

K E N D E L S E

Havnens Skibsreparationer A/S og
Nettobådene A/S
(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

mod

Trafikselskabet Movia
(advokat Gitte Holtsø, København)

Ved udbudsbekendtgørelse 2012/S 173-286431 af 5. september 2012 udbød Trafikselskabet Movia i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (forsyningsvirksomhedsdirektivet) en kontrakt om drift af havnebussejlads i Københavns Havn med en fast årlig sejlads svarende til ca. 11.000 årlige sejlplanstimer med tre både i fast rutefart mellem stoppesteder i Københavns Havn over en periode på tre år samt optioner på levering af drift af sejlads på andre ruter og drift af sejlads med yderligere 2 både samt med mulighed for forlængelse med yderligere 3 år. Kontrakten blev udbudt efter proceduren udbud med forhandling med forudgående bekendtgørelse. Tildelingskriteriet blev fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Tre virksomheder blev prækvalificeret, men kun to tilbudsgivere, Arriva Danmark A/S (»Arriva«) og Havnens Skibsreparationer A/S og NettoBådene A/S, afgav tilbud i løbet af udbuddet med forhandling.

Indklagede meddelte elektronisk den 22. marts 2013 klageren og Arriva, at trafikselskabet havde besluttet at tildele kontrakten til Arriva.

Havnens Skibsreparationer A/S og NettoBådene A/S indgav den 2. april 2013 klage til Klagenævnet for Udbud. Klagerens påstande blev efter opfordring fra klagenævnet præciseret ved en »endelig klageskrivelse« af 10. april 2013.

Den 1. maj 2013 traf klagenævnet beslutning om ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet udtalte i den forbindelse blandt andet, at det var sandsynligt, at klagenævnet ville afvise 2 af klagerens påstande, og at betingelsen om, at klagen skal have noget på sig (*»fumus boni juris«*) for så vidt angår en 3. påstand ikke var opfyldt. Klagenævnet antog ud fra de »argumenter«, klageren havde anført, at klageren tillige nedlagde påstand om annullation af indklagedes tildelingsbeslutning, men at der på grund af det anførte ikke var udsigt til, at denne påstand ville blive taget til følge. Desuden var betingelse nr. 2 om klagens »uopsættelighed« ikke opfyldt.

Den 22. maj 2013 frafaldt klagerens nye advokat de tidligere nedlagte påstande og fremkom med 2 nye påstande (påstandene 1 og 2).

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 145-252804 af 25. juli 2013 med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed oplyste indklagede, at trafikskabet agtede at indgå en tillægsaftale til kontrakten om havnebussejlads.

Den 16. december 2013 traf klagenævnet afgørelse vedrørende klager fra Havnens Skibsreparationer A/S og Nettobådene A/S over Movia A/S' beslutninger om aktindsigt.

Den 20. december 2013 afslog klagenævnet en anmodning fra Havnens Skibsreparationer A/S og Nettobådene A/S om at genoptage aktindsigtssagen.

Klageren nedlagde den 17. januar 2014 en yderligere påstand (påstand 3), således klageren samlet har nedlagt følgende endelige påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 (principperne om ligebehandling og gennemsigtighed) ved at have anvendt en fremgangsmåde for evalueringen af underkriteriet *»pris«*, som var egnet til at medføre en vilkårlig pointtildeling, idet indklagede fastlagde en usædvanlig pointmodel, efter at indklagede havde gjort sig bekendt med indholdet af tilbuddene.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 (principperne om ligebehandling og gennemsigtighed) ved at have anvendt en fremgangsmåde for evalueringen af optionerne under underkriteriet »pris«, som var egnet til at medføre en vilkårlig pointtildeling, idet fremgangsmåde ikke i fornøden grad tog højde for prisforskelle mellem tilbuddene, og/eller idet indklagede fastlagde en usædvanlig pointtildeling, efter at indklagede havde gjort sig bekendt med indholdet af tilbuddene.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 (principperne om ligebehandling og gennemsigtighed) og artikel 40 ved – uden afholdelse af udbud – at indgå en tillægskontrakt til den eksisterende kontrakt.

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

Sagens omstændigheder

Udbuddet vedrørte havnebussejlads i Københavns Havn og bestod af en basisydelse samt en række optioner hertil. Basisydelsen omfattede rutesejlads med tre både i dagtimerne svarende til ca. 11.800 sejladstimer pr. år.

Option A omfattede rutesejlads i aftentimerne ved udnyttelse af basisydelsens tre både: pendulsejlads mellem Operaen og Nyhavn (Option A1) og aftensejlads på linje 991, 992 og 993 (Option A2).

Option B omfattede rutesejlads ved yderligere op til to både i dagtimerne.

Kontraktperioden var fastsat til tre år, men med mulighed for forlængelse med yderligere tre år.

Af udbudsbetingelsernes afsnit 2.4 om »Kapacitet« fremgik blandt andet, at hver båd skulle have plads til mindst 60 passagerer, der kunne sidde i tørvejr.

Tildelingskriteriet og underkriterierne blev fastsat i udbudsbetingelsernes afsnit 16.3.1:

»...

Tildelingskriteriet er "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" med følgende underkriterier:

Pris	40%
Kvalitet af drift	35%
Kvalitet af bådmateriel	15%
Miljø	10%
...«	

Om indholdet af underkriteriet »Pris« er der i udbudsbetingelserne pkt. 16.4 blandt andet anført følgende:

»16.4.1 Pris – 40 %

Tilbudsprisen angives på tilbudsblanketten og er i det enkelte tilbud opdelt i:

- Faste omkostninger
- ...
- Bådafhængige omkostninger
- ...
- Sejlplantimeafhængige omkostninger
- ...
- Optioner
- ...

På grundlag af tilbudte priser på faste omkostninger, bådafhængige og sejlplantimeafhængige omkostninger beregnes den samlede tilbudte pris pr. normalår, jf. afsnit 1.

Denne pris pr. normalår vil indgå i vægtningen af prisen med i alt 90 %. Priser på optioner vil ved evalueringen indgå i vægtningen af prisen med 10 %.

...«

Af udbudsbetingelsernes afsnit 1, som der henvises til, fremgik blandt andet, at basisydelsen omfattede rutesejlads med 3 både i dagtimerne svarende til ca. 11.800 sejlplantimer pr. år. Der fremgik ikke af udbudsbetingelserne nærmere oplysninger om, hvordan evalueringen af tilbuddene i forhold til dette underkriterium ville blive foretaget.

Om indholdet af underkriterierne »Kvalitet af bådmateriel« er der i udbudsbetingelserne pkt. 16.4 anført følgende:

»...

16.4.3 Kvalitet af bådmateriel - 15 %

Movia vil i vurderingen af kvaliteten af bådmateriel lægge vægt på, at materiellet kræver et minimum af vedligeholdelse og generelt er af høj standard, hvorfor nyere materiel vil blive vurderet bedst.

...

I bilaget beskrives ... de ønsker, som Movia ... har til bådmateriellet, idet opfyldelsesgraden af Movias ønsker til bådmateriellet, ud over mindstekravene, vil indgå i den samlede bedømmelse af kvaliteten af bådmateriellet.

Bådens vedligeholdelsesstand (alder), tilbudsgivers vedligeholdelsesbeskrivelse og kapacitet og indretning vil blive vægtet med henholdsvis 40%, 20% og 40%.

...«

Under såvel 1. som 2. budrunde bød begge tilbudsgivere en timepris, der var højere end 1.590 kr.

Under den 3. og sidste budrunde tilbød Arriva tre forskellige løsninger:

- 3 gamle både til en pris på 1.500 kr. pr. time.
- 1 ny båd og 3 gamle både til en pris på 1.520 kr. pr. time.
- 2 nye både og 2 gamle både til en pris på 1.625 kr. pr. time.

Klageren tilbød 3 nye både til en pris på 1.631 kr. pr. time.

Indklagede meddelte som nævnt elektronisk den 22. marts 2013 klageren og Arriva, at trafikselskabet havde besluttet at tildele kontrakten til Arriva. Af brevet til klageren fremgår følgende begrundelse for tildelingsbeslutningen:

»...

...Efter de afholdte forhandlingsrunder er alle justerede og endeligt afgivne tilbud blevet gennemgået og evalueret med henblik på at finde »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«, og i den forbindelse er tilbuddene blevet vurderet – som oplyst i udbudsmaterialet – på underkriterierne pris, kvalitet af drift, kvalitet af busmateriel og miljø.

...

Når Havnens Skibsreparationer A/S / Netto-Bådene A/S ikke er blevet tildelt sejladsen, skyldes dette, at andre byderes tilbud var mere konkurrencedygtige, især på grund af den tilbudte pris.

I sammenligning med det antagne tilbud på sejladsen kan oplyses følgende:

Pris:	Den af Netto-Bådene A/S tilbudte pris ligger væsentlig højere end prisen i det antagne tilbud.
Kvalitet af drift:	Den af Netto-Bådene A/S tilbudte kvalitet har været fuldt ud på højde med øvrige bydere.
Miljø:	Er vurderet en anelse bedre pga. nye både
Kvalitet af bådmateriel:	Er vurderet en anelse bedre pga. nye både og større kapacitet

Prisen, der vægter 40 %, blev således udslagsgivende for det endelige valg.

...«

Klageren anmodede ved brev af 25. marts 2013 blandt andet om at få tilsendt en nærmere redegørelse for tilbudsevalueringen, herunder prisen på det vindende tilbud.

Klageren og indklagede afholdt den 26. marts 2013 et møde om tilbudsevalueringen.

Ved brev af 27. marts 2013 fremsendte indklagede en uddybende skriftlig redegørelse for tilbudsevalueringen til klageren. Af brevet fremgår blandt andet:

»Vi kan som supplement til brevet [af 22. marts 2013] oplyse følgende mht. priserne i udbud H4:

	Arriva Danmark A/S	Netto-Bådene A/S
Basissejlads	1.520,00 kr./time	1.631,11 kr./time
Option A1 – operasejlads	915,00 kr./time	1.424,00 kr./time
Option A2 – aftensejlads	915,00 kr./time	1.179,00 kr./time
Option B2 - ny båd,	6,84 mio. kr./år	6,68 mio. kr./år

3 årig kontrakt		
Option B2 - ny båd, 4 årig kontrakt	6,58 mio. kr./år	6,61 mio. kr./år
Option B2 - ny båd, 5 årig kontrakt	6,44 mio. kr./år	6,57 mio. kr./år

...

Der er således tale om markante prisforskelle mellem Arrivas og Netto-Bådernes tilbud, hvorved Arriva på delkriteriet »pris« opnår væsentlige flere point, jf. den vedlagte vurdering. Som følge heraf blev prisen, som anført i brevet af 22. marts 2013, udslagsgivende for resultatet.

...

Som det fremgår af vedlagte vurdering, har Netto-Bådene fået flest point for så vidt angår delkriteriet »Kvalitet af bådmateriel«, hvilket i hovedsagen skyldes:

- At det har vægtet positivt, at Netto-Bådene udelukkende byder med nye både, hvor Arriva byder med 1 ny båd, 1 brugt båd fra år 2009, 1 brugt båd fra år 2000 samt 1 brugt båd fra år 2000 i reserve.
- At det har vægtet positivt, at bådene har en større kapacitet end Arrivas. Arrivas både opfylder dog kravene i udbudsbetingelserne.
- At det har vægtet positivt, at der er mindre krav til vedligeholdelse pga. nye både.

...

Som det også fremgår af vedlagte vurdering, har Netto-Bådene fået flest point for så vidt angår delkriteriet »miljø«, hvilket i hovedsagen skyldes:

- At det har vægtet positivt, at Netto-Bådene udelukkende byder med nye både, der på emissionssiden scorer bedre i forhold til Arrivas både.
- At det har vægtet positivt, at Netto-Bådene tilbyder moderne støjdæmpning.
- At det har vægtet positivt, at Netto-Bådernes tilbyder brændstofbesparende motorer.

Med hensyn til delkriteriet »kvalitet af drift« har Movia vurderet Arriva og Netto-Bådene ens, hvilket er sket ud fra en konkret vurdering af bydernes driftsredegørelser.

...

VURDERING AF TILBUDDENE I UDBUD H4

Delkriterium	Vægt i %	Point Arriva	Point Netto-Bådene
--------------	----------	--------------	--------------------

Pris	40	32,0	1,3
Kvalitet af drift	35	35,0	35,0
Kvalitet af	15	7,5	15,0
Bådmateriel			
Miljø	10	6,5	10,0
I alt	100	81,0	61,3.«

Ved e-mail af 27. marts 2013 anmodede klageren indklagede om kopi af et dokument, referat eller et arbejdspapir skrevet under udarbejdelsen af udbudsmaterialet, og hvori det fremgik, at »basisprisen«, der, som det fremgår nedenfor, var en del af indklagedes evalueringsmodel i forhold til underkriteriet »pris«, var fastsat til 1.500 kr.

Indklagede svarede ved e-mail af samme dato blandt andet:

»Der vil ved ethvert udbud foreligge et budget fra ordregivers side - ofte som udformet og fastsat ved en fremskrivning af priserne i de eksisterende kontrakter.

Disse beløb kan naturligvis ikke offentliggøres.

...

Tildelingskriterierne fremgår af udbudsmaterialet, og først i forbindelse med evalueringen fastsættes den endelige tildelingsmodel. Movia er ikke i besiddelse af nogen form for dateret dokumentation herfor.

I øvrigt er Movia ikke enig i, at den nævnte basispris på 1.500 kr. har været afgørende for udbuddets resultat.

Netto-Bådenes tilbud er 1,3 mio. kr. dyrere pr. år - eller 3,9 mio. kr. over en 3-årig kontraktperiode, og det er disse beløb, der har afgjort udbuddets resultat.«

Indklagede har under klagesagen om den foretagne evaluering vedrørende underkriteriet »Pris« senest blandt andet oplyst følgende:

»Tilbudsevalueringen i forhold til underkriteriet »Pris« angik dels basissejladsprisen, der vægtede 90 %, og som omfattede de afgivne priser for faste omkostninger, bådafhængige omkostninger og sejlsprisafhængige omkostninger, dels optionerne, der vægtede 10 %.

For underkriteriet »Pris« kunne tilbudsgiverne maksimalt opnå 40 point, henholdsvis maksimalt 36 point for basissejladsen og maksimalt 4 point for optionerne. De 4 point for optionerne blev ved

evalueringen ligeligt fordelt mellem de tre optioner A1, A2 og B2, således at der for hver option kunne opnås maksimalt 1,3 point.

I forhold til basissejladsen blev pointmodellen fastlagt således, (i) at en tilbudspris svarende til en af indklagede fastsat basispris på 1.500 kr. opnåede de maksimale 36 point, (ii) at tilbud med en pris, der oversteg basisprisen med 6 %, dvs. priser på 1.590 kr. og derover, ville opnå 0 point og (iii) at de øvrige tilbud blev givet point på en lineær skala mellem disse yderpunkter.

...

Pointmodellerne var ikke inden tilbudsafgivelsen endeligt fastlagt, men Indklagede forventede i lyset af de hidtidige kontraktpriser og forventning til prisudviklingen under forhandlingsrunderne, at basisprisen for basissejladsen, som udtryk for Indklagedes idealpris, ville blive fastsat til 1.500 kr., der ville være en rigtig god og konkurrencedygtig pris, samt at prisspændet for både basissejladsen og optionerne ville blive fastsat til 6 %. Modellen blev dog ikke endeligt fastlagt på dette tidspunkt, idet Indklagede i så fald risikerede at binde sig til en model, der ikke ville give et retvisende resultat, såfremt priserne væsentligt afveg fra den af Indklagede forudsatte idealpris. Efter de endelige tilbud var modtaget, skønnede Indklagede imidlertid, at den påtænkte model var egnet til at give et retvisende resultat af prisevalueringen.

Som følge af Indklagedes pointmodel blev Arriva tildelt 28 point for basissejladsen for en pris på 1.520,00 kr., mens Klager blev tildelt 0 point for en pris på 1.631,11 kr., da denne pris oversteg basisprisen med mere end 6 % og dermed lå uden for det af indklagede fastsatte prisspænd.

For optionerne blev Arriva tildelt 4 point, da Arriva for alle tre optioner havde afgivet det laveste tilbud, og Klager blev tildelt 1,3 point.

Klager blev tildelt 0 point for både option A1 og A2, da Klagers priser i forhold til disse optioner, henholdsvis 1.424 og 1.179 kr., lå uden for det af Indklagede fastsatte prisspænd på 6 % i forhold til den lavest indkomne pris.

I forhold til option B2 havde tilbudsgiverne afgivet tilbud på både en treårig, en fireårig og en femårig kontrakt. Da der på tidspunktet for tilbudsevalueringen endnu ikke var truffet beslutning om kontraktperioden, lagde Indklagede et gennemsnit af disse tre priser til grund for evalueringen af option B2. Klager og Arriva tilbød den samme gennemsnitlige pris (6,62 millioner kr.) og blev derfor begge tildelt de maksimale 1,3 point for denne option.

...

Det skal endelig bemærkes, at det ... af udbudsbetingelserne ... fremgik, at Indklagede på grundlag af de tilbudte priser for basissejladsen ville beregne en samlet tilbudt pris pr. normalår og vurdere tilbuddene ud fra denne, men at evalueringen – som det fremgår – er foretaget på baggrund af prisen pr. sejladstime (og således ikke en samlet pris pr. normalår). Da prisen pr. normalår imidlertid svarer til de afgivne timepriser multipliceret med det forventede antal sejlplantimer (11.800 timer årligt), har dette dog ikke haft nogen betydning for pointtildelingen eller tilbudsevalueringens udfald.«

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 145-252804 af 25. juli 2013 med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed oplyste indklagede, at trafikskabet agtede at indgå en tillægsaftale til kontrakten om havnebussejlad. I annoncen anførte indklagede blandt andet:

»Kontrakten er en tillægsaftale til en tidligere udbudt kontrakt om ca. 35.400 timers sejlads med tre både i fast rutefart mellem stoppesteder i Københavns Havn over en 3 år samt optioner på henholdsvis drift af sejlads på andre ruter og drift af sejlads med yderligere både. Tillægsaftalen angår en forøgelse af størrelsen af en båd, der ifølge den oprindelige aftale skal bygges til formål for udførelsen af denne sejlads. Tillægsaftalen vil indebære, at denne båd vil blive 2 meter bredere end forudsat i den oprindelige aftale og dermed vil kunne medtage ca. 25 % flere passagerer.

...

Begrundelse for anvendelse af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i EU-Tidende i henhold artikel 40, stk. 3, i direktiv 2004/17/EF

...

Kontrakten er ikke omfattet af direktivet

Tillægsaftalen udgør en ændring af den tidligere udbudte kontrakt om havnebussejlad. Denne ændring kan foretages uden fornyet udbud, idet ændringen ikke er af væsentlig karakter og ikke angår grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne for den oprindelige kontrakt. Ændringen indebærer således ingen lempelse eller fravigelse af de krav, der blev opstillet i udbudsbetingelserne, og ville ikke på nogen måde have påvirket udfaldet af tilbudsevalueringen. Værdien af ændringen ligger endvidere langt under den relevante tærskelværdi.«

Under klagesagen har indklagede blandt andet oplyst følgende om den indgåede tillægskontrakt, der blev indgået den 13. november 2013:

»Tillægsaftalen vedrører størrelsen på den båd, der skulle bygges til udførelse af sejladsen. Baggrunden for indgåelsen af aftalen er følgende:

I forbindelse med tilbudsafgivelsen indsendte Arriva en skitse over den båd, der er omfattet af tillægsaftalen. Under Arrivas forhandlinger med værftet om den endelige udformning og bygning af den båd, som ... først foregik efter, at Arriva havde fået tildelt kontrakten, viste det sig at være muligt at få udvidet kapaciteten for en meget rimelig merudgift. Arriva rettede på den baggrund henvendelse til Indklagede, der indvilligede i ændringen. Muligheden var således ikke kendt på tidspunktet for kontraktindgåelsen.

Det følger af tillægsaftalens § 2, stk. 1, at den nye båd ændres således, at bådens bredde bliver 7 meter, og at der bliver plads til minimum 80 passagerer svarende til en forøgelse af passagerkapaciteten med ca. 23 %.

Som følge af disse ændringer er prisen for basissejladsen i henhold til den udbudte kontrakts § 5, stk. 1, i medfør af tillægsaftalens § 2, stk. 2, blevet reguleret fra 1. januar 2014 til december 2016. Den samlede merpris, som Indklagede skal betale for dette, er 87.000 kr. om året i en treårig periode. Omregnet til en timepris svarer dette til 8 kr. pr. time, hvilket igen svarer til en stigning på 0,5 % i forhold til den af Arriva tilbudte sejlplantimepris på 1.520 kr.

...

Der er endnu ikke indgået en incitamentsaftale.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har navnlig gjort gældende, at indklagede fastsatte en arbitrær basispris på 1.500 kr., og arbitrært tildelte 0 point for priser, der var 6 % eller mere over basisprisen. Dette illustreres af, at alle tilbuddene under 1. og 2. budrunde var over den fastsatte basispris med tillæg af 6 %. Efter 3. budrunde gjaldt dette også for alle tilbud, der indeholdt en eller flere nye både. Dette viser endvidere, at det ikke er rigtigt som hævdet af indklagede, at modellen var i stand til at reflektere de »prisforskelle, der må forventes at kunne forekomme på dette marked«. Den anvendte pointmodel kunne hverken afspejle store eller små prisforskelle. Modellen blev endvidere først fastsat efter, at indklagede havde fået kendskab til de to tilbud, hvilket kan

være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. EU-domstolens dom i sag C-226/09, Kommissionen mod Irland, og modellen medførte, at kun ét tilbud fik point. Den anvendte fremgangsmåde ved evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet »Pris« var vilkårlig, uigennemsigtig og usædvanlig, hvilket er i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10, jf. klagenævnets kendelse af 10. juli 2008, European Land Solutions Ltd. mod Kystdirektoratet. Dertil kommer, at modellen indebar en forrykkelse af den fastsatte vægtning af underkriterierne, idet underkriteriet »Pris« reelt har vægtet mere end de fastsatte 40 %, da der kun blev tilkendt point inden for et spænd på op til 6 % over den fastsatte basispris, hvilket er en markant mere stejl kurve, end behandlet i klagenævnets kendelse af 8. januar 2013, MET 4 JV mod Metroselskabet. Indklagede har med den anvendte fremgangsmåde reelt haft et frit valg med hensyn til, hvilket af de to tilbud der skulle have tildelt ordren, da den fastsatte basispris og procentsats reelt blev afgørende for udfaldet af udbuddet.

Indklagede har navnlig gjort gældende, at prisspændet ikke er fastsat arbitrært, men derimod på baggrund af indklagedes forventninger til et realistisk prisspænd for de udbudte ydelser baseret på trafikselskabets erfaringer fra tidligere indkøb af lignende ydelser og indklagedes generelle kendskab til markedet. Indklagede har herved inddraget al information om »markedsprisen«, som var tilgængelig på daværende tidspunkt. Der er ikke tale om en standardydelse eller i øvrigt et gennemsigtigt marked, og fastlæggelse af en »markedspris« indebærer derfor et vist skøn. Til støtte herfor har indklagede henvist til, at timeprisen i 2011 var 1.444,47 kr. og i 2012 1.492,18 kr., hvilket svarer til en årlig prisstigning på 3,3 %, hvorved den fastsatte basispris må anses for en god pris. Det forhold, at priserne i 1. og 2. budrunde lå over prisspændet, indebærer ikke, at basisprisen blev fastsat arbitrært, da priserne i et forhandlingsforløb sædvanligvis forbedres. Heller ikke det forhold, at et af tilbuddene efter 3. budrunde lå over basisprisen, indebærer, at basisprisen er fastsat på et arbitrært grundlag. Indklagede har herved henvist til, at klagenævnet i nævnets kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A, mod Banedanmark (side 200) udtalte, at der ikke udbudsretligt kan stilles krav om, at der ved bedømmelsen af et priskriterium interpoleres mellem højeste og laveste pris. Hvis en tilbudspris havde svaret til en dobbelt så stor årlig prisstigning i forhold til året før, dvs. på 6,6 %, ville prisen netop ramme det fastsatte prisloft. På den baggrund var heller ikke prisspændet fastsat arbitrært, ligesom det ikke

overskred indklagedes vide skøn ved fastlæggelsen af pointmodellen. Der gælder ikke en pligt til at fastlægge eller offentliggøre en eventuel evalueringsmodel på forhånd, jf. herved klagenævnets kendelse af 13. november 2012, Recall Danmark A/S mod Arbejdsmarkedets Tillægspension. Det er uden betydning, at klageren kunne have vundet udbuddet, hvis indklagede havde anvendt en anden evalueringsmodel, jf. klagenævnets kendelse af 8. januar 2013, MET 4 JV mod Metroselskabet, ligesom det er uden betydning, at modellen ikke afspejler prisforskelle uden for prisspændet, da den er i stand til at reflektere de forventelige prisforskelle. Pointmodellen har endvidere ikke givet indklagede et frit valg.

Ad påstand 2

Klageren har navnlig gjort gældende, at pointmodellen for evaluering af optionerne ikke er i stand til at afspejle prisforskellene mellem de to tilbud. Dette er i strid med klagenævnets praksis, jf. klagenævnets kendelse af 12. februar 2010, Nøhr og Sigsgaard Arkitektfirma A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen. Det er udokumenteret, at procentsatsen skulle være fastslagt ud fra indklagedes forventning om, hvad Københavns Kommune ville betale for optionerne. Indklagede fastsatte endvidere et arbitrært prisspænd.

Indklagede har navnlig gjort gældende, at den anvendte model var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klagerens pris på option B var identisk med Arrivas pris, og de to tilbud fik derfor begge 1,3 point for denne option. Klagerens priser for optionerne A1 og A2 afveg væsentlig mere fra den laveste pris, end indklagede havde skønnet, at man med rimelighed kunne forvente, og væsentligt højere, end hvad indklagede forventede, at Københavns Kommune ville være villig til at betale, og en model, der tildelte point for sådanne priser, ville dermed have været uegnet til at reflektere store og små forskelle i tilbuddene.

Ad påstand 3

Klageren har navnlig gjort gældende, at tillægskontrakten udgør en væsentlig ændring til den udbudte kontrakt, da der herved er indført betingelser, som ville have gjort det muligt at acceptere klagerens tilbud i stedet for tilbuddet fra Arriva. Det er på ingen måde er udelukket, at

klageren ville have vundet udbuddet, hvis Arriva havde indregnet en større havnebus i sit tilbud, således at der i udbuddet var taget højde for de ekstraomkostninger, som ændringen har medført. Der må herved lægges vægt på, at den anvendte prisevalueringsmodel er meget »skrøbelig«, og at klageren tilbød en større bådkapacitet under udbuddet, hvorfor indklagede slet ikke ville have haft behov for at ændre kontrakten og dermed for at betale den deraf følgende merpris.

Indklagede har navnlig gjort gældende, at tillægsaftalen alene har medført en regulering af prisen på 87.000 kr. årligt. Det svarer til en forhøjelse af Arrivas timepris på 8 kr. eller blot 0,5 %. Denne ændring ville ikke have ændret udbuddets udfald, idet Arriva med denne pris have fået 28,8 point for prisen i stedet for de 32,0 point, som Arriva fik under udbuddet. Dermed ville Arriva alt andet lige have fået 78,8 point i alt og dermed stadig mere end de 61,3 point, som klageren opnåede. Der er på den baggrund ikke tale om en væsentlig ændring af aftalen. Dertil kommer, at indklagede ikke allerede inden eller under udbuddet reelt havde til hensigt at sikre en større kapacitet.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indklagedes evaluering af de tilbudte priser på basisydelsen skete efter en lineær funktion, hvor maksimum-point blev tildelt en basispris på 1.500 kr., der blev anset for indklagedes »idealpris« og »en rigtig god og konkurrencedygtig pris«), mens der ikke blev givet point til priser, der oversteg basisprisen med 6 % eller derover.

Henset til de faktisk tilbudte priser finder klagenævnet ikke grundlag for at tilsidesætte indklagedes skøn ved fastsættelsen af basisprisen.

Fastsættelsen af det andet yderpunkt i den lineære funktion (basisprisen + 6 %) medførte imidlertid, at der blev tale om en meget stejl kurve, der reelt ikke gav mulighed for at afspejle selv prisforskelle i forhold til den anvendte basispris på blot 10 % eller 20 %.

En så stejl kurve vil – med mindre helt særlige forhold gør sig gældende på det pågældende marked – være uforudsigelig for tilbudsgiverne og egnet til

at forrykke forholdet mellem underkriteriet pris og de øvrige underkriterier, selv hvis alle tilbuddene lå inden for dette spænd. Bevisbyrden for, at sådanne særlige forhold gør sig gældende, påhviler den ordregivende myndighed. Denne bevisbyrde skærpes yderligere af, at den konkret anvendte evalueringsmodel blev fastsat efter modtagelsen af de endelige tilbud, og at den indebar, at en af i alt kun to tilbudsgivere slet ikke fik point ved evalueringen i relation til underkriteriet »Pris«. Dertil kommer, at netop fastsættelsen af det snævre prisspænd på 6 % reelt var afgørende for, hvilken tilbudsgiver der vandt udbuddet.

Efter det foreliggende lægges det til grund, at havnebussejlads ikke er en standardydelse, og at der ikke er tale om et gennemsigtigt marked. Indklagedes seneste udbud af lignende ydelser blev afholdt i 2007, og indklagede kunne allerede på den baggrund ikke ud fra en fremskrivning af priserne for sidste udbud gå ud fra, at konkurrencen på markedet kunne berettige en så stejl kurve som den anvendte. Det er ubestridt, at begge tilbudsgivere under 1. og 2. budrunde tilbød priser, der lå højere end spændet til 1.590 kr., og 2 af de i alt fire tilbudte priser, som indklagede modtog i 3. og sidste budrunde, oversteg ligeledes dette prisspænd.

Indklagede har på den baggrund ikke løftet bevisbyrden for, at den anvendte model på trods af den stejle kurve ikke gav anledning til at forrykke det fastsatte forhold mellem underkriterierne. Fremgangsmåden var således ikke forudsigelig for tilbudsgiverne, og den var egnet til at medføre en vilkårlig pointtildeling.

Klagenævnet tager på den baggrund påstanden til følge.

Ad påstand 2 og 3

Klagenævnet kan efter fast praksis afgøre en sag helt eller delvis. Hvis klagenævnet alene afgør sagen delvis, tager klagenævnet ikke stilling til alle de påstande, som klageren har nedlagt, jf. nu tillige håndhævelseslovens § 10, stk. 2. Det bemærkes, at klageren ikke har nedlagt påstand om annullation af indklagedes tildelingsbeslutninger. Efter klagenævnets afgørelse af påstand 1, tages påstandene 2 og 3 ikke under påkendelse.

Efter sagens udfald skal indklagede betale sagsomkostninger for klagenævnet til klageren som nedenfor bestemt. Ved fastsættelsen af belø-

bet er der ikke lagt vægt på klagerens sagsomkostninger i forbindelse med de påstande, som dannede grundlag for anmodningen om opsættende virkning, da klageren ikke kan anses for at have fået medhold i disse.

Herefter bestemmes:

Indklagede har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10 (principperne om ligebehandling og gennemsigtighed) ved at have anvendt en fremgangsmåde for evalueringen af underkriteriet »pris«, som var egnet til at medføre en vilkårlig pointtildeling, idet indklagede fastlagde en usædvanlig pointmodel, efter at indklagede havde gjort sig bekendt med indholdet af tilbuddene.

Indklagede, Trafikselskabet Movia, skal i sagsomkostninger til klageren, Havnens Skibsreparationer A/S og Nettobådene A/S, betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig

