

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

K E N D E L S E

MMEC Mannesmann GmbH  
(advokat Erik Kjær Hansen, København)

mod

Energinet Gas TSO A/S  
(advokat Tina Braad, København)

Energinet Gas TSO A/S udbød ved udbudsbekendtgørelse 2019/S 124-303990 af 26. juni 2019 en kvalifikationsordning ”Supplier Qualification System (‘SQS’)” efter forsyningsvirksomhedsdirektivet (2014/25/EU) om ”Contractors for Process Plant Compressor Station Projects.” Blandt andet MMEC Mannesmann GbmH (”MMEC”) og Renco SpA blev kvalificeret til at deltage i ordningen.

Ved udbudsbetingelser (”Tender conditions for negotiated procedure concerning procurement of process plant for Compressor Station Everdrup”), dokumentnr. 18/02261-2, af 28. juni 2019 inviterede Energinet Gas TSO A/S fire af de kvalificerede virksomheder, herunder MMEC og Renco SpA, til at deltage i et udbud efter forhandling om en kontrakt vedrørende ”Works for the Process Plant at compressor station Everdrup (CS Everdrup) including the Metering station Everdrup (MS Everdrup) for sweet and dry natural gas,

contains all works to complete a fully functional electrically driven compressor station according to the specifications and with a lifespan of minimum 30 years.”

Efter modtagelse af endelige tilbud meddelte Energinet Gas TSO A/S ved brev af 19. marts 2020 MMEC, at Renco SpA ville blive tildelt kontrakten.

Klagenævnet har den 30. marts 2020 modtaget en klage fra MMEC.

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

Energinet Gas TSO A/S 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 - 4 og svarskrift med bilag A - F og yderligere bilag G - L.

#### Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder udover påstanden om opsættende virkning følgende påstande:

##### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Energinet Gas TSO A/S har handlet i strid med kravene om gennemsigtighed, ligebehandling og proportionalitet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at tildele kontrakten til Renco SpA på trods af, at Renco SpA tilbudspris er unormalt lavt.

##### Påstand 2

Klagenævnet skal annullere Energinet Gas TSO A/S' beslutning af 19. marts 2020 om at tildele kontrakten til Renco SpA.

Energinet Gas TSO A/S ("Energinet Gas") har påstået, at klagen ikke skal tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:*Baggrund og budget*

Kvalifikationsordningen og den udbudte kontrakt indgår i det såkaldte "Baltic Pipe-projekt".

Energinet Gas har om Baltic Pipe-projektet oplyst:

Projektet angår en gasrørledning på 800-950 km, der skal transportere 10 mia. kubikmeter gas årligt fra de norske gasfelter i Nordsøen gennem Danmark og videre til Polen. Gasrørledningen forventes at være klar til drift i 2022. Baltic Pipe-projektet udføres i et samarbejde mellem Energinet Gas og det polske gastransmissionsselskab Gaz-System S.A.

Baltic Pipe-projektet består af følgende 5 tekniske hovedelementer (tekniske anlæg og installationer):

1. Nordsøen offshore

Ca. 105 km ny offshore gasrørledning i Nordsøen fra den norske gasrørledning Europipe II i Nordsøen til modtageterminal i Nybro nord for Varde.

2. Danmark onshore

Udbygning af det danske transmissionssystem med ca. 210-230 km ny gasrørledning mellem Egtved i Jylland og Sydøstsjælland.

3. Kompressorstation i Danmark

En kompressorstation på Sydøstsjælland (i Everdrup). Kompressorstationen øger trykket og gasflowet i gasrørledningen i Østersøen.

4. Østersøen offshore

En ny gasrørledning i Østersøen mellem Danmark og Polen.

5. Polen onshore

Udbygning af det polske transmissionssystem.

Energinet Gas står for de første tre elementer og tekniske hovedelementer, mens Gaz-System S.A. står for de sidste to.

De samlede omkostninger til Baltic Pipe-projektet skønnes at beløbe sig til 12-16 mia. kr., hvoraf Energinet Gas skal finansiere ca. halvdelen.

Den udbudte kontrakt vedrører udførelse af et procesanlæg til kompressorstationen i Everdrup.

Energinet Gas har oplyst, at selskabet, inden udbuddet blev iværksat, fik udarbejdet et Front End Engineering Design (FEED) studie ved Uniper Technologies GmbH om indholdet og omfanget af opgaven. Der blev herunder udarbejdet et estimeret budget. Energinet Gas har fremlagt uddrag af det endelige budget af 1. marts 2018 (fane WP1.6), hvoraf fremgår, at budgettet var på 658.744.456 kr., svarende til knap 88,2 mio. euro.

Om betingelserne for optagelse på kvalifikationsordningen fremgik det af udbudsbekendtgørelsens pkt. III.1.9 blandt andet:

“Technical and professional ability:

The applicant shall include up to 5 most comparable and relevant references undertaken in the past 8 years aspart of the application.

All references must include:

- a detailed description of the work performed for each reference, incl. specific responsibilities for the applicant(engineering, procurement, construction, etc.),
- client and location of project,
- contract value (if possible),
- technical data (flow, size of pipes, pressure ratio, etc.),
- a description of which parts of the project was manufactured by the applicant,
- contact information for the entity in question (incl. contact person). Statement of performance of work by theentity (if issued) should also be submitted.

The Contracting Authority reserves the right to contact the stated referenced entities.”

Der blev i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.4 henvist til ”Guide to SQS” på EU-Supply. I pkt. 3.2.1 i denne vejledning er det blandt andet uddybet, hvad der ville udgøre relevante referenceprojekter. Det er herunder anført:

“References below 10 million € and above 90 € is not seen as relevant as the ones in between.

Furthermore, the closer to 60 million €, the more relevant the reference.”

Renco SpA's ansøgning om optagelse på kvalifikationsordningen er fremlagt for klagensævnet.

### *Udbuddet*

Om forhandlingsforløbet fremgår følgende af udbudsbetingelsernes pkt. 2.9:

#### “2.9 Negotiations

The Contracting Authority reserves the right to award the contract based on the initial tender and as a result tenderers cannot rely on the possibility to enter into negotiations. Tenderers are therefore encouraged to refrain from making reservations, cf. section 2.7.1. If the Contracting Authority decides to make use of the right to award based on the initial tender, the contract will be awarded according to section 3. If the Contracting Authority decides not to make use of the right to award based on the initial tender, the below outlined negotiation process will commence:

##### I. Initial tender

The initial tender must be submitted according to the time limit stated in section 2.3. Tenders received after this time limit will be rejected.

##### II. Initial negotiations

All tenderers who have submitted timely initial tenders will be invited to participate in a negotiation meeting. The negotiations are expected to be conducted in accordance with the time schedule. The negotiation meeting has three main purposes: 1) Give the tenderer the opportunity to present the tender, 2) conduct negotiations and clarify misunderstandings and 3) give the Contracting Authority the opportunity to present its preliminary view of the strong and weak points of the tender. As a result the initial negotiation leads to the tenderer being given the opportunity to revise the tender and may lead to changes to the Tender Documents made by the Contracting Authority.

##### III. Revised tender

Following the initial negotiation the tenderers are given the possibility to submit a revised tender. The revised tender should be forwarded with “track changes”-marking in order for the Contracting Authority to quickly identify areas that have been changed. The Contracting Authority reserves the right to award the contract based on the revised tender.

#### IV. Additional negotiation round(s) (if applicable)

The Contracting Authority reserves the right to conduct one or more additional rounds of negotiations. In this case the purpose of the negotiations will be the same as described in part II. The Contracting Authority is further entitled to reject non-compliant tenders and decrease the number of tenderers who will be invited to the additional rounds of negotiations (short list). It may as a result only be the 2-3 compliant tenderers who are considered the most economically advantageous at this stage, cf. section 3, who will be invited.

#### V. Additional revised tenders (if applicable)

Following the additional rounds of negotiations the tenderers are given the possibility to submit a revised tender, cf. the process described in part III.

#### VI. Submission of Best and Final Offer (BAFO)

Following the negotiations the tenderers are asked to submit a BAFO (unless the contract was awarded based on the initial or a revised tender). The BAFO should be forwarded with “track changes”-marking in order for the Contracting Authority to quickly identify areas that have been changed. The BAFO must be submitted within the time limit communicated to the tenderers.

...”

Af udbudsbetingelsernes pkt. 3.1 fremgår, at tildelingskriteriet var ”the most economically advantageous tender based on the best price-quality ratio, cf. the stated sub-criteria’s including weighting” med følgende underkriterier:

- Price (40 %),
- Detailed Programme (30%)
- Organization and Key Personnel (10%)
- Method Statement (10%) og
- Contract terms (10%)

Om bedømmelsen af priskriteriet hedder det i pkt. 3.2.1:

”Price is scored on a linear scale from 0 to 10. The tender with the lowest total price will be given the highest score, 10. The lowest total price is understood as the lowest calculated total price based on the Price Schedule (doc.: 18/02261-13) among all compliant tenders. All other tenders are then scored on a linear scale, using the interpolation percentage, cf. the table 1 below, and as a result the tender with the lowest total price

will be given the score 10 and a tender which is 50 % higher will be given the score 0. If one (1) or more of the compliant tenders comprise a total price which is higher than the initial percentages stated in the table 1 below, The Contracting Authority will use the alternative linear scale with the same scores, but with a greater span. As a result the span will be set at the actual difference in percentage between the lowest calculated total price among all compliant tenders and the highest calculated total price among all compliant tenders. The Contracting Authority will not expand beyond the stated maximum in Alternative 1 and as a result tenders which comprise a total price which is equal to or higher than this percentage will be scored 0. All scores from 0-10 may be used (including decimals).

*Table 1 – Interpolation percentage and alternatives*

	Initial interpolation percentage	Alternative 1 spread
Evaluation of price	50 %	Highest compliant total price above 50 % but below 75 %

### 3.2.2 Scores for qualitative sub-criteria

”

Der blev afholdt to forhandlingsrunder.

Tilbudsgiverne skulle i forbindelse med afleveringen af det indledende og efterfølgende tilbud udarbejde et cost breakdown af den samlede tilbudssum i henhold til specifikationerne i tilbudslisten.

Ifølge udbudsbetingelsernes pkt. 1.3 skulle tilbudsgiverne endvidere som led i de enkelte tilbud under forhandlingsforløbet udfylde en såkaldt ”clarification list” om de forhold, som tilbudsgiveren havde behov for at få afklaret under forhandlingerne.

Energinet Gas har oplyst, at listen blev brugt som et værktøj under forhandlingsforløbet, idet både tilbudsgiverens og Energinet Gas’ spørgsmål og afklaring heraf blev noteret i listen.

Energinet Gas har endvidere oplyst, at den prismæssige forskel mellem laveste og højeste tilbudssum i de indledende tilbud, som blev modtaget den 2. januar 2020, viste, at tilbuddet med den laveste pris fra Renco SpA lå

21% under den forventede budgetpris, mens de 3 øvrige tilbud lå ca. 47-52% over budgetprisen. På den baggrund var et af de temaer, Energinet Gas ønskede at afdække under forhandlingsforløbet med Renco SpA, sammensætningen og robustheden af Renco SpA's pris.

Under forhandlingerne blev Renco SpA derfor anmodet om yderligere at foretage et cost breakdown, som lå ud over det cost breakdown, der fulgte af tilbudslisten, og oplyse om grundlaget for de afgivne priser og om overholdelse af ILO konventionens artikel 94 vedrørende løn- og arbejdsvilkår.

Der er i den forbindelse fremlagt referat af det første forhandlingsmøde med Renco SpA den 21. januar 2020, hvoraf det af pkt. 7 blandt andet fremgår:

**”Price:**

The overall price is below the average price for this competition. As discussed during the meeting today, the Contracting Authority wishes to obtain a better understanding of the prices given. Therefore, the tenderer is encouraged to answer the clarifications around the pricing stated in the clarification list.”

Energinet Gas har som dokumentation for indhentelsen af de nævnte oplysninger henvist til clarification listen for Renco SpA, som er fremlagt for klagenævnet, herunder særligt fanen ”Commercial”, hvor der blandt andet ses clarifications vedrørende følgende temaer, som blev drøftet under det første forhandlingsmøde:

- Linje 49-50: Specifikation af udgifterne til process installations
- Linje 52-55: Specifikation af udgifter til komponenter, samling/mon- tage inklusiv underbilag
- Linje 56-59: Vedrørende overholdelse af ILO art. 94 i forbindelse med udførelse af NDT-test,
- Linje 60-63: Specifikation af udgifter inklusiv underbilag samt grund- lag for prissætning ved tilbud fra underleverandører
- Linje 64-67: Specifikation af udgifter inklusiv underbilag samt grund- lag for prissætning ved tilbud
- fra underleverandører
- Linje 68-71: Specifikation af udgifter inklusiv underbilag samt grund- lag for prissætning ved tilbud fra underleverandører



- Linje 74-77: Specifikation af materialer og antal samt specifikation af arbejdstimer i relation til ILO art. 94 inklusiv underbilag
- Linje 78-81: Specifikation af udgifter inklusiv underbilag
- Linje 82-85: Specifikation af tilbuddets indhold
- Linje 86-89: Specifikation af arbejdstimer inklusiv underbilag
- Linje 90-93: Specifikation af arbejdstimer inklusiv underbilag
- Linje 98-101: Specifikation af timepriser samt grundlag for prissætningen

I Renco SpA's reviderede tilbud modtaget den 17. februar 2020 havde Renco SpA ifølge Energinet Gas detaljeret redegjort for baggrunden for de afgivne priser, herunder priser ned på enkeltkomponenter ned til 2.700 euro som det laveste, og der var redegjort for, hvordan de enkelte priser var baseret på tilbud fra mere end en underleverandør for hvert af de enkelte underpunkter i tilbudslisten. Der var ligeledes udarbejdet cost breakdowns for arbejderne i Danmark, og omkostningsniveauet for arbejderne i Danmark blev konkretiseret, herunder i forhold til overholdelse af ILO konventionens art. 94, blandt andet baseret på kontakt til/tilbud fra navngivne danske leverandører, som også fremgik af Renco SpA's leverandørliste i tilbuddet. Energinet Gas har til dokumentation herfor for klagenævnet fremlagt uddrag af Renco SpA's reviderede tilbud (Attachment 2.2 - further prices breakdown, Comm - Attachment 1 - BOQ CIV – STR og 10.8 Attachment 5 - MH histograms and S-Curves) og hele Renco SpA's endelige tilbud. Energinet Gas har endnu ikke taget stilling til MMEC's anmodning om aktindsigt heri og i clarification list. Energinet Gas har endvidere fremlagt referat af det andet forhandlingsmøde med Renco SpA den 26. februar 2020

Af Energinet Gas' meddelelse af 19. marts 2020 om, at tilbuddet fra Renco SpA var blevet vurderet som det økonomisk mest fordelagtige, og at kontrakten dermed ville blive tildelt denne tilbudsgiver, fremgår følgende skema om pointtildelingen til de to tilbudsgivere:

”

Criteria	Weight	Interpolation	MMEC Mannesmann GmbH			Renco Spa		
			Price	Score	Points	Price	Score	Points
Price/Economy	40%	56,84%	123.032.000	0,000	0,000	78.444.500	10,000	4,000
Detailed Programme	30%			8,000	2,400		8,000	2,400
Organization and Key Personnel	10%			8,000	0,800		8,000	0,800
Method Statement	10%			8,000	0,800		9,000	0,900
Contract terms	10%			5,000	0,500		10,000	1,000
Total score			4,500			9,100		
						WINNER		

WINNER

”

MMEC's tilbudspris på EUR 123.032.000 var således ca. 56,8 % højere end Renco SpA's tilbudspris på EUR 78.444.500. Renco SpA fik de maksimale 10 point for kriteriet ”Price/Economy”, og MMEC fik 0 point.

#### Parternes anbringender:

#### Ad ”fumus boni juris”

MMEC har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 2 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Energinet Gas har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 og 2 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

#### Ad påstand 1

MMEC har gjort gældende, at Energinet Gas har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved ikke at have afvist Renco SpA's tilbud, da det var unormalt lavt.

MMEC er ikke (på tidspunktet for indgivelse af klageskriftet) i besiddelse af oplysninger om, hvorvidt Energinet Gas har krævet en redegørelse for priser og omkostninger indeholdt i Renco SpA's tilbud i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84, stk. 1, herunder om dette skyldes, at Renco SpA's tilbud ikke opfyldte gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning.

Det kan udledes af Energinet Gas' brev om tildelingsbeslutningen, at forskellen mellem MMEC's tilbudspris og Renco SpA's tilbudspris var cirka 56,8 %. Dette understøtter, at Renco SpA's tilbudspris var unormalt lavt.

Energinet Gas var derfor forpligtet til at indhente en redegørelse for priser og omkostninger i Renco SpA's tilbud, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84, stk. 1. Tilbudsprisen godtgør desuden, at Renco SpA ikke vil kunne opfyldekontrakten til den tilbudte pris. Energinet Gas skulle derfor have afvist Renco SpA's tilbud.

Energinet Gas har gjort gældende, at allerede fordi det ikke er i strid med ligebehandlingsprincippet at antage et usædvanligt lavt tilbud, skal MMEC's påstand 1 ikke tages til følge.

Det bestrides desuden, at Renco SpA's tilbud var usædvanligt lavt.

Det forhold, at der er en vis prisdifference mellem højeste og laveste tilbudspris, er ikke i sig selv udtryk for, at den laveste tilbudspris er unormalt lav. Der må således foretages en vurdering af betydningen af prisdifferencen på baggrund af den udbudte opgave, brancheforholdene og øvrige relevante faktorer, jf. udtrykkeligt forarbejderne til udbudslovens § 169 (vedrørende unormalt lave bud), der kan anvendes analogt på udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Den relativt store prisdifference mellem tilbuddene var ikke uforventelig i et udbud som det pågældende, hvilket også ses ved, at Energinet Gas – på trods af den store kontraktværdi – havde fastlagt et primært evalueringsspænd på 50 % og et sekundært spænd på op til 75 %. Prisforskellen mellem tilbuddene på ca. 56,8 % kunne således også næsten holdes inden for den primære evalueringsmodel og lå langt inden for spændet for den sekundære model.

Hertil kommer, at budgettet for udbuddet var på knap 88,2 mio. euro. Henset hertil var tilbudsprisen på 78.444.500 euro fra Renco SpA heller ikke væsentligt anderledes end forventet.

Vurderingen af, om et tilbud forekommer at være unormalt lavt, tilkommer ordregiver, og ordregiver har et forholdsvist vidt skøn ved denne vurdering,

jf. f.eks. klagenævnets kendelse af 6. marts 2020, Aktieselskabet Carl Christensen mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, og kendelse af 3. oktober 2018, Efkon GmbH mod Fjordforbindelsen Frederikssund m.fl. Selv ganske vide prisspænd fører ikke til, at ordregivers skøn over normaliteten af det laveste tilbud tilsidesættes. Således var prisintervallet i de nævnte kendelser på henholdsvis ca. 90 % og ca. 65 %, uden at dette førte til, at den laveste tilbudte pris blev anset for at være unormalt lav.

Det må i denne forbindelse holdes for øje, at bestemmelsen vedrørende unormalt lave bud i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84 (og den tilsvarende bestemmelse i udbudslovens § 169) har til formål at beskytte tilbudsgivere mod, at et tilbud afvises på et uoplyst grundlag, hvorimod bestemmelsen ikke beskytter andre tilbudsgivere mod ordregivers accept af et unormalt lavt bud, jf. forarbejderne til udbudslovens § 169. Hvis ordregiver vurderer, at det modtagne tilbud ikke indeholder en unormalt lav pris, og således ikke ser en risiko forbundet med at indgå kontrakt, består der ikke yderligere forpligtelser for ordregiver i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84 (eller udbudslovens § 169).

Ved modtagelsen af de endelige tilbud var det Energinet Gas vurdering, at tilbuddet fra Renco SpA ikke var unormalt lavt.

Denne vurdering var ikke alene baseret på budgettet, de forventelige tilbudspriser og den forventelige prisspredning, men også på, at indholdet af Renco SpA's tilbud og dialogen herom under forhandlingerne betryggede Energinet Gas i, at tilbuddet ikke var unormalt lavt. Renco SpA havde således under forhandlingerne med Energinet Gas besvaret alle spørgsmål vedrørende Renco SpA's priser på fyldestgørende vis og havde herunder leveret meget detaljerede cost breakdowns, redegjort for grundlaget for sine kalkulationer i form af egentlige tilbud fra underleverandører og konkretiseret overholdelsen af ILO konventionens artikel 94, jf. Renco SpA's besvarelser i clarification list, som indgik i Renco SpA's endelige tilbud. Som det fremgår af angivelserne og henvisningerne i clarification list, fremgår den underliggende dokumentation for tilbudskalkulationen i form af cost breakdowns mv. ligeledes af Renco SpA's endelige tilbud.

Renco SpA har tidligere udført en række tilsvarende projekter, jf. Renco SpA's ansøgning om optagelse på kvalifikationsordningen, hvilket ligeledes

betryggede Energinet Gas i, at Renco SpA var i stand til at prissætte Energinet Gas projekt korrekt.

På dette grundlag kunne Energinet Gas med fuld ret vurdere, at tilbuddet ikke forekom unormalt lavt. Følgelig var Energinet Gas ikke forpligtet til at foretage yderligere undersøgelser af prissætningen i Renco SpA's tilbud, og Energinet Gas var herefter hverken berettiget endsige forpligtet til at afvise tilbuddet fra Renco SpA.

For det tilfælde at klagenævnet måtte finde, at tilbuddet fra Renco SpA fremstod som unormalt lavt, og der derfor bestod en pligt for Energinet Gas til at kræve en redegørelse for Renco SpA vedrørende prisen i tilbuddet, gøres det ex tuto gældende, at denne redegørelse allerede er afkrævet under forhandlingsfasen og leveret sammen med det endelige tilbud.

Redegørelsen må således kunne indhentes allerede i forhandlingsfasen fremfor at afvente modtagelsen af de endelige tilbud, jf. også klagenævnets kendelse af 3. oktober 2018, Efkon GmbH mod Fjordforbindelsen Frederikssund m.fl., hvor klagenævnet fastslog, at ordregiverens egen granskning af det vindende tilbud med henblik på afklaring af, om tilbuddet forekom unormalt lavt, var et tilstrækkeligt grundlag for ordregiverens vurdering heraf.

#### Ad påstand 2

MMEC har gjort gældende, at den begåede overtrædelse skal føre til annullation af tildelingsbeslutningen.

Energinet Gas har gjort gældende, at da der ikke er begået en overtrædelse, skal der ikke ske annullation.

#### Ad uopsættelighed

MMEC har gjort gældende, at erstatningsreglerne ikke yder MMEC et tilstrækkeligt værn. Den udbudte kontrakt har stor værdi som afspejlet i den pris, MMEC har tilbudt på EUR 123.032.000. MMEC's efterfølgende mulighed for at søge erstatning modsvarer ikke den konkurrencemæssige fordel, der er forbundet med at blive tildelt kontrakten og efterfølgende at kunne

benytte tildelingen som reference over for andre kunder. En erstatning – udmålt i overensstemmelse med hidtidig praksis – vil ikke føre til, at MMEC stilles, som om MMEC var blevet tildelt kontrakten.

Energinet Gas har gjort gældende, at det påhviler MMEC at godtgøre, at MMEC vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, og at MMEC ikke har ført bevis herfor. Der er ikke noget, som understøtter, at en manglende tildeling af kontrakten skulle true MMEC's eksistens eller i øvrigt ændre MMEC's markedsposition på uoprettelig vis, hvilket også kræver bevis for, at der foreligger ganske særlige omstændigheder, jf. klagenævnets kendelse af 5. marts 2012, Bombardier Transportation Denmark A/S mod Banedanmark. MMEC's mulighed for at opnå erstatning som følge af Energinet Gas' påståede fejl under udbudsprocessen er ikke anderledes end erstatningsmulighederne i en enhver anden udbudsklagesag. Betingelsen om uopsættelighed er derfor ikke opfyldt.

#### Ad interesseafvejning

MMEC har gjort gældende, at MMEC har en betydelig interesse i at få tildelt kontrakten som følge af dens store værdi. MMEC's interesse overstiger væsentligt Energinet Gas' mulige interesse i at undgå en påvirkning af tidsplanen frem mod kontraktens ikrafttræden. Da lovgivning af udbudsprocessen på nuværende tidspunkt fortsat er mulig, bør hensynet til MMEC veje tungere end hensynet til Energinet Gas' interesse i underskrift af kontrakten.

Energinet Gas har gjort gældende, at Baltic Pipe-projektet er et fælles projekt mellem Danmark og Polen, som Europa Kommissionen har tildelt status som "et projekt af fælles interesse". Baltic Pipe-projektet skal i henhold til aftalen mellem Danmark og Polen af hensyn til den fremtidige naturgasforsyning i Polen være fuldendt den 1. oktober 2022. Den udbudte kontrakt angår et procesanlæg til kompressorstationen i Everdrup og ligger på den kritiske vej for etableringen af kompressorstationen og det samlede Baltic Pipe-projekt. Baltic Pipe-projektet har indflydelse på den fremtidige forsyning af naturgas i Polen, og Energinet Gas er derfor i henhold til aftalen mellem Energinet Gas og Gaz-System S.A. pålagt en bod på minimum 10 mio. EUR pr. løbende måned, såfremt projektet forsinkes som følge af forhold, som Energinet Gas bærer risikoen for. Energinet Gas har dermed en væsentlig interesse i, at kontraktunderskrivelsen og dermed projektet ikke forsinkes yderligere. MMEC's

rent kommercielle og økonomiske interesser i kontrakten kan på den baggrund ikke opveje Energinet Gas' interesse i at indgå den udbudte kontrakt.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

Ad betingelse nr. 1 (*”fumus boni juris”*)

Af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84 følger:

”*Stk. 1.* Ordregivende enheder kræver, at de økonomiske aktører gør rede for de priser eller omkostninger, der er foreslået i tilbuddet, hvis tilbuddene forekommer at være unormalt lave i forhold til bygge- og anlægsarbejdet, varerne eller tjenesteydelserne.

*Stk. 2.* Redegørelserne i stk. 1 kan navnlig vedrøre følgende:

- a) besparelser i forbindelse med fremstillingsprocessen for varerne, med udførelsen af tjenesteydelserne eller med byggemetoden
- b) de anvendte tekniske løsninger eller tilbudsgiverens usædvanlig gunstige betingelser for at levere varerne eller tjenesteydelserne eller for at udføre arbejdet
- c) tilbudsgiverens leverancers, tjenesteydelsers eller arbejders originalitet
- d) overholdelse af de forpligtelser, der er omhandlet i artikel 36, stk. 2
- e) overholdelse af de forpligtelser, der er omhandlet i artikel 88
- f) eventuel statsstøtte til tilbudsgiveren.

*Stk. 3.* Den ordregivende enhed vurderer de oplysninger, som tilbudsgiveren er fremkommet med ved redegørelsen. Den må kun afvise tilbuddet, hvis den forelagte dokumentation ikke på tilfredsstillende vis redegør for det foreslåede lave pris- eller omkostningsniveau, under hensyntagen til de elementer, der er nævnt i stk. 2.

Ordregivende enheder skal afvise et tilbud, hvis de har konstateret, at tilbuddet er unormalt lavt, fordi det ikke opfylder gældende forpligtelser, som er omhandlet i artikel 36, stk. 2.

*Stk. 4.* Hvis den ordregivende enhed fastslår, at et tilbud er unormalt lavt, fordi tilbudsgiveren har modtaget statsstøtte, kan tilbuddet kun afvises med den begrundelse alene efter konsultation af tilbudsgiveren, og hvis sidstnævnte inden for en tilstrækkelig frist, som fastsættes af den ordregivende enhed, ikke kan godtgøre, at den pågældende støtte er forenelig med det indre marked som defineret i artikel 107 i TEUF. Hvis den ordregivende enhed afviser et tilbud under disse omstændigheder, underretter den Kommissionen herom.

...”

I betragtning 55 og 108 hedder det:

”(55) Kontrollen med overholdelsen af de miljø-, social- og arbejdsretlige bestemmelser bør foregå i de relevante faser af udbudsproceduren i forbindelse med anvendelsen af de generelle principper for valg af deltagere og tildeling af kontrakter, anvendelsen af udelukkelseskriterierne og anvendelsen af bestemmelserne om unormalt lave tilbud. Den nødvendige



verifikation i den henseende bør foregå i overensstemmelse med de relevante bestemmelser i dette direktiv, navnlig dem, der omhandler dokumentation og egenerklæringer.

...

(108) 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. Afvisning bør være obligatorisk, hvis den ordregivende enhed har fastslået, at den foreslåede unormalt lave pris eller de foreslåede unormalt lave omkostninger skyldes manglende overensstemmelse med EU-lovgivningen eller national lovgivning der er forenelig hermed på social-, arbejds- eller miljøområdet eller med internationale arbejdsretsbestemmelser.”

Bestemmelsen i artikel 84 og betragtningerne hertil svarer til udbudsdirektivets artikel 69 og de hertil knyttede betragtninger, som er gennemført i dansk ret ved udbudslovens § 169.

Svarende til, hvad der gælder vedrørende udbudsdirektivets artikel 69, som gennemført ved udbudslovens § 169, jf. herom klagenævnets kendelse af 3. oktober 2018, Efkon GmbH mod Fjordforbindelsen Frederikssund m.fl., kan forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84 ikke forstås sådan, at der – ud over af de tilfælde, der er omfattet af bestemmelsens stk. 3, 2. pkt., om gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning i henhold til EU-retten, national lovgivning eller kollektive overenskomster eller i henhold til de internationale miljø-, social- og arbejdsmarkeds-mæssige lovbestemmelser, der er nævnt i direktivets bilag XIV – er pligt for ordregivere til at afvise tilbud, som må anses for unormalt lave.

Energinet Gas har under forhandlingerne med Renco SpA anmodet om og modtaget detaljerede uddybende oplysninger om prissammensætningen og har modtaget en bekræftelse på, at ILO-konventionens artikel 94 vil blive overholdt, og disse oplysninger indgår i det reviderede og det endelige tilbud. På baggrund af disse oplysninger sammenholdt med budgettet for tilbuddet, prisspændet i de modtagne tilbud og de markeds-karakteristika, der begrundede den valgte prisevalueringsmodel, har Energinet Gas vurderet, at prisen i det endelige tilbud ikke forekom unormalt lav.

På den nævnte baggrund og efter det materiale, som er fremkommet, er der ikke efter de foreliggende oplysninger grundlag for at tilsidesætte Energinet Gas skønsmæssige vurdering, hvorefter Renco SpA's tilbud ikke forekom unormalt lavt. Energinet Gas var derfor ikke forpligtet til at indhente en yderligere redegørelse med henblik på at få afklaret, om tilbuddet var unormalt lavt af årsager, som ville medføre pligt for Energinet Gas til at afvise tilbuddet efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 84, stk. 3, 2. pkt.

Der er herefter ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge og dermed heller ikke til, at tildelingsbeslutningen vil blive annulleret.

Betingelsen om fumus boni juris er herefter ikke opfyldt.

Klagen tillægges derfor ikke opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Iben Lütje Andreasen  
Kontorelev