus Vand, som også tilkendegivet på forhandlingsmødet og i overensstemmelse med arkitekturrådgiverens forpligtelse til at stille de tilbudte nøglemedarbejdere til rådighed, har en forventning om, at de pågældende nøglemedarbejdere allokeres eller skal kunne allokeres 100% til projektet.

...

Henset til at der er tale om et innovativt projekt, hvor ydelserne – og dermed hvilke medarbejdere, der er bedst egnede til at løse en opgave – er behæftet med en ikke ubetydelig usikkerhed, ønsker Aarhus Vand således ikke at indgå aftale med en tilbudsgiver, hvor opgaven vil være tabsgivende for tilbudsgiveren for så vidt angår en betydelig del af de tilbudte medarbejdere. Aarhus Vand vurderer således – som også tilkendegivet under forhandlingerne – ikke, at en sådan situation er i overensstemmelse med den udbudte partneringsmodel, hvor Aarhus Vand ønsker, at opgaven besættes med den mest kvalificerede medarbejder, og hvor projektets succes er afhængig af et tillidsfuldt og åbent samarbejde mellem alle deltagere i projektet.”

Parternes anbringender:

Gottlieb Paludan Architects har gjort gældende, at Aarhus Vands skønsmæssige vurdering af de tilbudte priser er fyldestgørende tilbagevist af Gottlieb Paludan Architects' dokumentation.

Aarhus Vands henvisning i afslagsbrevet til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69 kan ikke berettige en afvisning, især når man ikke kan påvise, at den afviste part vil lide tab. Gottlieb Paludan Architects er en solid virksomhed, som problemløst vil kunne bære tab, som er langt større, end man

kan forestille sig forekomme i denne sag. Gottlieb Paludan Architects har på baggrund af Aarhus Vands eget udbudsmateriale godtgjort, at projektøkonomien er sund. Gottlieb Paludan Architects' prisniveau afviger ikke væsentligt fra andre udbudssituationer for store offentlige kunder, hvor virksomheden også er udsat for hård konkurrence. Situationen vil blive uoverskuelig, hvis der skabes præcedens for, at dette prisniveau, som ofte er nødvendigt for at vinde kontrakter, kan medføre, at den bydende udelukkes fra at byde. Det må frygtes, at der derved kan opstå en situation, hvor udbydere i praksis har frit valg blandt de bydende, uagtet at der er opstillet, hvad der burde være, objektive udvælgelseskriterier.

Aarhus Vand vil ikke kunne indkøbe vilkårligt blandt Gottlieb Paludan Architects' tilbudte eksperter. Tilbuddet indeholder en organisationsbeskrivelse baseret på Aarhus Vands egen beskrivelse, som fastlægger eksperternes roller og ansvar. Denne organisationsbeskrivelse er en del af kontrakten.

Aarhus Vand har valgt en usædvanlig evalueringsmodel, som stærkt favoriserer den måde, som Gottlieb Paludan Architects har sat prisen sammen på. Hvis Aarhus Vand havde ønsket, at priserne skulle være anderledes, kunne man have valgt en mere almindelig evalueringsmodel.

Aarhus Vands reservationer omkring Gottlieb Paludan Architects' priser var et centralt emne på forhandlingsmødet den 9. december 2019, og på dette møde blev truslen om at udelukke Gottlieb Paludan Architects med begrundelsen usædvanlig lav pris luftet første gang. På mødet blev Aarhus Vand foreholdt det faktum, at når udbydere er bekymrede for, at priserne kan blive for lave, er det normalt at oplyse de bydende om, at der gælder visse minimumspriser for udbuddet. Aarhus Vand havde valgt en usædvanlig evalueringsmodel, som stærkt favoriserer lave priser. På mødet blev Aarhus Vand tillige opfordret til at melde ud, hvilke priser de ville acceptere, hvis de ikke kunne acceptere de foreliggende. Aarhus Vand ønskede ikke at forholde sig til minimumspriser, evalueringsmodel eller til, hvilke priser der kunne accepteres. Dette blev ikke taget til referat af bygherrerådgiveren. Resultatet af forhandlingsmødet var derfor, at Gottlieb Paludan Architects stod i den situation at skulle konkurrere på vilkår, som virksomheden ikke havde mulighed for at kende.

Aarhus Vand har gjort gældende, at Aarhus Vand som ordregivende myndighed i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84, stk. 1-3, har et vidtgående skøn ved fastsættelsen af, hvorvidt et tilbud må karakteriseres som unormalt lavt. Klagenevnet sætter ikke sit eget skøn i stedet for ordregiverens og kan således alene efterprøve, om de grænser, der gælder for en sådan beslutning, er overskredet.

Der foreligger ikke i den konkrete sag oplysninger, som kan danne grundlag for en tilsidesættelse af Aarhus Vands skønsmæssige vurdering af Gottlieb Paludan Architects' tilbudte timepriser og dækningsbidrag.

Der er ikke ved den proces, som Aarhus Vand har tilrettelagt, sket en tilsidesættelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, eller det EU-retlige proportionalitetsprincip.

Aarhus Vand understregede i udbudsbetingelserne, at det var overordentligt vigtigt for gennemførelsen af projektet Aarhus ReWater, at de rigtige kompetencer blev tilbudt og prissat.

Allerede efter modtagelse af det indledende tilbud i forbindelse med forhandlingen vurderede Aarhus Vand, at der var grundlag for at iværksætte en procedure efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84. Aarhus Vand fandt ikke – efter at have vurderet, om tilbuddet ”forekom” unormalt lavt – at Gottlieb Paludan Architects på noget tidspunkt gav Aarhus Vand tilstrækkelige svar, som kunne betrygge Aarhus Vand i, at tilbuddet var reelt og pålideligt.

Ved en gennemgang af de tilbudte priser i det tidligere og nu aflyste udbud, kan det konstateres, at der er en meget stor forskel mellem den tilbudte beregnede salgspris (tilbudte lønomkostninger tillagt tilbudt dækningsbidrag), som Gottlieb Paludan Architects tilbød i det første udbud, sammenlignet med den tilbudte timepris i det foreliggende udbud. Særligt de tilbudte timepriser for CV nr. 1 og CV nr. 2 fremstår tvivlsomme. Dette skal endvidere sammenholdes med, at der i det første udbud blev tilbudt et dækningsbidrag på 103 %, mens det tilbudte dækningsbidrag i Gottlieb Paludan Architects' endelige tilbud i det foreliggende udbud er på 0 %.

Gottlieb Paludan Architects har ikke på noget tidspunkt godtgjort, at virksomhedens projektøkonomi var sund. Tværtimod har Aarhus Vand flere gange under udbudsprocessen anmodet Gottlieb Paludan Architects om at redegøre for de tilbudte priser, men Gottlieb Paludan Architects svarede aldrig på en måde, som i tilstrækkelig grad kunne betrygge Aarhus Vand.

Aarhus Vands bekymringer for Gottlieb Paludan Architects' prisspekulationer kom endvidere tydeligt til udtryk ved det forhold, at Aarhus Vand fandt sig nødsaget til at præcisere udbudsmaterialets "Appendiks 3 - Remuneration and Payment" efter gennemførelsen af forhandlingsrunden. Ændringen var særligt foranlediget af Gottlieb Paludan Architects' oplysninger om "spekulation i evalueringsmodellen", som blev oplyst under forhandlingen i relation til drøftelserne om det indledende tilbud.

Det bestrides, at Aarhus Vand ønskede eller måtte have givet udtryk for, at Aarhus Vand agtede at indkøbe vilkårligt blandt de af Gottlieb Paludan Architects tilbudte nøglepersoner. Aarhus Vand agtede udelukkende at foretage indkøb af den udbudte arkitektbistand på vilkår som beskrevet i udbudsmaterialet og som prissat ved de afgivne tilbud. Det var således allerede fra udbuddets start et grundvilkår, at kontrakten havde en særlig kompleks karakter, som nødvendiggjorde, at opgaven blev udbudt som en fleksibel kontrakt "under which the parties in order to further specify the consultancy work will jointly draft a services catalogue containing an overview of relevant consultancy tasks with description of the services, including the architectural consultant's services and activities and budget estimates at the individual stages of the Aarhus ReWater project", jf. udbudsbekendtgørelsen (bilag 4A), men dette gør ikke udbuddet eller Aarhus Vands indkøb i medfør heraf vilkårligt.

Det bestrides endvidere, at Aarhus Vand måtte have anvendt en usædvanlig evalueringsmodel. At prisen indgår som et væsentligt konkurrenceparameter, og at der i den forbindelse under et rådgiverudbud lægges vægt på vægtede timepriser og dækningsbidragssats er på ingen måde unormalt. Et sådant synspunkt synes i øvrigt heller ikke at have støtte i den af Gottlieb Paludan Architects nedlagte påstand, som udelukkende angår afvisningen af tilbuddet som værende usædvanligt lavt.

På forhandlingsmødet den 9. december 2019 drøftede Aarhus Vand og Gottlieb Paludan Architects de tilbudte priser, men spørgsmålet om minimumspriser blev ikke tidligere under forhandlingsprocessen fremhævet af Gottlieb Paludan Architects som afgørende for tilbudsafgivelsen eller prissætningen. Gottlieb Paludan Architects oplyste ved brev af 12. december 2019 intet om minimumspriser, evalueringsmodel mv., men anerkendte tværtimod indholdet af mødereferatet med nogle få tilføjelser. Det forhold, at Gottlieb Paludan Architects nu påstår, at Aarhus Vand ikke under forhandlingsmødet ville forholde sig til minimumspriser, ændre evalueringsmodellen eller oplyse ”hvilke priser, der kunne accepteres”, synes således at være udtryk for efterrationalisering. Under alle omstændigheder bemærkes, at der ikke er hjemmel i forsyningsvirksomhedsdirektivet til generelt at indføre minimumspriser som grundlag for afvisning, jf. præambelbetragtning nr. 108 og artikel 84. Det vil tillige være konkurrenceforvridende og i strid med de generelle principper i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 at fastsætte minimumspriser, da medlemslandene opererer med forskellige timepriser og dækningsbidragssatser under overholdelse af arbejdsmarkedslovgivningen, kollektive overenskomster mv. Dertil kommer, at Aarhus Vand ikke kunne ændre den oplyste evalueringsmodel eller indføre minimumspriser på tidspunktet for modtagelse af indledende tilbud uden at gennemføre et nyt udbud. Endelig skal Aarhus Vand naturligvis ikke under en konkurrence, hvor prisen, herunder timepriserne, udgør et afgørende konkurrenceelement, oplyse ”hvilke priser, der kan accepteres”, da en sådan oplysning vil udhule enhver konkurrence.

Efter modtagelse af redegørelsen af 20. december 2019 fra Gottlieb Paludan Architects foretog Aarhus Vand en indgående prøvelse af redegørelsen og fandt herefter ikke anledning til at ændre sin vurdering, som fremgik af evalueringsrapporterne fra december 2019. Disse rapporter blev dermed forsyningselskabets endelige beslutningsgrundlag.

Selv hvis klagenævnet måtte vurdere, at Aarhus Vand har afvist tilbuddet fra Gottlieb Paludan Architects på et uberettiget eller fejlagtigt grundlag, kan dette ikke føre til, at en eventuel påstand om annulation skal tages til følge, idet tilbuddet fra Henning Larsen Architects A/S under alle omstændigheder var det økonomisk mest fordelagtige, jf. evalueringsnotatet indeholdende en evaluering af bl.a. tilbuddet fra Gottlieb Paludan Architects. Aarhus Vands

beslutning om at afvise Gottlieb Paludan Architects' tilbud havde således ikke konkret betydning for udfaldet af udbudsforretningen.

Klagenævnet udtaler:

I kendelsen af 14. februar 2020 udtalte klagenævnet blandt andet:

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

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

Aarhus Vand har ved vurderingen af tilbuddet fra Gottlieb Paludan Architects fulgt den procedure, der er beskrevet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84, stk. 1 og 3. I den forbindelse har Aarhus Vand tilkendegivet, at en række poster på tilbudslisten, herunder prisen for den designansvarlige og for projektlederen, der må anses som nøglepersoner i forbindelse med den udbudte fleksible aftale, afveg markant fra det forventede markedsniveau. Aarhus Vand tilkendegav endvidere bl.a., at meget forskellige priser på de enkelte medarbejdertyper ville kunne skabe et incitament for Aarhus Vand og/eller totalentreprenøren til at efterspørge de ”billige medarbejdere”, mens arkitektrådgiveren ville have et incitament til at levere de ”dyre” medarbejdere, hvilket ikke ville være i overensstemmelse med de ønskede partneringprincipper. Aarhus Vand rejste således tvivl om, hvorvidt tilbudsgiveren med de tilbudte priser ville være i stand til at løse den udbudte opgave.

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

Efter karakteren af den udbudte opgave er der efter det foreløbigt foreliggende ikke grundlag for at tilsidesætte Aarhus Vands skønsmæssige vurdering af, at den af Gottlieb Paludan Architects forelagte dokumentation ikke på tilfredsstillende vis imødegik Aarhus Vands tvivl om, hvorvidt Gottlieb Paludan Architects med den tilbudte prissammensætning ville være i stand til at løse den udbudte opgave. Dermed er der heller ikke grundlag for at tilsidesætte Aarhus Vands vurdering af, at de tilbudte priser var unormalt lave.

Der er herefter ikke efter de foreløbigt foreliggende oplysninger grundlag for at antage, at Gottlieb Paludan Architects' påstand om, at afvisningen annulleres, vil blive taget til følge."

På denne baggrund, og da der ikke under den efterfølgende behandling af sagen er fremkommet nye oplysninger, eller de af Gottlieb Paludan Architects nu fremkomne anbringender fører til en anden vurdering, tages påstanden ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Gottlieb Paludan Architects A/S skal i sagsomkostninger til Aarhus Vand A/S betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes

Julie Just O'Donnell
specialkonsulent