

K E N D E L S E

Grontmij A/S
(cand.merc.jur. Peter Dann Jørgensen, København)

mod

Ministeriet for By, Bolig og Landdistrikter
(Kammeradvokaten v/advokat Christian Clausen)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 173-299313 af 5. september 2013 udbød Ministeriet for By, Bolig og Landdistrikter som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en 4-årig kontrakt om drift, vedligeholdelse og videreudvikling af Ledningsejerregistret (LER) med mulighed for forlængelse i 1 år. Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« baseret på en evaluering af underkriterierne »pris« (35 %), »driftssikkerhed« (15 %), »leverancesikkerhed« (10 %), »support« (15 %), »kvalitet« (5 %) og »teknik og teknologi« (20 %).

Den 11. april 2014 meddelte Ministeriet for By, Bolig og Landdistrikter tilbudsgiverne, herunder Grontmij A/S, at ministeriet agtede at tildele kontrakten til COWI A/S.

Klagenævnet har den 22. april 2014 modtaget en klage fra Grontmij A/S (klageren) over udbuddet.

Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i

medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte at tillægge klagen opsættende virkning. Den 12. maj 2014 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet begrundede afgørelsen med, at betingelsen om »fumus boni juris« ikke var opfyldt.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klagens indhold:

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Ministeriet for By, Bolig og Landdistrikter (i det følgende benævnt indklagede) har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have anvendt en evalueringsmodel, som ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet den anvendte pointmodel ikke sikrer den i udbudsbetingelserne oplyste vægtning og kun anvender en begrænset del af pointskalaen.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med håndhævelsesloven § 2, stk. 2, idet indklagedes underretning om tildelingsbeslutning af 11. april 2014 ikke var ledsaget af en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til COWI A/S, jf. håndhævelseslovens § 13, stk. 1, litra 2.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal udstede et påbud om indklagedes lovliggørelse af udbudsforretningen, jf. håndhævelseslovens § 13, stk. 1, litra 3.

Indklagede har påstået, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har samtidig med afsigelse af denne kendelse truffet afgørelse vedrørende en af klageren indgivet klage over delvis afslag på aktindsigt.

Andre oplysninger i sagen:

Indklagede prækvalificerede fem virksomheder, herunder klageren, der siden 2010 havde været den indklagedes leverandør af vedligeholdelse og videreudvikling af LER-systemet, til at afgive tilbud på opgaven.

Af de udaterede udbudsbetingelser fremgår blandt andet:

»10. Tilbudsevalueringen

10.1 Tildelingskriterium

Tildelingskriteriet er som anført i udbudsbekendtgørelsen det økonomisk mest fordelagtige bud.

Ordregiver vil anvende følgende underkriterier med den for hvert underkriterium anførte vægt. De enkelte punkter under hvert underkriterium vægtes i forhold til de krav, MK [mindstekrav], PK [prioriterede krav] og K [krav], der understøtter det enkelte underkriterium:

Pris - Vægtning 35 %

Prisen vurderes på den samlede pris i kontraktens løbetid plus option på forlængelse, med følgende priselementer:

- Vederlag for transition
- Vederlag for obligatorisk videreudvikling
- Timepris for ydelser afregnet efter forbrugt tid
- Månedligt vederlag for driftsopgaven
- Månedligt vederlag for udvidelse af kapacitetsbehov
- Månedligt vederlag for vedligeholdelse- og supportopgaven
- Vederlag for ophørsassistance
- Pris på option 1, 2, 3, 4, 5 og 6

For mængdebaserede priselementer, fremgår beregningsgrundlaget af bilag 12.

Driftssikkerhed - Vægtning 15 %

Omfatter driftssikkerhed til sikring af en stabil drift, løbende vedligeholdelse samt overholdelse af servicemål.

- Design og opbygning af miljøer
- Løbende forbedringer til, og vedligeholdelse af Systemet
- Reaktionstider og servicemål
- Overvågning af driften
- Processer, principper og vejledninger for og til driftsafvikling
- Kapacitetsstyring

- Sikkerhed
- Alarmer og fejlhåndtering

Leverancesikkerhed - Vægtning 10 %

Omfatter leverancesikkerhed for de modtagne leverancer indenfor følgende områder:

- Leverandørens samarbejds- og projektorganisation
- Leverandørens kompetencer for nøglepersoner
- Leverandørens modenhed, herunder kompetencestyring og bemanning efter opgavetræk
- Kundens deltagelse

Support - Vægtning 15 %

Support til Kunden og Kundens kunder, med fokus på følgende områder:

- Understøttelse af support til professionelle brugere og tredjeparts leverandører
- Understøttelse af et fælles supportværktøj mellem Kunden og Leverandøren til fejl- og ændringsstyring
- Leverandørens rapportering til Kunden, herunder status-rapportering
- Support styring og eskalering
- Overvågning af eksterne services

Kvalitet - Vægtning 5 %

Omfatter sikring af kvalitet i de modtagne leverancer indenfor følgende områder:

- Udarbejdelse og vedligeholdelse af kode og dokumentation
- Leverandørens kvalitetsstyring
- Leverandørens fejl-, ændrings- og konfigurationsstyring
- Leverandørens styring af og processer i forhold til tests og prøver samt gennemførelse

Teknik og teknologi - Vægtning 20 %

Særlige anvendte teknologier, teknik og forretningsområder, med fokus på følgende områder:

- Løsningsbeskrivelse for obligatorisk videreudvikling – myndighedsværktøj
- Løsningsbeskrivelse for option 1 - LER web API
- Løsningsbeskrivelse for option 2 - Flere punkter
- Løsningsbeskrivelse for option 4 -Overvågning af LER specifikke elementer
- Residualkrav: Øvrige ikke funktionelle krav«

Indklagede besvarede i perioden 9. januar 2014 til 19. februar 2014 93 spørgsmål fra de prækvalificerede tilbudsgivere. Det fremgår heraf bl.a.:

»Spørgsmål 6:

Anvender MBBL en matematisk vurderingsmodel eller hvilken model havde vi tænkt os at anvende?

Vil MBBL offentliggøre modellen inden tilbudsaflevering?

- Vi vurderer efter K, PK, MK, hvor MK vejer højest, derefter PK og endelig K.
- I tilbagemeldingen på tilbuddene vil det klart fremgå hvilken model der er anvendt og MBBL vil sikre gennemsigtigheden i vurderingen, ligesom i prækvalifikation.
- Pointgivningsmodellen vil være tilgængelig for tilbudsgivere efter modtagelse af tilbuddene.

...

Spørgsmål 13:

Hvordan er leverandører sikret ligebehandling ved vægtning/vurdering af transition?

- Ved modtagelse af tilbud vil det blive vurderet, om der er behov at bringe mekanismer i spil ved vurdering af transition for at sikre ligebehandling mellem tilbud fra eksisterende leverandør og øvrige prækvalificerede leverandører. Dette er afhængig af tilbudsindhold fra den eksisterende leverandør for transition.

...

Spørgsmål 22:

Udbudsbetingelser side 11 punkt 10. Vil ordregiver oplyse vægtningen for de enkelte delpunkter ("bullets") til underkriterierne?

- Delpunkter er ligestillet

...

Spørgsmål 62:

Kunden skriver i svar på spørgsmål 6 at "Vi vurderer efter K, PK, MK, hvor MK vejer højest, derefter PK og endelig K". Kan Kunden oplyse det individuelle vægtningsforhold af kravene K, PK, MK?

- PK vægtes med faktor 2 og K vægtes med faktor 1. MK er mindstekrav og skal være opfyldt.

Spørgsmål 63:

Kunden skriver i svar på spørgsmål 13 "Ved modtagelse af tilbud vil det blive vurderet, om der er behov at bringe mekanismer i spil ved vurdering af transition for at sikre ligebehandling mellem tilbud fra eksisterende leverandør og øvrige prækvalificerede leverandører. Dette er afhængig af tilbudsindhold fra den eksisterende leverandør for transitionen." Kan Kunden oplyse hvilke tilbudsforhold der skal gøre sig gældende førend mekanismer vil blive bragt i spil?

- Alle tilbudsgiveres transitionspris på de kravspecificerede transitionsopgaver- og ydelser vil blive indregnet i deres samlede tilbudspris. Der vil ikke blive bragt mekanismer i spil, hvorfor der skal ses bort fra svaret på spørgsmål 13.

...

Spørgsmål 84:

Tillægsspørgsmål vedr. besvarelsen på spørgsmål 13 og 63. Har Kunden overvejet et konkurrenceretligt og ligebehandlingsmæssige problem ved ikke at anvende reguleringsmekanismer i forhold til den eksisterende leverandørs fordel ved beregning af transitionsomkostninger, jf. herved principperne i EU-Rettens afgørelse i sag T-345/03, *Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen*, som fastslår, at en ordregivende myndighed er forpligtet til at udligne en eksisterende leverandørs konkurrencefordel såfremt udligning: er teknisk enkel at foretage, er økonomisk rimelig for den ordregivende myndighed, og ikke indebærer en tilsidesættelse af den eksisterende leverandørs rettigheder.

Det bemærkes herved, at transitionsomkostninger/switching-costs på den udbudte opgave, ved at flytte opgaven fra den eksisterende leverandør til en ny leverandør, må forventes at være ikke ubetydelig og forventelig af et omfang, hvor en eksisterende leverandørs mulighed for at holde disse omkostninger ude fra sit tilbud, meget vel opnår en væsentlig fordel.

Kunden bedes på baggrund af det ovenfor anførte oplyse, hvorledes det sikres, at den eksisterende leverandør ikke opnår en konkurrenceforvridende fordel gennem muligheden for at undlade medtagelse af transitionsomkostninger, hvilket kan være skadende for konkurrencen i udbuddet og i strid med ligebehandlingsprincippet.

- Der vil ikke blive bragt reguleringsmekanismer i spil, som ændrer på, at leverandørens transitionspris vil blive indregnet fuldt ud i den samlede tilbudspris. Det er vigtigt for ordregiver, at prissætningen af enhver ydelse, der skal leveres efter

kontrakten, indregnes fuldt ud i den samlede tilbudspris, for at sikre en effektiv og økonomisk hensigtsmæssig anvendelse af de offentlige midler.

Det bemærkes, at transitionsprisen er ét element blandt flere under underkriteriet pris, samt at underkriteriet pris er ét blandt flere underkriterier. Det er ordregivers opfattelse, at der i udbuddet er rig mulighed for, at tilbudsgiverne kan konkurrere på baggrund af de relative styrker, som de måtte have i forhold til de forskellige underkriterier.

Den beskrevne fremgangsmåde er i overensstemmelse med udbudsreglerne, herunder ligebehandlingsprincippet."«

Ved tilbudsfristen udløb den 25. februar 2014 havde indklagede modtaget 3 rettidige konditionsmæssige tilbud fra henholdsvis Atkins Danmark A/S, COWI A/S og klageren.

Der blev afholdt præsentationsmøde med hver af de tre tilbudsgivere den 11. og 12. marts 2014.

Indklagedes orienterede ved e-mail af 11. april 2014 tilbudsgiverne om resultatet af indklagedes evaluering af de modtagne tilbud. Orienteringen var bilagt et brev med meddelelse om, at kontrakten agtedes tildelt COWI A/S. Orienteringen var endvidere vedlagt et evalueringsnotat.

Af indklagedes evalueringsnotat fremgår bl.a.:

»2. Vurderingsmodel

Vurderingsmodellen er opbygget til at udvælge det økonomisk mest fordelagtige tilbud af de modtagne tilbud, baseret på underkriterier med delkriterier, som angivet i udbudsbetingelserne. De enkelte punkter under hvert underkriterium vurderes i forhold til de krav, MK, PK og K, der understøtter det enkelte underkriterium.

Model for vurderingen er baseret på en point-model, en af de to anbefalede evalueringsmodeller fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvor priser omregnes til point. Priser omregnes til point, således at de kan sammenvægtes med point for kvalitative kriterier i en samlet vurdering. Der anvendes samme point-skala for priser og kvalitative kriterier.

2.1 Underkriterier

Pris – Vægtning 35 %

Prisen er vurderet på den samlede pris i kontraktens løbetid plus option på forlængelse, med priselementer for transition, obligatorisk videreudvikling, timepriser for ydelser afregnet efter forbrugt tid, månedlige vederlag for drift, vedligeholdelse og support samt udvidelse af kapacitetsbehov, ophørsassistance, pris for option 1, 2, 3, 4, 5 og 6.

Driftssikkerhed – Vægtning 15 %

Omfatter sikring af stabil drift, løbende vedligeholdelse og overholdelse af servicemål med fokus på design og opbygning af miljøer, løbende forbedringer og vedligeholdelse, reaktionstider og servicemål, overvågning af driften, processer, principper og vejledninger for og til driftsafvikling, kapacitetsstyring, sikkerhed samt alarmer og fejlhåndtering.

Leverancesikkerhed – Vægtning 10 %

Omfatter leverancesikkerhed for de modtagne leverancer, leverandørens samarbejds- og projektorganisation, kompetencer for nøglepersoner, modenhed, herunder kompetencestyring og bemanning samt kundens deltagelse.

Support – Vægtning 15 %

Omfatter support til Kunden og Kundens kunder, med fokus på understøttelse af support til professionelle brugere og tredjeparts leverandører, fælles supportværktøj mellem Kunden og Leverandøren til fejl- og ændringsstyring, leverandørens rapportering til Kunden, herunder statusrapportering, support styring og eskalering samt overvågning af eksterne services.

Kvalitet – Vægtning 5 %

Omfatter sikring af kvalitet i de modtagne leverancer med fokus på udarbejdelse og vedligeholdelse af kode og dokumentation, kvalitetsstyring, fejl-, ændrings- og konfigurationsstyring samt leverandørens styring og processer ift. test og prøver.

Teknik og teknologi – Vægtning 20 %

Omfatter særlige anvendte teknologier, teknik og forretningsområder, med fokus på løsningsbeskrivelse for obligatorisk videreudvikling –

myndighedsværktøj, løsningsbeskrivelse for option 1, option 2 og option 4 samt øvrige ikke funktionelle krav.

2.2 Vurderingsskala

De enkelte krav er vurderet på en pointskala på 0-5 med følgende værdier:

- 5 Kravet er exceptionelt opfyldt/beskrevet.
- 4 Kravet er opfyldt/beskrevet mere end tilfredsstillende.
- 3 Kravet er opfyldt/beskrevet tilfredsstillende.
- 2 Kravet er nogenlunde tilfredsstillende opfyldt/beskrevet.
- 1 Kravet er ikke tilfredsstillende opfyldt/beskrevet.
- 0 Kravet er ikke opfyldt.

2.3 Vurdering af underkriteriet pris

Tilbudsgivernes tilbudspris er beregnet som en samlet pris baseret på tilbudsgivers priser i bilag 12, med de i bilag 12 angivne mængder. Disse angivne mængder er alene til anvendelse ved tilbudsvurderingen.

De enkelte priser er omregnet til pointskalaen (0 til 5) ud fra nedenstående formel:

$$\text{Point} = \text{Tilfredshedsværdi} + \frac{\text{Gennemsnitspris} - \text{Tilbudspris}}{\text{Skalatrinværdi}}$$

I formlen er anvendt følgende værdier:

- Tilfredshedsværdi: Fastsat til 3 på pointskalaen.
- Gennemsnitspris: Gennemsnitlig pris for de 3 tilbud jf. bilag 12.
- Tilbudspris: Leverandørens samlede tilbudspris jf. bilag 12.
- Skalatrinværdi: Værdien af 1 point på pointskalaen, fastsat til en tredjedel af gennemsnitsprisen.

Med denne omregning til point sikres det, at vurderingen af priser ift. de øvrige krav foretages, således at priserne reelt kommer til at udgøre de 35 %, som er angivet i udbudsbetingelserne.

For omkostninger for de løbende ydelser, drift, vedligehold og support er disse indlagt med følgende perioder:

- Drift, vedligehold og support: Hele kontraktperioden fra ophør af transitionsperioden og godkendt driftsprøve. I alt 54 måneder.
- Ydelser afregnet efter forbrugt tid: Hele kontraktperioden fra ophør af transitionsperiode og godkendt driftsprøve. I alt 54 måneder.
- Ændret kapacitetsbehov beregnes for hele det år hvor anskaffelse er angivet i bilag 12.
 - o Kapacitetsbehov år 2: 48 måneder

- o Kapacitetsbehov år 3: 36 måneder
- o Kapacitetsbehov år 4: 24 måneder
- o Kapacitetsbehov år 5: 12 måneder
- Anskaffelse af alle optioner er i forhold til prisvurderingen fastsat til overtagelse 1 år efter kontraktindgåelse. Relaterede ændringer i drift, support og vedligehold er derfor sat til i alt 48 måneder.
- For option 1 LER web API er der i forhold til prisvurderingen forventet et nedlukningstidspunkt af den eksisterende webservice 12 måneder efter overtagelse af LER web API. Relaterede ændringer i drift, support og vedligehold for nedlukning er derfor sat til 36 måneder.

2.4 Vurdering af de øvrige underkriterier

Alle prioriterede krav ("PK") og krav ("K") er tilknyttet ét af de fem kvalitative underkriterier. Et krav må kun tælle med i vurderingen en gang, hvilket sikres ved at et krav kun er tilknyttet et underkriterie.

Inden for hvert kriterie er point for de enkelte krav summeret og gennemsnittet udregnet med en prioritet, hvor et PK-krav tillægges dobbelt værdi i vurderingen ift. et K-krav. K-krav har prioritet 1 og PK-krav har prioritet 2.

3. Leverandørvalg

3.1 Samlet vurdering

Ud fra den beskrevne model for vurdering er de tre tilbud fra Atkins Danmark A/S, COWI A/S og Grontmij A/S vurderet med resultatet, der fremgår af nedenstående tabel:

Vurderingselement	Vægt	Atkins Danmark A/S	COWI A/S	Grontmij A/S
Samlet vurdering	100	303	306	298
Pris	35	111	97	106
Driftssikkerhed	15	44	46	45
Leverancesikkerhed	10	28	34	29
Support	15	45	46	43
Kvalitet	5	14	15	15
Teknik og teknologi	20	62	67	60

Vurderingen afspejler, at COWI A/S samlet har afleveret det økonomisk mest fordelagtige tilbud. COWI A/S scorer højere end de øvrige tilbudsgivere på 5 ud af 6 vurderingselementer; driftssikkerhed, leverancesikkerhed, support, kvalitet samt teknik og teknologi. Atkins Danmark A/S scorer højere end de øvrige tilbudsgivere på pris.

Alle tilbudsgiverne – Atkins Danmark A/S, COWI A/S og Grontmij A/S – har afgivet tilfredsstillende tilbud, med høj kravopfyldelse, ingen forbehold og med gode og detaljerede beskrivelser, hvor dette er kravsat.«

Gennemsnitsprisen for de tre modtagne tilbud var på ca. 15.128.000 kr.

Pointfordelingen i skemaet i notatets pkt. 3.1 er resultatet af det tildelte antal point på vurderingsskalaen (fra 0 - 5 point) for hvert underkriterium ganget med det respektive tal for den procentmæssige vægtning.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at den af indklagede anvendte pointmodel ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet det jf. bl.a. spørgsmål 6 og spørgsmål 62 ikke fremgår, hvorvidt og i hvilken grad mindstekrav er indgået i evalueringen. Der henvises i tilbudsevalueringsnotatet til, at evalueringsmodellen er baseret på en pointmodel anbefalet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i deres vejledning om evalueringsmodeller. Det fremgår dog ikke, hvordan vejledningen er anvendt, og ingen af de af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anbefalede modeller ses anvendt. Særlig i forhold til pointmodellen vedrørende underkriteriet »Pris« fremgår det af notatet om evaluering, at de enkelte priser er omregnet til point på en skala fra 0 til 5. Imidlertid har de tre tilbudsgivere fået henholdsvis 111, 106 og 97 point for underkriteriet »Pris«. Det fremstår, ligesom ved pointafgivning for de øvrige delkriterier, ikke gennemsigtigt, hvorledes disse point er fremkommet på baggrund af den oplyste skala fra 0 til 5 point. Endvidere indebærer pointmodellen, at kun en begrænset del af den i øvrigt uoplyste pointskala udnyttes. Bevisbyrden for, at den anvendte model er egnet, påhviler indklagede. Indklagede har imidlertid ikke valgt en pointmodel for evalueringen af underkriteriet pris på grundlag af den prisspredning, der på forhånd kunne forventes. Når indklagede ikke på forhånd har oplyst, hvilken model, indklagede ville anvende, burde indklagede have justeret den anvendte model, da tilbuddene viste sig at have en anden spredning end forventet. Indklagede har oplyst, at vurderingen af tilbuddene var opdelt i fire trin. Andet trin var vurdering af de kvalitative kriterier, hvor der blev givet point for alle prioriterede krav og krav. Det tredje trin var vurdering af priskriteriet. Indklagedes

fremgangsmåde, hvorved tilbudspriserne først er blevet evalueret efter, at indklagede havde fået kendskab til resultatet af en kvalitative evaluering, har medført, at indklagede reelt frit valgte, hvilken model der skulle ligge til grund for tildelingsbeslutningen – og dermed reelt frit valgte, hvilken tilbudsgiver der skulle tildeles ordren.

Indklagede har overordnet gjort gældende, at der ikke udbudsretligt foreligger en pligt til at gøre brug af pointmodeller, som sikrer, at den fulde pointskala eller store dele af denne benyttes. Indklagede har gjort brug af en såkaldt »targetmodel«. Modellen er fastlagt ud fra indklagedes erfaringer med markedet og dermed indklagedes berettigede forventning til prisspredningen. Dette støttes af de faktisk tilbudte delpriser, hvor den procentuelle spredning lå fra mellem 126-141 % og 1600-2400 %. At de faktisk afgivne tilbudspriser har vist sig at ligge langt tættere end forventet, kan ikke medføre, at en i øvrigt egnet prismodel skal ændres. Tvært imod ville en justering kunne medføre en uhensigtsmæssig fordrejning af pointvurderingen. Modellen har desuden konkret medført, at den relative forskel i point er meget tæt på den relative forskel i pris. Den anvendte pointmodel afspejler netop, at de relativt begrænsede forskelle i de tilbudte priser tilsvarende har medført relativt begrænsede forskelle i pointene for underkriteriet pris. Den valgte pointmodel respekterer den fastsatte vægtning af underkriterierne og er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Indklagede fastlagde evalueringsmodellen for pris umiddelbart efter tilbudsfristens udløb, men inden påbegyndelsen af den kvalitative vurdering. Dette er helt i overensstemmelse med indklagedes besvarelse af spørgsmål 6, hvoraf fremgår, at pointmodellen ville være tilgængelig for tilbudsgiverne efter modtagelse af tilbuddene.

Ad påstand 2

Klageren har overordnet gjort gældende, at indklagedes begrundelse ikke indeholder oplysninger om det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele. Indklagede har alene oplyst en række point for hvert af de seks underkriterier. Da hver underkriterium består af mellem 4 og 8 delkriterier, er det ikke muligt at identificere de relative fordele og ulemper ved det vindende tilbud.

Indklagede har overordnet gjort gældende, at indklagedes underretning af tilbudsgiverne opfylder de krav hertil, der er fastlagt i klagenævnets praksis.

Underretningen indeholder således oplysninger, der gør tilbudsgiverne i stand til at beregne de enkelte tilbudspriser, samt en kortfattet redegørelse for den anvendte bedømmelsesmetode, indholdet af en eventuel pointskala og de tildelte point. Pointfordelingen i skemaet i notatets pkt. 3.1 kunne have været forklaret mere udførligt, men de anførte point er tydeligvis blot et resultat af, at det tildelte antal point på vurderingsskalaen (fra 0 - 5 point) for hvert underkriterium er blevet ganget med det respektive tal for den procentmæssige vægtning. Notatet indeholder herudover en opsummerende tekst i tilknytning til pointskemaer. På denne baggrund gøres det gældende, at indklagedes underretning om tildelingsbeslutning er i overensstemmelse med håndhævelseslovens § 2, stk. 2, idet underretningen indeholdt fuldt ud tilstrækkelige oplysninger til at vurdere, om der måtte være grundlag for at klage. Måtte klagenævnet mod forventning nå frem til, at indklagedes underretning om tildelingsbeslutning var uklar, er dette dog ikke nogen væsentlig overtrædelse af udbudsreglerne, og den grundlæggende betingelse for, at der kan ske annulation, er dermed ikke opfyldt.

Ad påstand 3 og 4

Klageren har gjort gældende, at de ad påstand 1 og 2 anførte overtrædelser er af en sådan karakter, at indklagedes tildelingsbeslutning bør annulleres og indklagede bør pålægges at lovliggøre udbuddet. Særligt i relation til påstand 2 har klageren gjort gældende, at den manglende begrundelse giver grund til at antage, at kontrakttildelingen er sket i strid med udbudsdirektivets artikel 53 og artikel 2. At en mangelfuld begrundelse bør føre til annulation støttes bl.a. af Retten i Første Instans' domme af 28. november 2013 i sag T-424/12 UAB Gaumina mod EIGE og af 15. oktober 2013 i sag T-638/11, European Dynamics Belgium SA m.f. mod EMA.

Indklagede har principalt gjort gældende, at indklagede ikke har overtrådt udbudsreglerne, subsidært at der ikke foreligger en overtrædelse af udbudsreglerne, der ud fra en væsentlighedsvurdering kan føre til en annulation af tildelingsbeslutningen og et påbud om lovliggørelse.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

I kendelsen af 12. maj 2014 om opsættende virkning udtalte klagenævnet:

»Der tilkommer ordregiveren et vidt skøn både ved fastlæggelsen af evalueringsmodel og ved selve evalueringen af tilbuddene. Der er ikke grundlag for at antage, at indklagede ved denne evaluering har evalueret på mindstekrav, jf. også svaret på spørgsmål 62.

Ved fastlæggelsen af evalueringsmodellen for underkriteriet »Pris« vil ordregiveren normalt bl.a. kunne lægge vægt på den prisspredning, der på forhånd kunne forventes under hensyn til udbuddets indhold og karakter samt det pågældende marked.

Det forhold, at det ved modtagelsen af tilbuddene i det konkrete udbud kunne konstateres, at der alene var meget små spredninger i de tilbudte priser, fører ikke i sig selv til, at den evalueringsmodel for prisen, som indklagede har valgt, ikke kan anvendes.

Der gælder udbudsretligt blandt andet et krav om, at en given pointskala skal være fastsat under hensyn til det konkrete udbud og det marked, der er tale om. Der gælder der imod ikke udbudsretligt et krav om, at hele pointskalaen konkret skal udnyttes.

Der er derfor på det grundlag, der foreløbigt foreligger, ikke udsigt til, at klageren vil få medhold i påstand 1.«

Af de grunde, der er anført i kendelsen om opsættende virkning, og da det, klageren yderligere har anført, ikke kan føre til et andet resultat, tages påstand 1 ikke til følge.

Ad påstand 2

I kendelsen af 12. maj 2014 om opsættende virkning udtalte klagenævnet:

»Efter håndhævelsesloven § 2, stk. 1, skal en ordregivers underretning om tildeling af en kontrakt være ledsaget af en kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen, jf. § 2, stk. 2. Bestemmelsen implementer artikel 2 a, stk. 2, i kontroldirektivet (Rådets direktiv 89/665, jf. direktiv 2007/66), hvorefter begrundelsen skal opfylde kravene i udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2. Efter denne bestemmelse skal navnet på den vindende tilbudsgiver oplyses og begrundelsen indeholde en redegørelse for »det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele«.

I evalueringsnotatet udsendt til tilbudsgiverne den 11. april 2014 har indklagede alene redegjort for den vurdering, der er foretaget af klagerens tilbud og det vindende tilbud, ved angivelse af en række

point. Underretningen indeholdt ikke en kort overordnet forklaring på, hvilke kvalitative forskelle mellem klagerens tilbud og de vindende tilbud, der førte til tildelingen af de forskellige point, eller hvordan de konkrete point var beregnet. Underretningen indeholdt heller ikke direkte oplysning om tilbudspriserne. De 5 kvalitative underkriterier var alle tilknyttet en række delkriterier.

Efter ordlyden af artikel 41, stk. 2, og i lyset af nyere EU-retlig praksis er det herefter på det foreløbige grundlag, der foreligger, klagenævnets vurdering, at indklagedes begrundelse ikke fuldt ud opfylder kravene i håndhævelseslovens § 2, stk. 2, til en kort redegørelse, idet begrundelsen ikke indeholder tilstrækkelige oplysninger om det 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 klagerens tilbud.

Der er derfor på det foreløbig grundlag, der foreligger, udsigt til, at klageren vil få medhold i påstand 2.«

Af de grunde, der er anført i kendelsen om opsættende virkning, og da det, indklagede yderligere har anført, ikke kan føre til et andet resultat, tages påstand 2 til følge.

Ad påstand 3 og 4

I kendelsen af 12. maj 2014 om opsættende virkning udtalte klagenævnet:

»Der er efter det, der er anført ovenfor, og da en mangelfuld redegørelse for de relevante grunde for tildelingsbeslutningen ikke kan begrunde, at der skal ske annulation af tildelingsbeslutningen, ikke udsigt til, at påstand 3 eller 4 vil blive taget til følge.«

Af de grunde, der er anført i kendelsen om opsættende virkning, og da det, klageren yderligere har anført, ikke kan føre til et andet resultat, tages påstand 3 og 4 ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Indklagede har handlet i strid med håndhævelsesloven § 2, stk. 2, ved i forbindelse med indklagedes underretning til tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen af 11. april 2014 ikke at lade underretningen ledsage af en fyldestgørende kort redegørelse for de relevante grunde for beslutningen.

Klageren, Grontmij A/S, skal i sagsomkostninger til indklagede, Ministeriet for By, Bolig og Landdistrikter, betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig