

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

K E N D E L S E

Eurofins Miljø Luft A/S
(advokat Anders Jakobsen og advokat Annelouise Dalgaard Pedersen, Hellerup)

mod

Ørsted Bioenergy & Thermal Power A/S
(advokat Jeppe Lefevre Olsen, Aarhus)

Klagenævnet har den 17. april 2023 modtaget en klage fra Eurofins Miljø Luft A/S (herefter Eurofins).

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

Ørsted Bioenergy & Thermal Power A/S (herefter Ørsted) 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 – 5, svarskrift med bilag A – E, replik med bilag 6 – 7 og duplik.

Klagens indhold

Eurofins har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at Ørsted har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved under forhandlingsmøderne at have givet udtryk for, at Eurofins’ tilbud i forhold til delkriteriet ”Personnel experience (CV’s)” scorede højere end tilfældet var i den endelige bedømmelse.

Påstand 2a:

Klagenævnet skal konstatere, at Ørsted har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 og 82 ved at anvende delkriteriet ”HS Targets and relevant HS initiatives”, uagtet at dette kriterium ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da kriteriet ikke er forbundet med kontraktens genstand.

Påstand 2b:

Klagenævnet skal konstatere, at Ørsted har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 og 82 ved at anvende delkriteriet ”Training”, uagtet at dette kriterium ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da kriteriet ikke er forbundet med kontraktens genstand.

Påstand 3:

Klagenævnet skal annullere Ørsteds beslutning af 5. april 2023 om at tildele ”Laboratory Testing Framework Agreement” til FORCE Technology A/S.”

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

Andre oplysninger i sagen

Ørsted udbød via en eksisterende kvalifikationsordning den 5. december 2022 som udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en rammeaftale om levering af laboratorieafprøvning. Rammeaftalen var 4-årig med mulighed for forlængelse to gange to år. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud baseret på underkriterierne ”Evaluated Price” (45 %), ”Technical Solution” (45 %) og ”Health and Safety” (10 %). ”Technical Solution” var opdelt i delkriterierne ”Qualification” (50 %) og ”Supply of Services” (50 %).

Ørsted driver ni kraftværker i Danmark, som står for levering af fjernvarme til cirka 25 % af de danske husstande og strøm til det danske elnet. Lovgivningen stiller en række krav til driften på disse kraftværker, som kræver løbende prøvetagning samt brændsels-, miljø- og driftsanalyser på kraftværkerne.

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a. følgende:

”3.2 Evaluation Scale

3.2.1 The Contracting Entity will apply an evaluation model with the below scale from 0-10 points, where 10 is the highest score for all other criteria than Evaluated Price

| Point description | Score |
|------------------------|-------|
| Inadequate | 0 |
| Inferior | 1 |
| Poor | 2 |
| Below average | 3 |
| Slightly below average | 4 |
| Average | 5 |
| Slightly above average | 6 |
| Good | 7 |
| Very good | 8 |
| Excellent | 9 |
| Superior | 10 |

Table 2 – Evaluation Scale

...

5 Evaluation of qualitative criteria

5.1 General

5.1.1 ...

5.2 Technical Solution

5.2.1 The evaluation of “Qualification” (50%) will be based upon the CV’s submitted by the Tenderer for the personnel who will be carrying out the services in scope, as well as the Tenderer’s response to Supervision process.

| Item | Tenderer is encouraged to submit the following information | Evaluation guideline |
|-----------------------------|--|---|
| Personnel experience (CV's) | <p>CV's including a detailed description of the educational background and work-experience for each of the testing personnel that will be assigned to this Contract.</p> <p>A description of back-up solution in case of employees involved in the sampling and testing process being unavailable.</p> | <p>The evaluation will be based on:</p> <p>The CVs submitted by the Tenderer for the as-signed personnel will be evaluated as follows:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Relevant educational background (in this case: laboratory technician education) will be evaluated positively • The more relevant work experience (in years), with fuel, environmental and operational laboratory testing the better <ul style="list-style-type: none"> ○ Moreover, experience carried out on site at powerplants will be evaluated positively <p>It will be evaluated positively if the Tenderer will have a back-up solution in place in the event of any of the submitted assigned personnel CV's being unavailable (e.g. retirement / maternal / paternal leave)</p> |
| Supervision process | A description of the Tenderer's supervision process of the employees during the sampling and the testing process. | A detailed and transparent description of the supervision process of the employees during the sampling and the testing process will be evaluated positively. |

...

5.3 Health and Safety

- 5.3.1 As part of the evaluation of the criteria “Health & Safety”, the Tenderer is encouraged to answer the questions included in Annex G (HS Questionnaire) and submit the answers with the First Tender.”

Af udbudsmaterialets ”Annex G” fremgår, at underkriteriet “Health and safety” var opdelt i følgende delkriterier:

”

| | |
|---|----------------|
| 3. Health, Safety and Environment (HSE) | 10% |
| 3.1 HS Targets and relevant HS initiatives | 16.25% of HSE |
| 3.2 Risk management | 35% of HSE |
| 3.3 Management of sub-contractors and sub-suppliers | 16.25% of HSE |
| 3.4 Training | 16.25% of HSE |
| 3.5 Compliance with legal requirements | 16,2.5% of HSE |

”

Af ”Annex G – HS Questionnaire” fremgår bl.a. følgende:

”

| | |
|---|---|
| 1. HS Plan, relevant HS initiatives and KPI’s | |
| Scope of work | <p>(1.1) The Tenderer/Respondent is encouraged to describe HS Plan, HS initiatives, HS targets and KPI’s directly related to the scope of work.</p> <p>Evaluation criteria A preliminary HS plan must be submitted together with the tender. The plan must: Include a description of the safety procedures necessary to ensure safe performance of the part of the task that is carried out in BIO’s area.</p> <p>It is assessed as positive if the HS plan supports Site & HSE Conditions and describes how the following ISO 45001 (alternative OHSAS 18001) requirements are complied with:</p> <ul style="list-style-type: none"> • ISO 45001 – 6.1.2 (alternative OHSAS 1800 - 4.3.1) Hazard identification, risk assessment and determining controls. • ISO 45001 – 7.2 (alternative OHSAS 18001 4.4.2) Competence, training and awareness. • ISO 45001 – 8.1 (alternative OHSAS 18001 4.4.6) Operational control. |

| | |
|-------------------|---|
| | <ul style="list-style-type: none"> • ISO 45001 – 10.2 (alternative OHSAS 18001 4.5.3) Incident investigation, nonconformity, corrective action and preventive action. <p>...</p> |
| 4. Training | |
| Management System | <p>(4.1) The Tenderer/Respondent is encouraged to provide their procedure describing for this specific task:</p> <ul style="list-style-type: none"> • how it is ensured that the Tenderer's staff and any subcontractors' staff have the right and relevant competences, qualifications and certificates for the tasks they are to perform • how it is ensured that education and training (both statutory and internal requirements) are registered and kept up to date as well as follow-up on this. • Give examples of how competences are constantly improved through education and training. <p>Weighting:</p> <p>The more systematic the updating of competences and the follow-up on ensuring completion and maintenance of the right courses/further education and training are, the higher the weighting.</p> <p>(ref: ISO 45001/2008, clause 7.2)</p> <p>...</p> |

”

Af udbudsbetingelsernes afsnit 7 fremgår om forhandlingsmøderne:

”(ii) The purpose of the first negotiation meeting is; (i) to give the Tenderer the opportunity to present its First Tender; (ii) to clarify any misunderstandings and/or uncertainties the Tenderer or the Contracting Entity might have; (iii) to provide feedback to the Tenderer; and (iv) to negotiate the terms and conditions set forth in the Tender documents. Accordingly, requirements and the Contracting Entity's wishes can be changed during the procedure. The aspects of the Tender discussed at the negotiation meeting are not an exhaustive list of potential improvements to the Tender.”

Ørsted gav på forhandlingsmøderne feedback til hver af tilbudsgiverne for de enkelte evalueringskriterier ud fra en rød/orange/gul/grøn-skala, hvor tilbudsgiverne således ikke fik oplyst en konkret score, men et interval inden

for hvilket Ørsted på et foreløbigt grundlag havde vurderet tilbudsgiverens tilbud (for det konkrete kriterium) til at ligge. En score mellem 0-1 var markeret med rød, en score mellem 2-3 var markeret med orange, en score mellem 4-6 var markeret med gul, og en score mellem 7-10 var markeret med grøn.

Ørsted orienterede på forhandlingsmøderne om, hvilke scorere de enkelte farver dækkede over. Der var også placeret en farveoversigt i præsentationen ved siden af Ørsteds konkrete feedback på de enkelte evalueringskriterier.

Ørsted afholdt første forhandlingsmøde med Eurofins den 8. februar 2023. Ørsted havde før dette møde forberedt en præsentation som feedback til Eurofins. Det fremgik heraf, at evalueringen af tilbuddet i relation til ”Personal experience (CV’s)” var markeret med gul, svarende til en score på 4-6. Endvidere fik Eurofins følgende tilbagemelding:

”Feedback

- De leverede CV’er er ikke så detaljerede.
- Der er ikke megen erfaring med prøveudtagning og analyse af ultrarent vand (driftsanalyser).
- God backup løsning i tilfælde af sygdom el. lign. idet der er flere prøvetagere tilknyttet hvert værk.
- Der er ikke leveret CV’er på de medarbejdere der skal udføre brændselsanalyserne.

Clarification

- Venligst lever CV’er på de medarbejdere der skal udføre brændselsanalyserne.
- Venligst beskriv, hvordan kompetencer og viden opretholdes hos de sekundære prøvetagere.”

Ørsted afholdt andet forhandlingsmøde med Eurofins den 13. marts 2023 og gav som ved første forhandlingsmøde feedback for de enkelte evalueringskriterier – ligeledes her både for de enkelte delkriterier og samlet – ud fra den samme farveskala. Andet forhandlingsmøde var planlagt til at give en mindre feedback, hvilket også ses af, at møderne var planlagt til alene at have en varighed af en time og være virtuelt.

Ørsted gav ved det andet forhandlingsmøde med Eurofins den tilbagemelding, at Eurofins’ CV’er nu ville opnå farvescoren grøn, svarende til en score på 7-10.

Ørsted gav på dette møde ikke konkret feedback på, hvad der var godt og skidt i forhold til det første tilbud eller opfordringer til, hvad der kunne forbedres i forhold til CV'erne, men en prioriteret feedback. Andet forhandlingsmøde angik primært kommunikationsveje og robustheden i den logistiske løsning i Eurofins' tilbud.

Efter afgivelsen af endelige tilbud besluttede Ørsted at tildele rammeaftalen til FORCE Technology A/S. Af underretningsbrevet af 5. april 2023 til Eurofins fremgår blandt følgende vedrørende delkriteriet "Qualifications":

"Regarding this sub-criterion, Eurofins was awarded 7 points. Eurofins has delivered detailed CVs for the Danish employees and an overall description of the few employees at the German laboratory. Several employees (samplers) have no relevant education which negatively affects the evaluation. The competencies within the work onsite at the power plants with operational analyses could have been to a higher level, and there is no description of experience taking operational samples and performing the analysis, especially technical clean water/ultra clean water, at the power plants. There have not been any additional education/courses relating to the power plant process. Eurofins has delivered a good backup solution in case of sickness, etc. Eurofins has delivered a fine description of how it is planning to supervise the processes. From the descriptions it is to Ørsted a little unsure how the competencies of secondary samplers are maintained."

Andre oplysninger

Af ISO 45001, Occupational health and safety management systems – Requirements with guidance for use, fremgår bl.a. følgende:

"0.1 Background

An organization is responsible for the occupational health and safety of workers and others who can be affected by its activities. This responsibility includes promoting and protecting their physical and mental health.

The adoption of an OH&S management system is intended to enable an organization to provide safe and healthy workplaces, prevent work-related injury and ill health, and continually improve its OH&S performance.

..."

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

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

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

Særligt vedrørende påstand 1 har Eurofins gjort gældende, at Ørsted har bedømt Eurofins' CV'er negativt, selv om Ørsted under forhandlingsmøderne havde tilkendegivet, at CV'erne scorede højere.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36 medfører ikke pligt til, at ordregiveren under forhandlingsmøderne skal påpege enhver svaghed i tilbuddene, men ordregiverens tilbagemeldinger må ikke være vildledende, jf. klagenævnets kendelse af 9. november 2017, C.F. Møller A/S, COWI A/S, CCO A/S, Nordic Office of Architecture og AART architects A/S mod Region Hovedstaden v/Nyt Hospital og Ny Psykiatri Bispebjerg.

Såfremt en ordregiver under et forhandlingsmøde har givet udtryk for en positiv vurdering af et forhold, og vurderingen efterfølgende ændres, uden at tilbudsgiveren gives mulighed for at indrette sig i overensstemmelse med den ændrede vurdering, vil det være vildledende.

Ørsted gav under det andet forhandlingsmøde udtryk for, at Eurofins i sit tilbud havde rettet op på de forhold, der gav anledning til bemærkningerne under det første forhandlingsmøde. Ørsted kommenterede således ikke på det andet forhandlingsmøde ”manglende uddannelse” og ”svage generelle kompetencer” hos de tilbudte medarbejdere, herunder at det ville have negativ betydning for Ørsteds bedømmelse af tilbuddet.

Til trods for tilbagemeldingen på det andet forhandlingsmøde fremgår det af tildelingsbeslutningen, at Ørsted vurderede, at flere af Eurofins' medarbejdere ikke har relevant uddannelse, samt at medarbejdere kunne have højere kompetencer. Ørsteds positive tilbagemelding på netop disse punkter under det andet forhandlingsmøde har således været vildledende, og Eurofins valgte i tillid hertil ikke at foretage væsentlige ændringer i sit endelige tilbud.

Ørsted var forpligtet til at oplyse de væsentlige forbedringspunkter i tilbuddet, jf. klagenævnets kendelse af 11. september 2009, Mecanoo Architecten b.v. mod Århus Kommune. Når en ordregiver ikke er forpligtet til at belyse alle forhold i et tilbud under et udbud med forhandling, men derimod kan koncentrere sig om de væsentligste elementer, kan tilbudsgiver også med rette forvente, at ordregiveren rent faktisk udvælger de væsentligste elementer i tilbuddet og gør sådanne elementer til en del af forhandlingerne. I modsat fald vil en ordregiver i strid med ligebehandlingsprincippet kunne tilrettelægge forhandlingerne på en måde, der er vildledende og således egnet til at fordreje konkurrencen. Under det andet forhandlingsmøde koncentrerede Ørsted sig om delkriteriet ”Supply of Services”, hvor Eurofins fik scoren 8 i den endelige vurdering, hvorimod Eurofins fik scoren 7 ved delkriteriet ”Personnel experience”, hvorfor forbedringspotentialet var betydeligt større ved dette delkriterium. Ørsted har således ved tilrettelæggelsen af forhandlingsmøderne givet Eurofins det indtryk, at der ikke var væsentligt forbedringspotentialt ved delkriteriet ”Personnel experience” hvilket var vildledende.

Eurofins kunne have forbedret tilbuddet i forhold til delkriteriet ”Personnel experience” (herunder de tilbudte CV’er) ved bl.a. at tilbyde andre medarbejdere, herunder fra sit tyske søsterselskab eller andre selskaber i koncernen, eller ved at have tilbudt en anden medarbejdersammensætning, hvilket synes at have været afgørende i Ørsteds evaluering vedrørende delkriteriet ”Personnel experience”. Denne mulighed fik Eurofins dog aldrig, da Ørsteds tilrettelæggelse af forhandlingerne og udmelding gav Eurofins det indtryk, at der ikke i forhold til CV’erne var et forbedringspotentialt.

Ørsted har forud for forhandlingsmøderne måttet foretaget en fuldstændig evaluering af tilbuddene i henhold til de anvendte under- og delkriterier for at kunne anvende farvekoderne. Det følger heraf, at Ørsted var forpligtet til at redegøre nærmere for de forhold, der begrundede den pågældende farvekode, og i hvert fald hvad det væsentligste for farvekoden har været. Eurofins’ medarbejders uddannelsesnivea blev aldrig bemærket som et problem eller en svaghed i den sammenhæng. Herudover valgte Ørsted kun at give tilbagemeldinger på CV’er under den første forhandling, hvorfor Eurofins ikke kunne tro andet end, at indholdet af det reviderede tilbud ville medføre en bedre score end 7.

Særligt vedrørende påstand 1 har Ørsted gjort gældende, at Ørsted ikke har bedømt Eurofins' CV'er mere negativt i forbindelse med tildelingen end angivet under forhandlingsmøderne, at Ørsted ikke har ændret sin endelige vurdering mellem sidste forhandling og tildelingen, og at Ørsted i den forbindelse – og i øvrigt – har handlet i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Parterne er enige om, at en ordregiver ikke har en pligt til under et forhandlingsmøde at påpege enhver væsentlig svaghed i tilbuddene, jf. klagenævnets kendelse af 9. november 2017, C.F. Møller A/S, COWI A/S, CCO A/S, Nordic Office of Architecture og AART architects A/S mod Region Hovedstaden v/Nyt Hospital og Ny Psykiatri Bispebjerg. Endvidere er det efter fast praksis tilbudsgiveren, der bærer risikoen for eventuelle usikkerheder eller mangler i tilbuddet, jf. eksempelvis klagenævnets kendelse af 23. februar 2022, Capiro A/S mod Region Midtjylland.

Forhandlingsmøderne har til formål at give ordregiveren en forståelse af det tilbudte, og at ordregiver og tilbudsgiver har mulighed for at have dialog herom, hvilket også fremgår af udbudsbetingelsernes afsnit 7.3. En tilbagemelding på forhandlingsmøder er alene udtryk for en foreløbig og ikke (nødvendigvis) fyldestgørende bedømmelse af (hele) tilbuddet. Endvidere er ordregiveren ikke forpligtet til at foretage en udtømmende evaluering af tilbudsgivernes indledende tilbud, jf. klagenævnets kendelse af 17. januar 2020, NAV CANADA mod Naviair. Eurofins havde mulighed for fra udbuddets start at indrette sit tilbud efter de forhold, der er anført i udbudsbetingelserne. I forbindelse med forhandlingerne gav Ørsted en grundig feedback med forbedringsmuligheder. Farvekoderne havde til formål, at tilbudsgiver kunne opnå viden om, hvorvidt et tilbud – ud fra en absolut skala – var placeret f.eks. i midten af skalaen. Ørsted har således foretaget en foreløbig evaluering af de foreløbige tilbud ud fra forhandlingsmøderne.

Under første forhandlingsmøde havde Eurofins fået den ringeste tilbagemelding for delkriteriet "Supply of Service" ud af alle delkriterierne. Endvidere havde Eurofins i andet foreløbige tilbud ændret i tilbuddet ved at tilbyde et andet og ændret set-up i forhold til udførelsen af brændselsanalyser og kommunikationsveje til Ørsted. Ørsteds fokus ved andet forhandlingsmøde var de væsentlige ændringer, som Eurofins havde foretaget på Supply of Service.

Eurofins har derfor ikke kunnet have en forventning om, at Ørsted ved forhandlingsmøderne ville påpege enhver svaghed eller styrke ved Eurofins' tilbud, herunder vedrørende Eurofins' CV'er, jf. klagenævnets kendelse af 11. september 2009, Mecanoo Architecten b.v. mod Århus Kommune.

Eurofins bærer som tilbudsgiver ansvaret for at afgive et godt tilbud. Det forhold, at kontrakten er udbudt som udbud med forhandling, betyder ikke, at Ørsted påtager sig en forpligtelse til i alle detaljer at instruere tilbudsgiverne i, hvordan tilbuddet skal tilrettelægges.

Særligt vedrørende påstand 2a har Eurofins gjort gældende, at Ørsted har anvendt delkriteriet "HS Targets and relevant HS initiatives", selv om delkriteriet ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Ved evalueringen af delkriteriet "HS Targets and relevant HS initiatives" har Ørsted lagt vægt på, at tilbudsgiveren var certificeret i henhold til ISO 45001 (eller tilsvarende). Certificeringen tildeles en virksomhed og vedrører arbejdsmiljøledelse samt tilbudsgiverens almindelige egnethed. Egnetheds- og udvælgelseskriterier fastlægger og anvendes i udbud for at stille krav til virksomhedernes generelle formåen, hvorimod underkriterier og delkriterier her til anvendes til at evaluere tilbuddene. Under- og delkriterier skal være forbundet med kontraktens genstand og kan derfor ikke angå tilbudsgiverens egnethed. Denne sondring er grundlæggende inden for udbudsretten og følger af udbudsloven, fast praksis fra EU-domstolen og klagenævnet, jf. bl.a. sag C-199/07, Kommissionen mod Grækenland, sag C-532/06, Emm. G. Li-anakis AE m.fl. mod Dimos Alexandroupolis m.fl., klagenævnets kendelser af 6. oktober 2011, Rambøll Management Consulting Attractor A/S mod Index Award A/S, og af 5. maj 2010, Remmer A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

Formuleringen i Annex G angående pkt. 1.1 må forstås således, at evalueringen i kraft af henvisningen til ISO 45001 inddrager opfyldelsen af de ISO-krav, der henvises til. ISO 45001 vedrører virksomheden og dennes processer, hvorfor de krav, der er angivet i Annex G, er de generelle krav, som en virksomhed skal iagttage. Selvom standarder for ledelsessystemer, herunder ISO 45001, vil have generel betydning for en virksomheds levering af ydelser, er det ikke ensbetydende med, at standarder i udbudsretlig henseende er egnet som tildelingskriterium, herunder at de har sammenhæng med kontraktens genstand, jf. klagenævnets kendelse af 5. maj 2010, Remmer A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

Opfyldelse af ISO-standarder vedrørende arbejdsmiljøledelse må betragtes som egnethedskriterier, jf. forarbejderne til udbudslovens § 155, nr. 4, og § 157. Anvendelse af kvalitetssikringsstandarder hører til egnethedsvurderingen, idet opfyldelsen heraf angår tilbudsgiverens generelle politikker, som ikke er forbundet med kontraktens genstand, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 82, stk. 3.

Særligt vedrørende påstand 2a har Ørsted gjort gældende, at Ørsteds anvendelse af delkriteriet ”HSE Targets and initiatives” er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da Ørsted inddrager og lægger vægt på tilbudsgivernes konkrete beskrivelser i den ydelsesspecifikke HS-plan for, hvordan tilbudsgiverne vil sikre, at det konkrete arbejde under aftalen, herunder på Ørsteds kraftværker, udføres sikkerhedsmæssigt forsvarligt for den enkelte medarbejder. Delkriteriet ”HSE Targets and relevant initiatives” er derfor et egnet og relevant tildelingskriterium, der knytter sig til den udbudte aftales ydelser.

En ordregiver bestemmer selv inden for rammerne af de udbudsretlige regler, hvorledes udbuddet skal tilrettelægges, jf. eksempelvis klagenævnets kendelse af 20. april 2022, Umovest Vest A/S mod Nordjyllands Trafikselskab. Af samme kendelse fremgår det endvidere, at der ikke er et udbudsretligt problem i, at man binder en bedømmelsesvurdering op på nogle underliggende krav i en certifikatordning eller lignende. Det er derfor i overensstemmelse med udbudsreglerne, at man har nogle konkrete forhold, som tillægges positiv vægt ved bedømmelsen, som beskrevet ud fra nogle krav i en certifikatordning – her ISO 45001 og OHSAS 19001 – når de konkrete forhold netop er knyttet til den udbudte ydelse.

Den konkrete ydelse i udbuddet bestod i prøveudtagning og brændsels-, miljø- og driftsanalyser, hvori en del af arbejdet blandt andet skulle foretages på Ørsteds ni kraftværker i Danmark. Prøvetagning og analyse direkte på kraftværker er forbundet med en række risici i forhold til personalets sikkerhed, da arbejdet på kraftværker er forbundet med en række farer, som nødvendiggør visse sikkerhedsforanstaltninger for at undgå ulykker.

Henvisningen til ISO 45001 i bilaget udgør en reference- eller forståelsesramme til hjælp for tilbudsgiverne. Tilbudsgiverne har undervejs gennem udbuddet og under forhandlingerne ikke stillet spørgsmål hertil.

Ørsted har hverken evalueret på eller stillet krav om, at tilbudsgiverne er certificeret efter ISO 45001 eller tilsvarende. Derimod anmodede Ørsted tilbudsgiverne om at medsende en HS-plan (Health and Safety-plan), hvor tilbudsgiverne blev bedt om at levere en konkret beskrivelse af, hvordan man under udførelse af prøveudtagning på Ørstedes kraftværker vil forholde sig til de sikkerhedsmæssige forhold af relevans for udførelsen af ydelsen. En konkret plan for, hvordan tilbudsgiverne vil sikre, at der ikke sker ulykker under udførelsen af prøveudtagninger på Ørstedes kraftværker er relevant for aftalens genstand, jf. klagenævnets kendelse af 5. maj 2010, Remmer A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S. Af udbudsbetingelserne fremgik, hvordan evalueringen af delkriterierne ville ske på grundlag af de projektspecifikke beskrivelser, som tilbudsgiverne medtog i HS-planen. I øvrigt afspejler Eurofins' tilbud en konkret og målrettet tilgang til dette delkriterium, hvor der er beskrevet, hvordan Eurofins foreslår sådanne ydelsesspecifikke tiltag. Ørsted har ikke evalueret, om eller hvordan tilbudsgivernes virksomhed generelt opfylder kravene i ISO 45001.

Særligt vedrørende påstand 2b har Eurofins i det væsentlige gjort de samme anbringender gældende, som er anført ad påstand 2a. Ørsted har således anvendt delkriteriet "Training", selv om delkriteriet ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

For så vidt angår kriteriet "Training" i Annex G henvises til ISO 45001, clause 7.2, hvilket – som det er tilfældet med kriteriet "HS targets and relevant HS initiatives" – naturligt må forstås således, at tilbudsgiver i sin beskrivelse skulle tage udgangspunkt i ISO 45001 og de krav, der følger af det pågældende afsnit.

Særligt vedrørende påstand 2b har Ørsted gjort gældende, at Ørstedes anvendelse af delkriteriet "Training" er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da Ørsted ved evalueringen af delkriteriet lagde vægt på tilbudsgivernes konkrete beskrivelser i forhold til at sikre tilstrækkelig træning af de medarbejdere, der skal færdes på Ørstedes kraftværker i forhold til den sikkerhedsmæssige og helbredsmæssige håndtering ved udførelsen af prøveudtagning under aftalen. Delkriteriet "Training" er derfor et egnet og relevant tildelingskriterium.

Ørsted har endvidere henvist til det, der er anført under påstand 2a.

Ad uopsættelighed og interesseafvejning

Parternes anbringender ad betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) og betingelse nr. 3 (*interesseafvejning*) gengives ikke i kendelsen.

Klagenævnet udtaler

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

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

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.

På denne baggrund vurderer klagenævnet betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") sådan:

Ad påstand 1:

Påstanden angår Ørsteds bedømmelse af Eurofins' CV'er under tilbudsevalueringen.

Evalueringen af Eurofins' tilbud i relation til delkriteriet "Technical Solution – (a) Qualification" var ved første forhandlingsmøde den 8. februar 2023 markeret med en gul farve og således med en score på mellem 4-6. Endvidere uddybede Ørsted ved første forhandlingsmøde sin kritik af manglerne ved de CV'er, som Eurofins havde oplyst. Ved andet forhandlingsmøde var Eurofins' score for delkriteriet "Technical Solution – (a) Qualification" markeret med grøn og således med en score mellem 7-10. Eurofins ændrede ikke herefter sit tilbud vedrørende CV'er, og Ørsted vurderede i overensstemmelse med farvemarkeringen på andet forhandlingsmøde Eurofins' endelige tilbud vedrørende kriteriet "Technical Solution – (a) Qualification" til en score på 7, hvilket fremgår af underretningen om tildelingsbeslutningen.

Det påhviler den ordregivende enhed at overholde principperne om ligebehandling og ikkeforskelsbehandling af økonomiske aktører og handle på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1. Heraf følger ikke en pligt for ordregiver til under forhandlingsmøderne at påpege enhver væsentlig svaghed i tilbuddene. Af udbudsbetingelserne fremgår det i overensstemmelse hermed, at det første forhandlingsmøde ikke ville indeholde en udtømmende liste over potentielle forbedringer. Af gennemsigtighedsprincippet følger det derimod, at ordregivers tilbagemeldinger i forhold til tilbudsgiverne ikke må være vildledende, idet tilbudsgiverne må forventes at indrette deres tilbud herpå.

Da Ørsted ved andet forhandlingsmøde den 13. marts 2023 havde markeret delkriteriet "Technical Solution – (a) Qualification" med farven grøn og i den sammenhæng havde tilkendegivet, at denne farve refererede til en score på mellem 7-10, og da Eurofins ved den endelige evaluering fik scoren 7 vedrørende dette delkriterium, har Ørsted ikke givet udtryk for, at Eurofins' score ville være højere, end tilfældet var ved den endelige evaluering. Ørsted var desuden ikke forpligtet til at påpege yderligere forbedringsmuligheder vedrørende denne del af tilbuddet. Ørsted har således ikke vildledt Eurofins.

På det grundlag, der foreløbigt foreligger, er der derfor ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Ad påstand 2a

Påstanden angår Ørsteds anvendelse af delkriteriet ”HS Targets and relevant HS initiatives” i evalueringen.

Af udbudsmaterialet fremgår, at tildelingskriteriet for Ørsteds udbud af laboratorieafprøvninger var det økonomisk mest fordelagtige tilbud baseret på bl.a. underkriteriet ”Health and Safety”, som vægtede 10 % af den samlede evaluering. Delkriteriet ”HS targets and relevant HS initiatives” vægtede 16,25 % af underkriteriet ”Health and Safety”. Delkriteriet ”HS targets and relevant HS initiatives” vægtede dermed 1,625 % af den samlede evaluering.

Af udbudsmaterialets Annex G fremgår, at der ville blive lagt positiv vægt på, at HS-planen, som skulle være direkte relateret til det arbejde, der skulle udføres, bl.a. beskrev, hvordan tilbudsgiveren konkret imødekom de angivne ISO 45001 krav. Overordnet har ISO 45001, ”Occupational health and safety management systems – Requirements with guidance for use”, til formål bl.a. at gøre en organisation i stand til at levere sikre og sunde arbejdspladser, forebygge arbejdsrelaterede skader og dårlig sundhed. De ISO 45001-krav, der er angivet i Annex G, og som ville blive tillagt positiv vægt, såfremt tilbudsgiveren imødekom dem, angår fareindikation, vurdering af risici og muligheder, support kompetencer, operationel planlægning og kontrol, hændelse, uoverensstemmelse og korrigerende handling. Udbuddet angik bl.a. arbejde på kraftværker forbundet med en række risici for personalets sikkerhed, bl.a. i relation til høje temperaturer, damp og kemikalier. De angivne ISO 45001-krav relaterer sig således alle til sundheden og sikkerheden for de medarbejdere, der skal levere ydelserne i henhold til kontrakten.

Ørsted har ikke lagt vægt på, om tilbudsgiveren er certificeret i henhold til ISO 45001 (eller tilsvarende), men har inddraget og lagt vægt på tilbudsgivernes konkrete beskrivelser i den ydelsesspecifikke HS-plan for, hvordan tilbudsgiverne vil sikre, at det konkrete arbejde under aftalen, herunder på Ørsteds kraftværker, udføres sikkerhedsmæssigt forsvarligt for den enkelte medarbejder.

På det grundlag, der foreløbigt foreligger, er der derfor ikke udsigt til, at påstand 2a vil blive taget til følge.

Ad påstand 2b

Påstanden angår Ørsteds anvendelse af delkriteriet ”Training” i evalueringen.

Delkriteriet ”Training” vægter 16,25 % af underkriteriet ”Health and Safety”, der vægter 10 %, og dermed vægter delkriteriet ”Training” 1,625 % i den samlede evaluering.

Ørsted har ikke lagt vægt på, om tilbudsgiveren er certificeret i henhold til ISO 45001 (eller tilsvarende), men har inddraget og lagt vægt på tilbudsgiverens konkrete beskrivelser af, hvorledes der sikres tilstrækkelig træning af de medarbejdere, der stilles til opgaven.

I lighed med det, der er anført under påstand 2a, er der efter de oplysninger, der foreløbig foreligger, derfor ikke udsigt til, at påstand 2b vil blive taget til følge.

Ad påstand 3

Der er på grundlag af det, der er anført ad påstand 1, 2a og 2b, ikke udsigt til, at Eurofins vil få medhold i påstand 3.

Betingelse nr. 1 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Louise Dissing Jensen
fuldmægtig