

K E N D E L S E

DELPRO A/S
(selv)

mod

Energinet
(advokat Tina Braad og advokat Mette Høgh, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2023/S 045-133505 af 27. februar 2023 udbød Energinet som udbud med forhandling med forudgående indkaldelse af tilbud efter direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) en rammeaftale om udførelse af tilsyns- og kvalitetssikringsopgaver på Energinets projekter inden for kabel og luftledningsanlæg.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 15. marts 2023 havde Vestjyske Net Service A/S ("Vestjyske Net Service") og DELPRO A/S ("DELPRO") anmodet om prækvalifikation. Begge ansøgere blev prækvalificerede og afgav også begge indledende tilbud.

Den 12. juni 2023 besluttede Energinet at indgå kontrakt med Vestjyske Net Service.

Den 19. juni 2023 indgav DELPRO klage til Klagenævnet for Udbud over Energinet. Klagen blev indgivet indenfor standstill-perioden, og klagenævnet tog derfor i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, stilling til,

om klagen skulle have opsættende virkning. Den 23. juni 2023 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har den 19. juni 2023 henstillet til DELPRO, at virksomheden formulerer påstande, som mere præcist end i virksomhedens klageskrift af 19. juni 2023 beskriver de overtrædelser, som Energinet efter DELPROs opfattelse har gjort sig skyldig i, og som virksomheden ønsker klagenævnets stillingtagen til. Klagenævnet har i den forbindelse vejledt om, hvordan påstande hensigtsmæssigt kan formuleres. Det blev samtidig oplyst, at klagenævnet kan afvise klagen, hvis klagen ikke er egnet til at danne grundlag for behandling af sagen. Den 22. juni 2023 har klagenævnet modtaget et supplerende klageskrift fra DELPRO.

DELPRO har nedlagt følgende endelige påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Energinet har handlet i strid med udbudsbetingelserne ved ikke at præsentere tilbuddets svage egenskaber under de indledende forhandlinger som beskrevet i kapitel 3.9 under punkt II ”Indledende forhandlinger”.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Energinet har handlet i strid med [udbudslovens] § 160 ved at evaluere på evalueringskriterier, der ikke er beskrevet i udbudsbetingelsernes afsnit 4.1 ”Evalueringsgrundlag for CV og Kompetencer.”

Energinet har vedrørende påstand 1 nedlagt påstand om, at påstanden afvises, subsidiært ikke tages til følge. Energinet har vedrørende påstand 2 nedlagt påstand om, at påstanden ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a.:

”3.9 Forhandling

Ordregiver forbeholder sig ret til at tildele rammeaftalen allerede efter det indledende tilbud, hvilket betyder, at tilbudsgiverne ikke kan påregne, at der nødvendigvis bliver anledning til at forhandle om det afgivne tilbud. Tilbudsgiverne opfordres derfor til at undgå forbehold, jf. afsnit 3.7.1. Såfremt Ordregiver beslutter at tildele på baggrund af det indledende tilbud, vil rammeaftalen blive tildelt i overensstemmelse med afsnit 4. Såfremt Ordregiver afstår fra at tildele på baggrund af det indledende tilbud, gennemføres forhandlingsforløbet som beskrevet herunder.

Forhandlingsprocessen:

- I. ...
- II. Indledende forhandlinger
De tilbudsgivere der har afleveret indledende tilbud inden for den fastsatte tidsfrist indbydes til forhandling. Forhandlingerne forventes gennemført i overensstemmelse med tidsplanen. Forhandlingsmødet har 3 primære formål; 1) Tilbudsgiver får mulighed for at præsentere sit tilbud 2) gennemføre forhandlinger og afklare misforståelser og uklarheder i henholdsvis udbudsmaterialet og tilbuddet og 3) give Ordregiver mulighed for at præsentere sit foreløbige syn på tilbuddets styrke og svage egenskaber. Resultatet af den indledende forhandling er således, at tilbudsgiver får mulighed for at revidere sit tilbud, og Ordregiver er berettiget til at foretage ændringer til udbudsmaterialet.

...

4. Evaluerings- og tildelingsfasen

4.1 Tildelingskriteriet

Tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud vurderet på baggrund af det bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. de herunder angivne underkriterier inklusive vægt:

Pris (50%)	
...	...
CV og Kompetencer (50%)	
Dokumentation	Evalueringsgrundlag
Tilbudsgiver skal fremsende 10 CV'er i henhold til Bilag 2 - Ydelsesbeskrivelsen (dok.nr. 23/01637-2). Ordregiver understreger i den forbindelse, kun at ville have tilbudt CV'er på konsulenter, som til-	Ved vurdering af "CV'er og Kompetencer" vil Ordregiver lægge vægt på de kvalifikationer de tilbudte nøglepersoner besidder. Følgende forhold vægter positivt under tilbudsevalueringen: • De tilbudte konsulenter har relevant erfaring og kvalifikationer

budsgiver kan forsikre fast allokeret til opgaver i den nærværende Rammeaftale.	inden for de forventede aktiviteter/opgaver der forventes at blive løst jf. Bilag 2 - Ydelsesbeskrivelsen (23/01637-2) • De tilbudte konsulenter evne til at udføre selvstændig opgaveløsningsforløb inden for Tilsyns- og Kvalitetssikringsopgaver. • De tilbudte konsulenter har løst opgaver på et transmissionsnet.
---	--

”

Af ydelsesbeskrivelsen, der indgår som bilag 2 i udbudsmaterialet, fremgår yderligere om tilbudte medarbejderes erfaringer og kompetencer:

”2. Opgavebeskrivelse

Nærværende afsnit angiver og beskriver krav til ydelsesområdet, som er omfattet af

Rammeaftalen. Energinet har i Rammeaftalens varighed behov for at få tilført medarbejderressourcer fra Leverandøren på tilsyns- og kvalitetssikringsopgaver.

Energinet har behov for 25 stk. erfarende konsulenter til Tilsyns- og Kvalitetssikringsopgaver på kabel og luftledningsanlæg.”

Efter DELPROs afgivelse af indledende tilbud blev der afholdt et forhandlingsmøde. Energinet afgav på den baggrund feedback, som fremgår af referatet fra forhandlingsmødet:

”Referat af forhandlingsmøde med Delpro A/S

...

2. Forventet antal kompetente medarbejdere pr. 1/9 2023

- Energinet har bedt om en beskrivelse/redegørelse for hvordan håndtering af ressourcer og sikring af det nødvendig antal medarbejdere vil håndteres.
- I CV'er mangler der udspecificeres erfaringer fra lodejer?
- Uddannelse af medarbejdere skal udspecificeres i forhold til de i rammeaftalen efterspurgte kompetencer. Der skal udspecificeres kompetencer, altså antal og niveauet.

- Der blev spurgt til de 3 CV'er af ledere, og om disse skal arbejde som ledere eller udførende medarbejdere? Delpro har svaret at ledere kan godt gå ud og hjælpe med at løse opgaven, og det er også derfor deres CV'er vedlagt ind i tilbuddet.
- Delpro har spurgt om der forventes der 25 mand træder ind med det sammen ved opgavens opstart. Energinet har svaret at det bliver en dialog med tidligere og nuværende leverandør. Men planen er, at der skal være 25 folk klar til udgangen af året."

Energinet har i relation til vurderingen af underkriteriet "CV og kompetencer" udarbejdet et internt støtteværktøj i form af en tabel med resultatet af gennemgangen og analysen af de fremsendte CV'er for henholdsvis DELPROs og Vestjyske Net Services tilbud. Energinet har fremlagt tabellen for evalueringen af DELPROs tilbud for både DELPRO og klagenævnet. Tabellen for evalueringen af Vestjyske Net Service er alene fremlagt for klagenævnet. Overordnet om tabellen fremgår:

"Tabellen indeholder:

Navn. Navn på fremsendes CV.

Kommentar. Kort kommentar til gennemgang af CV.

Erfaring. Relevant erfaring for jobbet som tilsynsførende. Erfaring skrives i år.

Score. En score på grundlag af CV. Der scores fra 1 til 10, hvor 10 er højest/bedst."

Resultaterne af gennemgangen og analysen for henholdsvis DELPROs og Vestjyske Net Services tilbud gengives ikke i kendelsen.

Den 12. juni 2023 besluttede Energinet at tildele rammeaftalen til Vestjyske Net Service. Af tildelingsbeslutningen fremgår:

"De modtagne konditions-mæssige tilbud er vurderet i henhold til tildelingskriteriet "bedste forhold mellem pris og kvalitet" og på baggrund af de i udbudsbetingelserne fastsatte underkriterier og deres indhold.

På vegne af Energinet meddeles det hermed, at Energinet har til hensigt at tildele den udbudte kontrakt vedrørende Rammeaftale på Tilsyns- og kvalitetssikringsopgaver på kabel og luftledningsanlæg til Vestjyske Net Service A/S.

...

DELPRO A/S						
Underkriterie	Delkriterie	Vægt	Interpolation	Pris i DKK	Score	Point
Pris		50%	50%	729	10,00	5,00
	Timepris	80%		591		0,00
	Møderate	20%		1.282		0,00
CV og Kompetencer		50%			5,50	2,75
Total score						7,75

Vestjyske Net Service A/S						
Underkriterie	Delkriterie	Vægt	Interpolation	Pris i DKK	Score	Point
Pris		50%	50%	770	8,89	4,45
	Timepris	80%		642		0,00
	Møderate	20%		1.280		0,00
CV og Kompetencer		50%			7,50	3,75
Total score						8,20

...

Evaluering af underkriteriet CV og Kompetencer

DELPRO A/S har samlet set opnået 5,5 point. Point for det vægtede underkriterie er 2,75 point.

Det fremsendte tilbud er af acceptabel kvalitet og demonstrerer en umiddelbart acceptabel løsning for den udbudte opgave, inden for hvilken der imidlertid fortsat er plads til væsentlig forbedring. Således er en række områder af betydning ikke fuldt ud tilstrækkeligt afdækket i tilbuddet set i forhold til den udbudte opgaves indhold og kompleksitet.

Energinet har evalueret de tilsendte CV'er i lyset af de kriterier der er nævnt i ydelsesbeskrivelsen.

Energinet har vurderet CV'erne til at have gennemgående mangel på erfaring som tilsyn, og især på kabelprojekter. Med fremsendte CV'er vurderes Delpro A/S ikke kunne overtage tilsynsopgaven som forventet og ønsket, med et ressourcetræk på 25 medarbejdere."

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Ad afvisningspåstanden

DELPRO har ikke gjort særskilte anbringender gældende til støtte for, at der ikke skal ske afvisning af påstanden.

Energinet har gjort gældende, at DELPRO ikke har anført, hvilken regel eller hvilket princip Energinet skulle have tilsidesat. Påstanden er derfor uegnet til at danne grundlag for sagens behandling, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2.

Ad realiteten

DELPRO har gjort gældende, at det af udbudsbetingelsernes pkt. 3.9 om ”Indledende forhandlinger” fremgår, at der er tre primære formål med forhandlingen, herunder at ”give Ordregiver mulighed for at præsentere sit foreløbige syn på tilbuddets stærke og svage egenskaber”. At ”Energinet har vurderet CV’erne til at have gennemgående mangel på erfaring som tilsyn, og især på kabelprojekter”, er så væsentlig en svaghed ved tilbuddet, at Energinet skulle have påtalt det under forhandlingen i henhold til udbudsbetingelsernes bestemmelser om forhandlingsprocessen, så DELPRO havde haft mulighed for at revidere og optimere sit tilbud.

Energinet har under forhandlingsmødet ikke fremhævet nogle svage sider ved DELPROs tilbud. På den baggrund var DELPRO af den opfattelse, at de fremsendte CV’er og kompetencer var tilfredsstillende, og at øvrige bekymringer fra Energinets side ikke ville indgå som en del af evalueringskriterierne og derfor ikke ville blive medtaget i evalueringen.

Energinet har gjort gældende, at forhandlingsforløbet er gennemført som beskrevet i udbudsbetingelsernes punkt 3.9. Energinet har givet DELPRO relevant feedback på stærke og svage elementer i DELPROs tilbud.

Det fremgår af referatet fra forhandlingsmødet mellem Energinet og DELPRO, at DELPRO blev gjort opmærksom på flere forskellige svagheder i CV’erne, der kunne optimeres i det reviderede tilbud. Dertil kommer, at referatet ikke er fyldestgørende på det punkt, idet parterne også under den mundtlige forhandling drøftede øvrige forhold i CV’erne, der med fordel kunne optimeres.

Der består efter fast klagenævnsspraksis ikke nogen pligt for ordregiver til under et forhandlingsmøde at påpege ethvert forbedringspotentiale i tilbudene, jf. herved blandt andet kendelse af 17. januar 2020, NAV CANADA mod Naviair.

Ad påstand 2

DELPRO har gjort gældende, at Energinet på baggrund af udbudsbetingelserne ikke lovligt har kunnet inddrage kravet om et ressourcetræk på 25 medarbejdere i evalueringen af underkriteriet ”CV og Kompetencer”, idet evalueringsgrundlaget i udbudsbetingelserne alene vedrører evaluering af de fremsendte CV’er og ikke, hvorvidt evalueringen af de 10 fremsendte CV’er kan danne grundlag for en vurdering af, om tilbudsgiver kan overtage tilsynsopgaven med de forventede og ønskede 25 medarbejdere.

Energinet har bestridt, at der er indgået andet i evalueringen af underkriteriet ”CV og Kompetencer” end tilbudsgivernes kvalifikationer.

Af tildelingsbeslutningen fremgår om DELPROs tilbud ”Med fremsendte CV’er vurderes Delpro A/S ikke kunne overtage tilsynsopgaven som forventet og ønsket, med et ressourcetræk på 25 medarbejder”. Energinet er enige i, at det ikke fremgår af udbudsbetingelserne, at tilbudsgivers kapacitet indgår i vurderingsgrundlaget. Formuleringen i tildelingsbeslutningen er Energinets interne overvejelse, som ved en fejl er medtaget i tildelingsbeslutningen. Formuleringen er dog ikke udtryk for, at DELPROs kapacitet er indgået i tilbudsvurderingen. Tilbudsvurderingen er foretaget udelukkende på baggrund af DELPROs kvalifikationer i henhold til de vurderingselementer, der fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 4.1 om tildelingskriteriet. Det fremgår således også af Energinets interne evalueringsnotat for DELPROs tilbud, at Energinet med henblik på at give en samlet karakter for underkriteriet ”CV og Kompetencer” har tildelt støttepoint til de enkelte, tilbudte CV’er. Pointscoren for støttepointene giver samlet 55 og fordelt på 10 CV’er giver det en gennemsnitlig score på 5,5 point, som netop er det antal point, DELPRO er tildelt på det pågældende underkriterium.

Årsagen til, at orienteringsskrivelsen indeholder en bemærkning vedrørende kapaciteten, er alene, at kapaciteten er et internt bekymringspunkt hos Energinet. Energinet har behov for, at rammeaftalen kan bemændes med 25 konsulenter, hvilket imidlertid ikke var blevet fastsat som et entydigt krav i udbudsmaterialet. Der skulle alene leveres CV'er for 10 nøglepersoner. Energinet blev først opmærksom på, at der kunne være et kapacitetsproblem hos leverandørerne ved modtagelsen af tilbuddene. En del af de konsulenter, som DELPRO konkret tilbød at bemænde kontrakten med, er i forvejen tilknyttet andre kontrakter hos Energinet, og Energinets bekymring er derfor, om DELPRO vil kunne levere den nødvendige kapacitet på kontrakten. Den bekymring fremgår ligeledes af referatet fra forhandlingsmødet med DELPRO. Hvis Energinet vurderede, at den vindende tilbudsgiver ikke kunne levere den nødvendige kapacitet på kontrakten, ville Energinet være nødsaget til at annullere udbuddet og genudbyde kontrakten med en nærmere regulering af den krævede kapacitet.

Da Energinet således har dokumenteret, at tilbudsvurderingen alene har omfattet vurderingselementerne som angivet i evalueringsmodellen, er der ikke grundlag for at tage påstand 2 til følge.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

En klage kan i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, afvises, hvis klagen er uegnet til at danne grundlag for klagesagens behandling. Bestemmelsen skal læses i sammenhæng med lovens § 10, stk. 1, 2. pkt., hvorefter klagenævnet ikke kan tilkende en part mere, end den pågældende har påstået, og ikke kan tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende. Bestemmelsen skal tillige ses i sammenhæng med den vejledningspligt, klagenævnet har i medfør af forvaltningslovens § 7. Bestemmelserne i lov om Klagenævnet for Udbud er indsat ved lov nr. 618 af 14. juni 2011. Af forarbejderne til § 6, stk. 2, fremgår blandt andet:

”Den foreslåede bestemmelse er en konsekvens af forslagets § 1, nr. 7. I henhold til forslagets § 1, nr. 7, kan Klagenævnet for Udbud ikke træffe en afgørelse, der går ud over de påstande eller forhold, som en part har nedlagt eller fremført.

...

For at sikre en effektiv og målrettet anvendelse af klagenævnets ressourcer foreslås det i § 1, nr. 7, at Klagenævnet for Udbud fremover ikke træffer afgørelser, der går ud over de nedlagte påstande eller faktiske og retlige forhold, som parterne fremfører.

...

Klagenævnet skal fortsat opfylde sin vejledningspligt efter forvaltningslovens § 7, idet klagenævnet skal vejlede parten om, hvilke elementer af klagen der gør denne uegnet til at danne grundlag for klagenævnets behandling, fx at klagers påstand er uklar, samt hvad klager bør foretage sig med henblik på at udforme klagen, så den egner sig til behandling for nævnet. En sådan vejledning bør dog ikke gå så vidt, at klagenævnet yder bistand til at formulere brugbare påstande eller formulere nye eller supplerende spørgsmål/forhold som kunne fremføres, jf. herved bemærkningerne til § 1, nr. 7.”

Klageskrift af 22. juni 2023 må efter påstandens formulering og de anbringender, der er fremført til støtte herfor, forstås sådan, at DELPRO anser det forhold, at Energinet ikke udtrykkeligt under forhandlingerne oplyste, at ”Energinet har vurderet CV’erne til at have gennemgående mangel på erfaring som tilsyn, og især på kabelprojekter” for at være i strid med gennemsigtsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36.

Klagenævnet finder på den baggrund ikke anledning til at afvise påstanden.

Det påhviler den ordregivende myndighed at handle på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde. Heraf følger ikke en pligt for ordregiver til under forhandlingsmøderne at påpege enhver væsentlig svaghed i tilbuddene. Af gennemsigtsprincippet følger det derimod, at ordregivers tilbagemeldinger i forhold til tilbudsgiverne ikke må være vildledende.

Af referatet fra forhandlingsmødet mellem Energinet og DELPRO fremgår, at forhandlingerne har omfattet flere forhold i DELPROs tilbud. Der er ikke grundlag for at fastslå, at Energinets tilbagemeldinger i den forbindelse har været vildledende.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Af Energinets interne evaluering, som ikke er gengivet i kendelsen, men som, for så vidt angår DELPROs tilbud, er fremlagt for både DELPRO og klagenævnet, fremgår navnet på hver nøgleperson, en kommentar til gennemgangen, erfaring angivet i antal år og en score på grundlag af nøglepersonens CV. Der scores fra 1-10, hvor 10 er bedst. Samme fremgangsmåde gør sig gældende for Energinets interne evaluering af Vestjyske Net Services tilbud, som alene er fremlagt for klagenævnet. DELPRO scorede sammenlagt 55 point på baggrund af de 10 tilbudte nøglepersoners CV'er svarende til et gennemsnit på 5,5 point (vægtet 2,75 point), som også fremgår af Energinets tildelingsbeslutning for så vidt angår evalueringen af underkriteriet "CV og Kompetencer".

Klagenævnet kan efter fast praksis kun tilsidesætte det skøn, som en ordregiver har udøvet ved bedømmelsen af tilbudsgivernes opfyldelse af kvalitative kriterier, hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens evalueringsskøn, eller har handlet usagligt.

Der er mellem parterne enighed om, at Energinet ikke ved evalueringen lovligt kunne inddrage, om DELPRO kunne tilbyde et ressourcetræk på 25 medarbejdere.

Energinet har redegjort for, at formuleringen i tildelingsbeslutningen herom beror på en fejl og bunder i Energinets faktiske behov for et ressourcetræk på 25 medarbejdere, som alene har været en intern overvejelse, uden at dette har indgået i den kvalitative evaluering.

Klagenævnet har efter det foreliggende, herunder særligt henset til de interne evalueringer af underkriteriet "CV og Kompetencer", ikke grundlag for at konstatere at Energinet ved evalueringen af det kvalitative underkriterium, rent faktisk har inddraget det forhold, at Energinet har et behov for et ressourcetræk på 25 medarbejdere og på den baggrund har handlet usagligt. Klagenævnet har i den forbindelse lagt vægt på, at DELPRO ikke har anført noget ud over formuleringen i tildelingsbeslutningen, som understøtter, at Energinet ved den kvalitative evaluering af DELPROs tilbud har inddraget dette forhold.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes

Klagen tages ikke til følge.

DELPRO A/S skal i sagsomkostninger til Energinet betale 10.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens retlighed bekræftes.

Tanja Bøtke Lindgren
specialkonsulent