

K E N D E L S E

Dubex A/S
(selv)

mod

DSB
(advokat Jeppe Lefevre Olsen og advokatfuldmægtig Victor Ditlev Kunde,
Århus)

DSB iværksatte den 1. oktober 2023 i henhold til udbudslovens afsnit IV (om offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse) indhentning af tilbud vedrørende en MDR-service (Managed Detection and Response-service), der skulle integrere med DSB's eksisterende Azure Sentinel-løsning og øvrige Microsoft sikkerhedsprodukter.

Ved udløbet af fristen den 13. oktober 2023 for afgivelse af tilbud havde DSB modtaget indledende tilbud fra virksomhederne Dubex A/S ("Dubex"), CSIS Security Group A/S ("CSIS") og Truesec A/S ("Truesec").

Efter de tre tilbudsgivere havde afgivet endelige tilbud, meddelte DSB ved tildelingsbeslutning af 6. november 2023, at Truesec ville blive tildelt kontrakten, og den 23. november 2023 indgik DSB kontrakt med Truesec.

Den 16. april 2024 indgav Dubex klage over DSB til Klagenævnet for Udbud. Dubex har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at DSB har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Truesec, idet DSB fejlagtigt har tilføjet prisen på

en optionel tilkøbsmulighed, MSIEM-2500-ADDON, til den endelige evalueringspris, hvormed Dubex blev evalueret ud fra en væsentlig højere pris end der blev afgivet ved tilbuddet, ligesom DSB samtidig lod det trække ned i evalueringen af kvalitet under punkt R1, at selvsamme add-on ikke var inkluderet, hvormed Dubex blev vurderet åbenlyst forkert på kriterierne pris og kvalitet.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at DSB har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke rettidigt at underrette Dubex om, at DSB endeligt havde indgået kontrakt med Truesec, idet DSB først den 7. marts 2024 orienterede Dubex om, at man allerede havde tildelt kontrakten til Truesec og samtidig afviste en klage fra Dubex, som Dubex allerede den 15. november 2023 havde indgivet til DSB i standstill-perioden, og herfra løbende blev holdt i den tro, at kontrakttildelingen var udsat, mens klagen blev behandlet, hvormed Dubex blev hindret i rettidigt at benytte andre klageinstanser inden kontrakten blev endeligt indgået.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere DSB's beslutning om at tildele den udbudte kontrakt til Truesec.

Dubex har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

DSB har nedlagt påstand om afvisning, subsidiært frifindelse.

Over for påstanden om afvisning har Dubex nedlagt påstand om, at klagen skal realitetsbehandles.

Klagenævnet har besluttet at udskille spørgsmålet om klagens afvisning til særskilt behandling.

Sagen er behandlet på skriftligt grundlag og uden medvirken af sagkyndig, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 6.

Klagenævnet har den 18. april 2024 meddelt DSB's kontraktpart, Truesec, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Truesec har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

I konkurrenceudsættelsesbetingelserne er anført følgende om tildelingskriteriet og evalueringen:

”Ordregiver vil tildele kontrakten til tilbudsgiveren som afgiver det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Ordregiver vil identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på baggrund af tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Tildelingskriterium, har følgende underkriterier med nedenstående vægtning:

Bedste forhold mellem pris og kvalitet	Underkriterier:	Vægt:
	Pris	45 %
	Kvalitet	55 %
	Samlet sum	100 %

7 Evaluering

DSB vil i forbindelse med evaluering af tilbud, benytte tilbudsgivers besvarelse, Bilag 3 – tilbudsgivers tilbud løsningsbeskrivelse, samt Bilag 4 – priser.

7.1 Pris – 45 %

Tilbudsgiveren skal angive en fast pris i DKK eksklusive moms for alle produkter/ydelser, som er omfattet af bilag 1 – kravspecifikation.

Tilbudsgiveren skal i priserne indberegne alle Tilbudsgiverens omkostninger til levering af de i bilag 1 angivne produkter/ydelser samt alle øvrige omkostninger forbundet med opfyldelse af kontrakten herunder udgifter til administration, levering, transport, forsikring, told og afgifter mv. Tilbudsgiveren vil således ikke være berettiget til at opkræve DSB særskilt betaling for opfyldelse af kontrakten.

Evaluering af underkriteriet pris vil ske på baggrund af de priser, som Tilbudsgiveren har angivet i bilag 4 - priser. Hver tilbud tildeles et point mellem 0 og 10, hvor laveste totalpris tildeles 10 point, og priser 30 procent eller derover tildeles 0 point. De øvrige priser tildeles point på baggrund af en lineær interpolering mellem disse to priser.

Pointet ganges herefter med vægten for underkriteriet Pris 45% og indgår i den endelige beregning af hvilken tilbudsgiver, der har afgivet tilbud med det bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. afsnit 7.

7.2 Kvalitet – 55%

Evalueringen af underkriteriet Kvalitet vil ske på baggrund af den besvarelse, tilbudsgiveren har angivet i bilag 3 – tilbudsgivers tilbud (løsningsbeskrivelse), i henhold til de evalueringskrav der fremgår af bilag 1 – kravspecifikationen.

Til evalueringen benyttes en pointskala fra 0-10. Pointet ganges herefter med vægten af underkriteriet Kvalitet 55 %, og indgår i den endelige beregning af hvilken tilbudsgiver, der afgivet tilbud med det bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. afsnit 7.

Opfyldelse af kriteriet	Point
Bedst muligt opfyldelse af kriteriet	10
Fremragende opfyldelse af kriteriet	9
Meget tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	8
God opfyldelse af kriteriet	7
Over gennemsnit opfyldelse af kriteriet	6
Gennemsnitlig/ tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	5
Under gennemsnitlig opfyldelse af kriteriet	4
Mindre tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	3
Ikke tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	2
Mangelfuld opfyldelse af kriterier	1
Dårlig opfyldelse af kriterier	0

7.3 Samlet evaluering

Det samlede point for underkriterierne Pris og Kvalitet indgår med deres relative vægte i det beregnede resultat for det tilbud, der har det bedste forhold mellem Pris og Kvalitet.

Den tilbudsgiver, som samlet set har opnået det højeste point, har afgivet det tilbud, der har det bedste forhold mellem Pris og Kvalitet, og vil blive tildelt kontrakten.”

Af DSB's tildelingsbeslutning af 6. november 2023 fremgår bl.a.:

”DSB would like to thank Dubex for the tender submitted.

DSB has carried out a thorough evaluation of the 3 tenders received. DSB received a tender from the following suppliers:

- CSIS
- Dubex
- Truesec

The tenders have been evaluated on the basis of the award criterion best price-quality ratio with the following sub-criteria and weighting:

- Price weighted at 45%,
- Quality weighted at 55%.

DSB regrets to inform that Dubex has not been awarded the contract.

DSB has evaluated that Trusec in the overall evaluation has submitted the tender with the best price-quality ratio evaluated against the award criterion. Trusec has therefore been awarded the contract.

Summary of the evaluation

The overall result of the tender evaluation is the following:

Supplier	Price (45%)	Quality (55%)	Total
CSIS	9,64	5,27	7,2
Dubex	8,62	4,91	6,6
Trusec	10,00	6,18	7,9

Other information

DSB does not consider the contract finally awarded until it has been signed. Until the contract has been signed, Trusec is therefore asked to refrain from sending out press releases or other publication regarding the contract. DSB requests that press releases or other publication after the expiry of the standstill period be coordinated with DSB.

Pursuant to section 3(1), para (1) of Act no. 593 of 2 June 2016 on the Complaints Board for Public Procurement (as amended), the contracting entity is obliged to await the expiry of a standstill period of 10 calendar days, calculated from the day after the day when the contracting entity has notified all tenderers of the award of the contract, before entering into the contract.

The standstill period will expire on **17-11-2023** and, therefore, DSB will not enter into the contract until **17-11-2023** at the earliest.

DSB would like to thank Dubex for participating in the procedure.”

Den 15. november 2023 klagede Dubex til DSB over tildelingsbeslutningen.
Af klagen fremgår bl.a.:

”Med udgangspunkt i den fremsendte evaluering brev af den 6. november 2023 ønsker Dubex hermed at klage over tildelingen af kontrakten, idet vi mener DSB har evalueret på et forkert prisgrundlag og tildeling af kontrakten derfor ikke er sket til den rette tilbudsgiver.

Det skyldes, at:

- DSB har på baggrund af intern usikkerhed omkring egne systemer, bedt Dubex hæve deres løsning til en kapacitet svarede til 5 gange den tilbudte løsning – hvilket er en væsentlig afvigelse fra udbudsmaterialet og en opjustering som Dubex på intet tidspunkt har udtrykt enighed i.
- Det er fortsat vores opfattelse at den oprindelige tilbudte pris på 475.000 DKK og volumen er tilstrækkelig til DSB's behov i kontraktens løbetid baseret på angivelse af DSB-logkilder, jf. spørgsmål- og svarrunden.
- Ønsket om en opjustering fremsættes på et tidspunkt, hvor DSB har kendt til de andre to byderes prissætning.
- Havde DSB benyttet Dubex' oprindelige prissætning, og havde Dubex afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud – det vil sige det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Derfor skal beslutning om tildeling af kontrakten annulleres, så kontrakten kan tildeles til den rette tilbudsgiver.”

I en mail af 16. november 2023 til Dubex skrev DSB som opfølgning på klagen bl.a.:

”Tak for fremsendte. Hvis det er okay så vil jeg gerne tage en indledende snak med Mick, som har været vores kontaktperson.

For god ordens skyld skal jeg bekræfte at kontrakten endnu ikke er tildelt og underskrevet.”

Den 27. november 2023 blev der afholdt et møde mellem parterne. Efter mødet skrev Dubex i en mail til DSB bl.a.:

”Tak for jeres tid i dag, det var fint vi fik indsigt i hvordan I har prisevalueret vores udbudsbesvarelse.

Det blev under vores dialog klart, at DSB har anvendt forkerte kriterier under prisevalueringen af Dubex.

DSB har i forløbet valgt at tilføje følgende til Dubex' prisevaluering, på trods af at dette er en valgfri option, og således ikke noget der skal inkluderes i prisen:

1	1	MSIEM-2500-ADDON	<u>OPTINAL ADDON:</u> Optional add-on to the Microsoft Sentinel based Managed Detection and Response service. Adding 2500 MPS Dubex Managed SIEM capacity to the MDR service.	48.300,00 kr.	<u>OPTINAL ADD-ON:</u> Optional add-on to the Microsoft Sentinel-based MDR service bringing a lower cost Managed SIEM platform into the service-recommended for non-microsoft log sources. Data will be fully available to DSB's SOC team and Dubex MDR service spans Sentinel and Dubex Managed SIEM seamlessly. Capacity equal to 100GB/day capacity according to Microsoft's average on 500 bytes per event. (*)	579.600 kr.	579.600 kr.
---	---	------------------	--	---------------	--	-------------	-------------

Følgende fremgår af side 7 i Bilag 3 – Tilbudsgivers tilbud (løsningsbeskrivelse):

“Optional add-on:

We recommend combining the Microsoft Sentinel SIEM with Dubex Managed SIEM in a hybrid solution. This optional add-on will ensure DSB savings on app. 50% on storage alone – not including compute, search, AI/ML etc. costs on Microsoft Sentinel - compared with a Microsoft Sentinel-only solution.”

Dertil fremgår det at *“The use of Dubex Managed SIEM is not a requirement, but a recommendation to reduce the TCO using Microsoft Sentinel.”*

Endelig fremgår det også tydeligt af teksten i Bilag 4, at det er **OPTIONAL ADD-ON**, som kan benyttes til at optimere TCO ved at reducere DSB's omkostninger til Microsoft Sentinel.

Når Managed SIEM med den fulde 2500 EPS kapacitet medtages, bliver den evalueringstekniske pris 579.600 kr. for høj pr. år, og Dubex er prisen evalueret på et forkert grundlag. Det svarer til, at I skulle inkludere den

fulde 100GB/dag Sentinel omkostning i jeres prisevaluering af de øvrige tilbudsgivere.

Dertil har DSB valgt at inkludere ekstra MDR kapacitet ud over hvad der er nødvendigt, og efter vores overbevisning langt over DSB's reelle behov baseret på DSB's ønskede scope samt de datakilder der aktuelt er i Sentinel. Det medfører følgende stigning i den udbudstekniske pris:

12	SMDR-2500MPS-UP-GRADE	<u>OPTIONAL UP-GRADE:</u> Microsoft Sentinel based Managed Detection and Response service. Upgrade service capacity from 500 MPS to 2500 MPS (message per second in average measured per month)	40.000,00 kr.	<u>OPTIONAL UP-GRADE:</u> Capacity upgrade. Must be ordered in addition to the SMDR-500MPS SKU if a higher volume is required. Should be added for the remaining contract period only when ordered. Equal to 100GB/day capacity according to Microsoft's average on 500 bytes per event. (*)	480.000 kr.	480.000 kr.
----	-----------------------	--	---------------	---	-------------	-------------

Dermed er den korrekte udbudstekniske pris for Dubex 416.000 kr., hvilket giver en væsentlig diskrepans i forhold til det beløb DSB har vurderet Dubex på.

Vi fastholder dermed vores klage.”

I en mail af 28. november 2023 svarede DSB:

”Selv tak fordi i havde tid til en præcisering af vores pris evaluering.

Som aftalt vender jeg vores dialog med projektteamet og så kommer vi tilbage med vores udlægning og opdatering.”

Den 6. december 2023 skrev Dubex til DSB:

”Vi har ikke hørt yderligere fra jer endnu. Kan du give en opdatering på hvordan det går hos jer?”

DSB svarede samme dag følgende:

”I er ikke glemt – jeg regner med at vi har en tilbagemelding til jer i slutningen af ugen.”

I en mail af 12. december 2023 til DSB anførte Dubex bl.a.:

”På vores sidste møde tilbød I feedback om, hvordan Dubex vil kunne forbedre kvaliteten i vores besvarelse.

Det vil vi meget gerne takke ja til, kan vi sætte et Teams møde op om det?”

Den 15. december 2023 blev der holdt et nyt møde mellem parterne. Efter mødet skrev Dubex den 2. januar 2024 følgende til DSB:

”På vores møde d. 15. december aftalte vi, at du ville sende os et uddrag fra det Excel ark du viste – herunder den objektive vurdering af vores kvalitet for de enkelte krav samt hvilken score vi har opnået for hver enkelt krav.

Har du mulighed for at sende dem til mig i løbet af denne uge? Vi sidder med at andet udbud, så jeg vil gerne sikre, at vi får indarbejdet forbedringsområder i den besvarelse ...”

DSB besvarede mailen den 9. januar 2024 og anførte:

”Beklager ventetiden. Håber I kan bruge kommentarerne fra DSB.”

Af det omtalte Excel-ark med DSB’s evaluering af de kvalitative krav fremgår:

”

Kvalitet (55%)				
Krav relateret til kvalitet			DUPEX	
Krav nr.	Tekst	...	Endelig	Point-tekst
R 1	MDR – General description		4	Comprehensive description of service. Score negatively affected by recommended functions that are not included in the price proposal
R 2	MDR – 24/7/365 monitoring		7	Thorough description of tiering and structure of analyst team.
R 3	MDR – Operational		4	Fullfills requirements, but unclear how alert handling process is primarily anchored in Dubex system or our Sentinel platform.

Kvalitet (55%)				
R 4	MDR – Hunting		5	Fullfills requirements, but lack details on how performed TH's will be reported to customers (only info on TP threat hunts described)
R 5	MDR - Handling (response)		6	Fullfills requirement. Description of Tier 1 analysts general training background and competency levels would have added to the score.
R 6	MDR – Analysis guidance		7	Good fullfilment of requirements. A plus that methods of assistance is described. Lacks information on whether analysis assistance incurs additional costs.
R 7	MDR – Threat Intelligence		5	Brief description, but many different TI sources stated. Lacks mention and examples of TI reporting
R 8	MDR – Remediation		5	Brief answer on requirement. Would have been beneficial with a more elaborate answer on how automated process could benefit the remediation phase
R 9	MDR – Containment		5	Requirement fulfilled
R 10	MDR – Incident Response Service		6	Thorough answer. Lacks description of whether IR retainers with third parties exists. Adds to the score that preparedness exercises is explicitly mentioned
R 11	Overall – audit trails		6	Explicit mentions of reporting possibilities adds to the score.
R 12	Overall - Tools with separable maintenance and analysis interfaces		4	Fullfills requirement. Unclear what we actually get.
R 13	Overall – Support		2	Thorough description of support level, but many support items are not included in the proposed solution
R 14	Overall – SLA		6	Fullfills requirement, guaranteed SLA lower than competing offer.
R 15	Overall – Patch/Upgrade		5	Fullfills requirement
R 16	Overall – minimal operational time		4	Unclear what the amount of daily/weekly maintenance is for add-on service
R 17	Overall – Integration		3	Unclear how the Managed SIEM integrates with existing systems
R 18	Overall – Time sources		5	Fullfills requirement

Kvalitet (55%)				
R 19	Overall – Implementation		5	Thorough overview of implementation process. Unclear if all costs are included in the solution. The answer assumes a capacity of 500 MPS, which does not align with the number stated to be expected when solution is fully onboarded. Inclusion of experience with the Sentinel/Lighthouse solution in terms of years/customers would have been preferable.
R 20	Overall – Cloud/Appliance		5	Fullfills requirement
R 21	Overall – EU Cloud		Yes	Positive evaluation for private cloud located in Denmark. Limited geographical spread prevents top evaluation.
R 22	Overall – Implementation support		5	Fullfills requirement. Some services mentioned would be expected to be included in the solution and billed as T/M
R 23	Overall – Training		4	Answer on training in the optional ad-on only

”

I en mail af 15. februar 2024 til DSB tilkendegav Dubex følgende:

”Det er ved at være lidt siden vi har talt sammen, og det kunne var rart at vide hvordan det går med jeres udbudsproces. Hvad sker der herfra?

Jeg ser frem til at høre fra dig snarest.”

Dubex rykkede herefter for svar den 21. februar og 6. marts 2024.

Den 7. marts 2024 sendte DSB en mail til Dubex, hvori det hedder:

”I er ikke glemt – men jeg er ikke sikker på hvor meget mere i vil have at vi skal gøre?

Vi har meddelt at vi har tildelt aftalen til en anden leverandør og vi har haft opfølgende møder med Dubex for afklaring af evaluering og efterfølgende aktiviteter.

DSB har afholdt ”Stand still” i 10 dage, hvor Dubex indgav en klage direkte til DSB. DSB fastholder at prissætning fra Dubex er unormal lav i forhold til det angivne i kravspecifikationen, og dermed afviser DSB klagen.

Vi kan godt tage et yderligere møde, hvis der er behov for nærmere afklaring.”

Parternes anbringender

DSB har til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at klagen er indgivet til klagenævnet efter udløbet af klagefristen på 45 dage, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 7, stk. 4, nr. 1.

Klagefristen skal regnes fra den 6. november 2023, hvor der skete underretning til Dubex, og klagen af 16. april 2024 fra Dubex er således indgivet efter klagefristens udløb den 21. december 2023.

Underretningen af 6. november 2023 opfyldte begrundelseskravet efter lov om Klagenævnet for Udbud § 7, stk. 4, nr. 1, idet begrundelsespligten ikke er den samme som ved f.eks. EU-udbud. Der gælder således en mere lempelig begrundelsespligt efter lov om Klagenævnet for Udbud § 7, stk. 4, nr. 1, end efter udbudslovens § 171, stk. 4.

Dubex blev den 6. november 2024 underrettet om, at DSB med afsæt i den gennemførte evaluering havde besluttet at tildele kontrakten til Truesec.

Det følger af lov om Klagenævnet for Udbud § 7, stk. 4, nr. 1, at klagefristen løber fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet tilbudsgiverne om, hvem ordregiveren har besluttet at indgå kontrakt med. Kontraktindgåelsestidspunktet er således ikke af relevans for klagefristen efter lovens § 7, stk. 4, nr. 1.

Herudover er der også i underretningen en begrundelse for tildelingsbeslutningens grundlag, idet DSB gav fuld indsigt i de point, der lå bag evalueringen af alle tre tilbud. En sådan begrundelse opfylder kravet i lovens § 7, stk. 4, nr. 1, herunder fordi begrundelseskravet som omtalt er mere lempeligt end efter bestemmelsen i udbudslovens § 171, men også fordi, denne begrundelse konkret var tilstrækkelig til at give Dubex viden om baggrunden for tildelingsbeslutningen – også i forhold til eventuelt at kunne indgive en klage. Dette understreges af, at Dubex den 15. november 2023 indgav en klage til DSB, hvori det blev anført, at såfremt DSB i sin evaluering havde anvendt de rene/oprindelige prissætninger, ville Dubex være blevet tildelt kontrakten.

Dubex var således fuldt ud klar over det forhold, som Dubex anså for udbudsretligt problematisk, og Dubex havde derfor på dette tidspunkt et sådant overblik over sagens forhold, at der forelå en reel og faktisk mulighed for at indgive en klage til klagenævnet. Det forhold, at Dubex på et senere tidspunkt fik et endnu bedre indblik i evalueringen, ændrer ikke ved, at klagefristen begyndte at løbe den 6. november 2023.

Det fremgår af forarbejderne til lov om Klagenævnet for Udbud § 7, stk. 4, nr. 1, at en begrundelse omfatter en meddelelse til alle forbigåede tilbudsgivere om, hvorfor deres tilbud er forkastet. Den information, som skal overgives til en forbigået tilbudsgiver, skal altså vedrøre de forhold, der førte til, at tilbuddet blev forkastet. En oversigt over tildelte point må anses for at opfylde dette krav, da oversigten viser, hvordan det konkrete tilbud er evalueret, og hvordan det har målt sig med andre tilbud.

Øvrige oplysninger, f.eks. om at kontrakten er indgået, eller om at en klage/indsigelse indgivet direkte til ordregiver vil blive afvist, har således ingen betydning for § 7, stk. 4, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud. Udbudsretlige klager skal indgives til klagenævnet og ikke til ordregiver eller andre. Det forhold, at Dubex fremsendte en indsigelse/klage til DSB i stedet for til klagenævnet, er således ikke fristafbrydende.

Dubex kan ikke have haft en berettiget forventning om, at tildelingen af kontrakten først ville ske efter behandlingen af indsigelsen. Tildeling var allerede sket på det tidspunkt og blev hverken kaldt tilbage eller ændret som følge af den efterfølgende dialog mellem Dubex og DSB om udfaldet, indsigelsen og evalueringen til brug for kommende udbud. Det ændrer ikke herpå, at DSB i underretningen oplyste, at DSB først ville indgå kontrakten efter en frivillig standstill-periodes udløb, idet også en standstill-periodes "afbrydelse" forudsætter klageindgivelse til klagenævnet og ikke blot en indsigelse til ordregiver. DSB afventede i øvrigt aftaleindgåelse til den frivillige standstill-periode var udløbet.

DSB har subsidiært gjort gældende, at der med det uddybende møde mellem DSB og Dubex den 27. november 2023 er givet en fuldstændig og fyldestgørende begrundelse, der lever op til kravene for en begrundelse i henhold til lov for Klagenævnet om Udbud § 7, stk. 4, nr. 1.

Under parternes møde den 27. november 2023 blev prisevalueringen af Dubex' tilbud gennemgået, og Dubex skrev efterfølgende samme dag til DSB bl.a., at "Det blev under vores dialog klart, at DSB har anvendt forkerte kriterier under prisevalueringen af Dubex". Dubex anførte endvidere i mailen, at "Når managed SIEM med den fulde 2500 EPS kapacitet medtages, bliver den evalueringstekniske pris 579.600 kr. for høj pr. år, og Dubex er prisen vurderet på et forkert grundlag", "Dertil har DSB valgt at inkludere ekstra MDR kapacitet ud over hvad der er nødvendigt", og "Dermed er den korrekte udbudstekniske pris for Dubex 416.000 kr., hvilket giver en væsentlig diskrepans i forhold til det beløb DSB har vurderet Dubex på".

Dubex har derfor senest under mødet den 27. november 2023 haft et sådant indblik i DSB's prisevaluering, at Dubex havde mulighed for at varetage sine interesser, idet det supplerende indblik i prisevalueringen gav Dubex tilstrækkeligt indsigt til at kunne udfordre vurderingen, som var foretaget af DSB.

Korrespondancen mellem parterne udviklede sig til generel "sparring" således, at Dubex fremadrettet og for andre tilbudsprocesser – også med øvrige ordregivere – kunne anvende den viden til at afgive endnu bedre tilbud.

DSB har på intet tidspunkt kommunikeret om en tilbagekaldelse af tildelingsbeslutningen eller om genoptagelse af evalueringen. DSB har heller ikke anerkendt, at der er sket en fejl i processen med evalueringen af Dubex' tilbud.

Klagefristen bør derfor subsidiært regnes fra den 28. november 2023, hvorfor den udløb 12. januar 2024.

DSB har mere subsidiært gjort gældende, at klagefristen skal regnes fra dagen efter den 9. januar 2024, hvor DSB til Dubex sendte det bagvedliggende regneark, som indeholdt den fulde, kvalitative evaluering af Dubex' tilbud.

Dubex har ved modtagelsen af regnearket – og de deri indeholdte objektive vurderinger af deres tilbud vedrørende de kvalitative krav – fået fuldt indblik i DSB's vurderinger og beslutningsgrundlag, og Dubex har dermed fået en begrundelse for, hvorfor tilbuddet blev evalueret, som det blev.

DSB har ikke ved mailen af 7. marts 2024 ændret begrundelsen og truffet en ny beslutning vedrørende tilbuddet fra Dubex, men fastholdt, at prisevalueringen var sket korrekt, idet DSB som led i evalueringen konstaterede, at den tilbudte pris fra Dubex uden add-ons ikke svarede til den udbudte ydelse, hvilket DSB under evalueringen opdagede som følge af den ”unormalt lave pris”.

Klagefristen bør derfor mere subsidiært regnes fra den 10. januar 2024 og dermed med udløb den 23. februar 2024.

Dubex har til støtte for påstanden om, at klagen skal realitetsbehandles, gjort gældende, at Dubex blev orienteret om DSB's endelige tildelingsbeslutning den 7. marts 2024, hvor DSB orienterede Dubex om, at man afviste klagen, og at kontrakten nu var tildelt en anden leverandør. Indtil dette tidspunkt blev Dubex af DSB fastholdt i den tro, at tildelingen af kontakten afventede behandlingen af klagesagen. Klagen er derfor indgivet rettidigt inden for fristen på 45 dage fra ordregivers underretning af tilbudsgiver om tildelingen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 7, stk. 4, nr. 1.

Dubex har indledningsvis indgivet klagen direkte til DSB med henblik på at give DSB mulighed for at rette op på fejl vurderingen af Dubex' tilbud og derved opretholde de relationer, der muliggør et produktivt samarbejde. Dubex har af denne grund ikke indledningsvist indgivet klagen til klagenævnet. Det var først ved DSB's henvendelse af 7. marts 2024, som skete på baggrund af adskillige rykkere fra Dubex, at Dubex blev underrettet om, at klagen var blevet afvist, og at der allerede var sket tildeling af kontrakten.

DSB's fremgangsmåde strider mod principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudslovens § 2 samt god forvaltningsskik i øvrigt, idet Dubex blev holdt i den tro, at kontrakttildelingen afventede behandlingen af klagen. Dette bevirkede, at Dubex' mulighed for at benytte andre klageinstanser inden for rimelig tid, og inden kontrakten var endeligt indgået, blev hindret.

Det fremgår af forarbejderne til bestemmelsen i lov om Klagenævnet for Udbud § 7, stk. 4, nr. 1, at det er et afgørende hensyn, at en forbigået tilbudsgiver skal have modtaget en begrundelse, som giver tilstrækkelig information til at vurdere, om der er anledning til at indgive en klage.

Kravet om en begrundelse med tilstrækkelig information er væsentligt for denne sag, eftersom Dubex løbende har fået nye informationer og begrundelser fra DSB, hvilket har haft afgørende indflydelse på tidspunktet for klageskriftets indlevering. Det er derudover væsentligt, fordi DSB siden den 16. november 2023 har været bekendt med Dubex' klage og i hvert fald siden den 27. november 2023 også har været bekendt med, at der var sket fejl i evalueringen. Dette affødte dog ikke nogen information til Dubex om, at klagen blev afvist eller ikke havde opsættende virkning på indgåelse af kontrakten, således at Dubex kunne vurdere, om der var anledning til at indgive klage til klagenævnet.

Siden klagens indlevering til DSB har der tværtimod været korrespondance og dialog mellem Dubex og DSB, hvor DSB har fastholdt Dubex i den vildfarelse, at udfaldet af udbudssagen stadig var uafklaret som følge af de fejl, der blev identificeret i forbindelse med klagen og det opfølgende møde den 27. november 2023. Det var først den 7. marts 2024, at DSB oplyste, at DSB havde indgået kontrakt med Truesec, at DSB afviste Dubex' klage, og at DSB vurderede, at prissætningen fra Dubex var unormalt lavt – i modsætning til den tidligere begrundelse, hvor Dubex' tilbud blev anset som det dyreste. Det var derfor først den 7. marts 2024, at Dubex modtog tilstrækkelig information til, at Dubex kunne vurdere, om der var anledning til at indgive klage til klagenævnet.

Det er DSB's adfærd, som er skyld i tidspunktet for klagens indgivelse. Var Dubex tidligere blevet underrettet om, at kontrakten faktisk var endeligt tildelt, at man fandt Dubex' tilbud unormalt lavt, eller at man ikke agtede at behandle klagen, ville Dubex langt tidligere kunne have indgivet klage til klagenævnet.

I afgørelsen om tildeling til Truesec af 6. november 2023 anføres det, at Dubex har scoret det laveste antal point på priskriteriet – altså at Dubex har afgivet det dyreste tilbud. Det er således tydeligt, at DSB ved evalueringen anså Dubex' tilbud som værende det dyreste. Da DSB den 7. marts 2024 skulle tage stilling til klagen og på dette tidspunkt var blevet bekendt med fejlen i prisevalueringen, skrev DSB dog, at Dubex' prissætning var ”unormalt lav i forhold til det angivne i kravspecifikationen”, og at DSB dermed afviste klagen.

Henset til sagsforløbet må dette forstås således, at DSB nu mente, at Dubex' pris, uden den meromkostning, som DSB fejlagtigt tilføjede i prisevalueringen, var unormalt lavt. Dermed kunne DSB afvise tilbuddet og klagen med den nye begrundelse.

En ordregivende virksomhed som DSB må være bekendt med, at formuleringen "unormalt lav" har en særlig betydning i en udbudsretlig kontekst. Den nye begrundelse ses således at være et forsøg på at afslutte klagesagen og derved sikre, at de identificerede fejl ikke påvirkede udbuddet og den allerede indgåede kontrakt med Truesec.

Idet DSB afgav en revideret begrundelse, bør klagefristen beregnes fra den seneste begrundelse af 7. marts 2024. Hvis klagefristen blev vurderet til at begynde tidligere, ville Dubex reelt være afskåret fra at klage over den nye begrundelse, hvormed balancen mellem tilbudsgiver og ordregiver ville fordrejes væsentligt til ordregivers fordel.

Dertil kommer den væsentlige omstændighed, at der siden klagens indlevering til DSB den 15. november 2023 har været dialog mellem DSB og Dubex om klagen og evalueringen af udbuddet, og DSB's udmeldinger har i den forbindelse bragt og fastholdt Dubex i den vildfarelse, at den endelige kontrakttildeling afventede vurderingen af klagesagen.

Det bemærkes hertil, at DSB som følge af udbudsprocessen er underlagt principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudslovens § 2, hvorfor DSB har pligt til at være gennemsigtige om udbudsprocessen og dermed også klagens betydning herfor.

Som følge heraf har DSB haft en forpligtelse til gennemsigtigt og sagligt at orientere Dubex om udbudssagen og i den forbindelse ikke bringe eller fastholde Dubex i den vildfarelse, at tildelingsbeslutningen var under vurdering som følge af de fejl, der var sket i evalueringen.

Det må have stået klart for DSB, at Dubex afventede DSB's behandling af sagen. Det må ligeledes være blevet mere og mere tydeligt i takt med, at Dubex løbende rykkede DSB for afklaring i sagen, herunder ved mails af 6. december 2023, 15. februar 2024, 21. februar 2024 og 6. marts 2024, samt under et møde den 15. december 2023, hvor der var lagt op til, at problematikken skulle drøftes.

Dog orienterede DSB på intet tidspunkt Dubex om, at der var indgået kontrakt med Truesec, at de identificerede fejl og klagen ikke havde nogen betydning for udbuddet, eller at Dubex kunne henvende sig til Klagenævnet for Udbud, hvis man ville klage over afgørelsen.

Det fremgår af udbudslovens § 192, stk. 3, at en ordregiver skal underrette tilbudsgiverne om, hvilken beslutning der er truffet med hensyn til tildelingen. Idet DSB den 15. november 2023 havde oplyst, at kontrakten ikke var tildelt og underskrevet og herefter agerede som beskrevet ovenfor, burde DSB efterfølgende have underrettet om, at der var sket en tildeling, således at Dubex kunne benytte de relevante klageadgange. Klagefristen bør også derfor løbe fra den 7. marts 2024, hvor Dubex blev orienteret om, at kontrakten var tildelt, jf. udbudslovens § 192, stk. 3, og at klagen var afvist.

Klagen til Klagenævnet for Udbud er således rettidig.

Klagenævnet udtaler

Det følger af lov om Klagenævnet for udbud § 7, stk. 4, nr. 1, at en klage over overtrædelser af udbudslovens §§ 191 og 192 (offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse) skal være indgivet til klagenævnet inden 45 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet de berørte tilbudsgivere om, hvem ordregiveren har besluttet at indgå kontrakt med, hvis underretningen indeholder en begrundelse for beslutningen.

Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår bl.a. (jf. lovforslag nr. L 19 af 7. oktober 2015 ad ændringsbestemmelsen i § 197, nr. 18):

”Forslaget indebærer, at klager over overtrædelse af udbudslovens bestemmelser om kontrakter under EU-tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse, jf. forslaget §§ 191 og 192, skal være indgivet til Klagenævnet for Udbud senest 45 kalenderdage fra dagen efter, at ordregiveren har underrettet de berørte tilbudsgivere om, hvem ordregiveren har besluttet at indgå kontrakt med. En forudsætning for, at klagefristen går i gang, er, at ordregiverens underretning af de berørte tilbudsgivere indeholder en begrundelse for beslutningen. Ordregiveren er ikke i henhold til udbudslovens § 192, stk. 3, forpligtet til at give en begrundelse for tildelingsbeslutningen, men vil ordregiveren have, at der skal gælde en klagefrist, skal underretningen være ledsaget af en begrundelse.

Dette er nødvendigt for at sikre, at en forbigået tilbudsgiver har tilstrækkelig information til at vurdere, om der er anledning til at indgive en klage, når klagefristen begynder at løbe.

En begrundelse indebærer, f.eks., at ordregiveren meddeler alle forbigåede tilbudsgivere, hvorfor deres tilbud er forkastet. Det er ikke et krav, at begrundelsen lever op til begrundelseskravet i § 171, stk. 4. En begrundelse for beslutningen vil f.eks. ikke nødvendigvis indebære, at ordregiveren skal give meddelelse om det antagne tilbudskarakteristika og relative fordele.”

Det fremgår af udbudslovens § 171, stk. 1, nr. 3, der omfatter offentlige indkøb over tærskelværdien, at en ordregiver hurtigst muligt og samtidig skal underrette alle berørte ansøgere og tilbudsgivere skriftligt om, hvilke beslutninger ordregiveren har truffet, herunder beslutninger om tildeling af kontrakt. Efter bestemmelsens stk. 4 skal en ordregiver i underretninger om beslutninger som nævnt i stk. 1, nr. 3, angive, hvornår standstill-perioden udløber, jf. § 3 i lov om Klagenævnet for Udbud. Til tilbudsgivere, som har afgivet et antageligt tilbud, skal ordregiveren desuden angive det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud og navnet på den vindende tilbudsgiver eller parterne i rammeaftalen, jf. stk. 4, nr. 2.

Af forarbejderne til udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, fremgår bl.a.:

”Stk. 4, nr. 2, fastsætter, at ordregiveren skal give forbigåede tilbudsgivere, som har afgivet et antageligt tilbud, en begrundelse med tilstrækkelige oplysninger om det vindende tilbuds karakteristika og relative fordele i relation til de enkelte underkriterier og delkriterier således, at de centrale elementer, der har været væsentlige og udslagsgivende ved bedømmelsen af det vindende tilbud og dermed også den forbigåede tilbudsgiver, belyses. ...

Ordregiveren skal kun angive en begrundelse for resultatet af evalueringen på delkriterieniveau, for så vidt angår de delkriterier, der har haft væsentlig indflydelse på udfaldet af evalueringen. Herudover skal navnet på den vindende tilbudsgiver eller parterne i rammeaftalen oplyses. Ordregiveren skal således oplyse om de forhold, der er lagt vægt på, og må ikke undlade at oplyse om andre forhold, der er tillagt betydning. Det vil således ikke være tilstrækkeligt, hvis ordregiveren blot oplyser resultatet af beslutningen og om fremgangsmåden ved ordregiverens beslutning.

Hvor fyldestgørende en begrundelse skal være i det enkelte udbud afhænger af de konkrete omstændigheder, f.eks. de valgte underkriterier, disses kompleksitet i forhold til ydelsens karakter, hvordan ordregiveren i øvrigt

har udformet udbudsmaterialet og omstændighederne i øvrigt. Således vil der være grund til at være særlig opmærksom på indholdet af begrundelsen i de tilfælde, hvor eksempelvis den forbigåede tilbudsgiver har afgivet tilbuddet med den laveste pris på trods af, at priskriteriet vægtede højt. I dette tilfælde skærper valg af et andet tilbud som det økonomisk mest fordelagtige tilbud kravene til begrundelsen.

I de tilfælde, hvor tilbuddene gives point på baggrund af en kvalitativ evaluering, skal pointangivelsen som udgangspunkt ledsages af forklaring på pointangivelsen og dermed de kvalitative forskelle mellem vinderens tilbud og den forbigåede tilbudsgivers tilbud, såfremt pointangivelsen ikke er tilstrækkelig selvforklarende. En underretning med rene pointangivelser kan som udgangspunkt ikke stå alene, da en sådan underretning ikke vil indeholde tilstrækkelige oplysninger om de vindende tilbuds karakteristika og relative fordele, til belysning af de centrale elementer, der har været udslagsgivende ved bedømmelsen af de vindende tilbud og dermed også den forbigåede tilbudsgivers tilbud.

Ordregiverens begrundelse skal sætte tilbudsgivere i stand til at kunne konstatere, om evalueringen er sket inden for rammerne af den evalueringsmetode, som ordregiveren har beskrevet i udbudsmaterialet, og om der er blevet lagt vægt på de forhold, som ordregiveren i udbudsmaterialet har beskrevet, at der vil blive lagt vægt på, jf. § 160 (om fremgangsmåde ved evaluering)."

DSB underrettede den 6. november 2023 Dubex om, at kontrakten ville blive tildelt Truesec, og at kontrakten tidligst ville blive indgået ved udløbet af standstill-perioden den 17. november 2023. Underretningen indeholdt et resumé af evalueringen, hvoraf det fremgik, hvor mange point de enkelte tilbudsgivere, herunder Dubex og Truesec, var blevet tildelt under de enkelte underkriterier (pris og kvalitet) samt den samlede score. Der var imidlertid intet anført om baggrunden for den konkrete pointtildeling.

Som det fremgår af de gengivne forarbejder til bestemmelserne i lov om klagenævnet for udbud § 7, stk. 4, nr. 1, og udbudslovens § 171, stk. 4, skal en underretning for at kunne aktivere klagefristen på 45 dage indeholde en begrundelse, der er tilstrækkelig til, at en forbigået tilbudsgiver kan vurdere, om der er anledning til at indgive en klage. Det er imidlertid ikke et krav, at begrundelsen lever op til kravene i udbudslovens § 171, stk. 4, om, at en begrundelse skal indeholde oplysninger om det vindende tilbuds karakteristika og relative fordele i relation til de enkelte underkriterier og delkriterier således, at de centrale elementer, der har været væsentlige og udslagsgivende

ved bedømmelsen af det vindende tilbud og dermed også den forbigåede tilbudsgiver, belyses.

Klagenævnet finder, at DSB's underretning af 6. november 2023 levede op til det lempelige begrundelseskrav i lov om Klagenævnet for Udbud § 7, stk. 4, nr. 1, og at klagefristen på 45 kalenderdage derfor løb fra den 7. november 2023.

Klagefristen var derfor udløbet, da Dubex den 16. april 2024 indgav klagen til klagenævnet.

Den omstændighed, at Dubex inden for klagefristen klagede til DSB, og at DSB i en mail af 16. november 2023 – 10 dage efter tildelingsbeslutningen – over for Dubex tilkendegav, at kontrakten endnu ikke var blevet tildelt og underskrevet, kan ikke føre til et andet resultatet, idet det for en rimeligt oplyst og påpasselig tilbudsgiver må have stået klart, at DSB ikke herved havde tilbagekaldt tildelingsbeslutningen, jf. udbudslovens § 170, og at en eventuel klage over evalueringen derfor fortsat skulle indgives til klagenævnet inden for den frist på 45 dage fra den 7. november 2023, som fremgår af lov om Klagenævnet for Udbud § 7, stk. 4, nr. 1. Dubex havde heller ikke grundlag for at antage, at DSB efterfølgende den 7. marts 2023 traf en ny tildelingsbeslutning med en ændret begrundelse.

Klagenævnet tager derfor DSB's afvisningspåstand til følge.

Herefter bestemmes

Klagen afvises.

Dubex A/S skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 15.000 kr. i sagsomkostninger til DSB.

Klagegebyret tilbagebetales.

Jesper Jarnit

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Rytter
Kontorelev