

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt, således at delkendelsen er klagenævnets endelige afgørelse

## K E N D E L S E

HedeDanmark A/S  
(advokat Rikke L. Slavensky, København)

mod

Odsherred Kommune  
(advokat Anders Nørgaard Jensen, København)

Klagenævnet modtog den 13. december 2018 en klage fra HedeDanmark A/S ("HedeDanmark").

HedeDanmark anmodede om, at klagenævnet tillagde klagen opsættende virkning.

Den 17. december 2018 traf Odsherred Kommune en ny tildelingsbeslutning på baggrund af fejl i vægtningen af underkriterierne ved den tidligere tildelingsbeslutning, som dermed blev annulleret. Kommunen imødekom derved HedeDanmarks påstand 1 og 4.

Der var derfor ikke længere spørgsmål om at tillægge klagen opsættende virkning med hensyn til den tidligere tildelingsbeslutning og indgåelse af kontrakt på grundlag heraf.

På klagenævnets forespørgsel har klagenævnet den 23. januar 2019 modtaget et revideret klageskrift fra HedeDanmark, hvorved klagen opretholdes i forhold til den nye tildelingsbeslutning, dog således at påstand 1 frafalder.

HedeDanmark har på ny anmodet om, at klagen tillægges opsættende virkning.

Odsherred Kommune har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har herefter truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 9, svarskrift med bilag A – C, revideret klageskrift med bilag 9a og revideret svarskrift med bilag D (af Odsherred Kommune benævnt bilag A).

#### Klagens indhold:

Det reviderede klageskrift indeholder følgende påstande:

##### ”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Odsherred Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, ved ikke i udbudsmaterialet at have beskrevet evalueringsmetoden, idet hældningsgraden på den lineære pointmodel, der skulle anvendes ved evalueringen af det økonomiske underkriterium ikke var angivet.

##### Påstand 2 (subsidiær ift. påstand 1)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Odsherred Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2, samt i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, ved ikke i udbudsmaterialet at have beskrevet evalueringsmetoden og de forhold Odsherred Kommune ville tillægge betydning ved tilbudsevalueringen i tilstrækkelig grad for så vidt angår det økonomiske underkriterium.

##### Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere Odsherred Kommunes beslutning om at tildele kontrakten vedr. vandløbsvedligeholdelse i Odsherred Kommune til Schak Gaarde ApS.”

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

#### Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 183-414400 af 20. september 2018 genudbød Odsherred Kommune som offentligt udbud i henhold til udbuds-

loven en kontrakt om vandløbsvedligeholdelse i Odsherred Kommune med en udførelsesperiode fra 2018 til 2022 (4 år). Kontrakten indeholdt en option på forlængelse på 2 gange 1 år.

Kontrakten havde en anslået værdi eksklusiv moms på 3.800.000,00 kr.

Ifølge udbudsbekendtgørelsen omfattede udbuddet følgende hovedydelser:

- Grødeskæring
- Oprensning af aflejringer på bunden
- Fjernelse af uønskede vækster på brinkerne
- Spuling og eventuel rodkæring af rørlagte vandløb
- Udskiftning af enkelte rør
- Frigravning af vandløbsudmundinger/ udløb i havet/ på strande

I Bestemmelser om Udbud og Tilbud – BUT var følgende fastsat som tildelingskriterium:

#### **”8.4 TILDELINGSKRITERIUM**

##### 8.4.1 Generelt

Kontrakten vil blive tildelt til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Tildelingskriteriet vil være bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. udbudslovens § 162, stk. 1, pkt. 3, med følgende underkriterier:

Underkriterium	Vægtning
Underkriterium A – Pris	60 %
Underkriterium B – Samarbejde	20 %
Underkriterium C – Planlægning og leveringssikkerhed	20 %

##### 8.4.2 Evalueringsmetode

Hvert underkriterium bedømmes ud fra en karakterskala mellem 0-8. Det vil sige, at tilbuddene for hvert underkriterium vil blive tildelt mellem 0-8 point. De point, der gives for hvert enkelt underkriterium, vil herefter multipliceres med de pågældende underkriteriers vægtning. Summen af de vægtede karakterer for de enkelte underkriterier udgør den samlede karakter. Den samlede pointsum kan således blive maksimalt 8,00.

Hvert underkriterium bedømmes ud fra en karakterskala, jf. nedenstående.

Karakter	Beskrivelse
8	Bedst mulige opfyldelse af underkriteriet
7	Glimrende/fortrinlig opfyldelse af underkriteriet
6	God/meget tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet
5	Over middel opfyldelse af underkriteriet
4	Middel/tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet
3	Under middel opfyldelse af underkriteriet
2	Mindre tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet
1	Utilstrækkelig opfyldelse af underkriteriet
0	Dårlig opfyldelse af underkriteriet

...

#### 8.4.2.1 Bedømmelse af underkriterium A - Pris:

Ved evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet "Pris" vil Ordregiver lægge vægt på den samlede tilbudspris, der fremgår af tilbudslistens samleside (fanebladet: Tilbudsliste\_Samleside).

Ved denne evaluering benyttes en lineær nulpunktmodel, hvor udgangspunktet er, at 8 point gives til det tilbud, hvis "økonomi"/"pris" (beregnet som angivet ovenfor) er lavest, **mens 0 point gives til tilbud, hvis "økonomi"/"pris" (beregnet som angivet ovenfor) ligger xx % over prisen for tilbuddet med den laveste pris.** Ved fastlæggelsen af procentsatsen, som benyttes til at beregne nulpunktet, vil der blive taget højde for det forud for tilbudsfristen forventede prisniveau samt spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser, således at modellen sikrer, at de enkelte underkriterier i praksis får den vægtning, som er angivet ovenfor.

Ovenstående er udtryk for, at "økonomi" vurderes relativt, således at tilbuddene vurderes op imod hinanden.

..."

Indenfor tilbudsfristen den 22. oktober 2018 havde Odsherred Kommune modtaget tilbud fra Schak Gaarde ApS og HedeDanmark.

Ved brev af 16. november 2018 til HedeDanmark meddelte Odsherred Kommune, at kommunen havde besluttet at tildele kontrakten til Schak Gaarde ApS. Brevet var vedhæftet evalueringsnotat af samme dato.

Ved brev af 17. december 2018 til HedeDanmark meddelte Odsherred Kommune, at kommunen havde foretaget en ny evaluering, da det i forbindelse med klagen var konstateret, at der var fejl i vægtningen af underkriterierne ved den tidligere foretagne evaluering af tilbuddene.

Kommunen meddelte samtidig, at kommunen også på baggrund af den fornyede evaluering havde besluttet at tildele kontrakten til Schak Gaarde ApS.

Brevet var vedlagt et revideret evalueringsnotat af 17. december 2018, hvoraf det fremgår, at evalueringen af tilbuddene skete med den vægtning af underkriterierne, der fremgår af udbudsbetingelserne.

Af notatet fremgår endvidere blandt andet følgende:

#### **”7. Evaluering af underkriterium A – Pris, tilbuddets Del 1**

Ved evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet "Pris" vil Ordregiver lægge vægt på den samlede tilbudspris, der fremgår af tilbudslistens samleside. Ved denne evaluering benyttes en lineær nulpunktsmodel, hvor udgangspunktet er, at 8 point gives til det tilbud, hvis ”økonomi”/”pris” (beregnet som angivet ovenfor) er lavest, **mens 0 point gives til tilbud, hvis ”økonomi”/”pris” (beregnet som angivet ovenfor) ligger xx % over prisen for tilbuddet med den laveste pris.** Ved fastlæggelsen af procentsatsen, som benyttes til at beregne nulpunktet, vil der blive taget højde for det forud for tilbudsfristen forventede prisniveau samt spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser, således at modellen sikrer, at de enkelte underkriterier i praksis får den vægtning, som er angivet ovenfor.

Ovenstående er udtryk for, at ”økonomi” vurderes relativt, således at tilbuddene vurderes op imod hinanden.

Den konkrete fastlæggelse af evalueringsintervallet er som nævnt ovenfor, baseret både på forventningerne til det konkrete markeds naturlige spredning, samt de aktuelle tilbudspriser. Konkret er højeste bud knap

11 % højere end laveste bud. Ved udbud af sammenlignelige opgaver i andre kommuner er der set spredninger på over 100%, men med tyngdepunktet liggende mellem 20 og 50%. Aktuelt vurderes det, at et evalueringsinterval på 40 % af laveste pris, i praksis sikrer den angivne vægtning af priskriteriet.

...

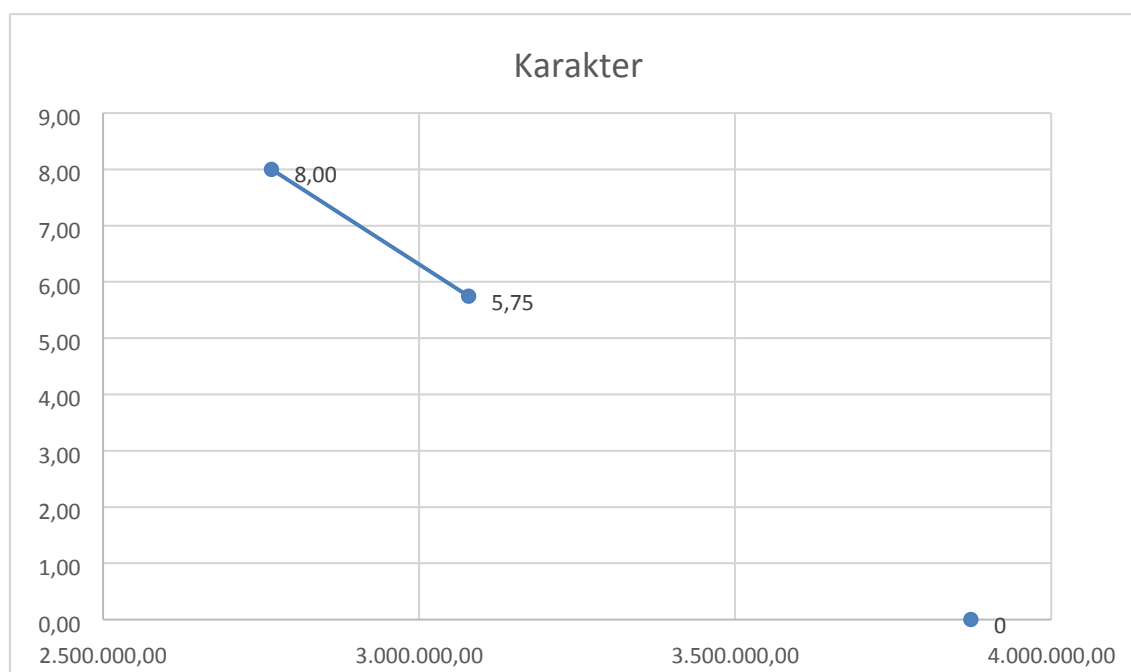
### Samlet vurdering af underkriterium A - Pris:

Den samlede tilbudssum for TBL:

Entreprenør	Samlet tilbudssum	Beregnet karakter
Schak Gaarde ApS	2.766.627,00	8,00
HedeDanmark A/S	3.078.516,00	5,75
<i>"Tænkt tilbud"</i> <i>Laveste + 40%</i>	<i>3.873.277,80</i>	<i>0,00</i>

**Tabel 2 Resultat af evaluering for underkriterium A – Pris**

...



**Figur 1 Karakter ift. tilbudssum**

## 8. Resultat af vurdering og anbefaling

Entreprenør	Beregnet karakter  Underkriterium A - Pris  Vægt 60%	Vurdering  Underkriterium B – Tilbudsgivers oplæg til samarbejdsaftale  Vægt 20%	Vurdering  Underkriterium C – Planlægning og leveringssikker- hed  Vægt 20%	Samlet Vurdering  Ax60%+ Bx20%+ Cx20%
Schak Gaarde ApS	8,00	5,70	4,50	6,84
HedeDanmark A/S	5,75	6,80	6,80	6,17

Tilbuddet fra Schak Gaarde ApS vurderes i henhold til de fastlagte til-  
delingskriterier, at have afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

...”

#### Parternes anbringender:

#### Ad ”fumus boni juris”

HedeDanmark har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 – 3  
gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Odsherred Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand  
1 – 3 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har HedeDanmark gjort gældende, at Odsher-  
red Kommune var forpligtet til at oplyse om hældningsgraden i udbudsma-  
terialet, da det økonomiske underkriterium var oplyst at vægte 60 %, jf. ud-  
budslovens § 160, stk. 1.

Af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og  
Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland kan alene udledes, at i et udbud  
hvor det økonomiske underkriterium vægter relativt lavt (35 %), stiller ud-  
budsloven ikke krav om, at spændet i den lineære pointmodel for det øko-  
nomiske underkriterium skal være oplyst.

Kendelsen er imidlertid ikke udtryk for, at ordregiver kan undlade at oplyse  
om hældningsgraden for lineære pointmodeller i alle udbud fremadrettet.

Kravet til Odsherred Kommunes beskrivelse af evalueringsmetoden må skærpes i en situation, hvor det pågældende underkriterium efter det i udbudsmaterialet oplyste vægter 60 %.

Efter udbudslovens § 160, stk. 1, skal Odsherred Kommune beskrive den evalueringsmetode, som skal anvendes, dvs. Odsherred Kommune skal beskrive den benyttede systematik. Hædningsgraden på den lineære pointmodel er en del af den benyttede systematik og skal derfor oplyses i udbudsmaterialet.

Formålet hermed er at sikre, at Odsherred Kommune ikke har et ubetinget frit valg i evalueringen. En evalueringsmetode, hvor hædningsgraden først fastlægges efter åbningen af tilbuddene, er ikke i overensstemmelse med bemærkningerne til udbudslovens § 160, stk. 1, og fratager desuden udbudslovens § 160, stk. 1, ethvert selvstændigt indhold.

Ved at acceptere at hædningsgraden først fastlægges efter åbningen af tilbuddene i et udbud, hvor det økonomiske underkriterium vægter 60 % og dermed har den største indflydelse på det samlede resultat af evalueringen, gives Odsherred Kommune reelt et frit valg ved evalueringen. Hædningsgraden er først fastlagt af Odsherred Kommune efter åbning af tilbuddene, og hædningsgraden er derfor blevet fastlagt på et tidspunkt, hvor Odsherred Kommune har haft kendskab til både de indkomne priser og tilbudsgivernes besvarelser af de kvalitative kriterier. Herved har der været stor risiko for, at Odsherred Kommune har ladet uvedkommende subjektive hensyn influere på fastlæggelsen af hædningsgraden, og der er risiko for favorisering af tilbudsgiverne.

At Odsherred Kommune netop har haft valgfrihed til at vælge frit blandt de to tilbudsgivere i dette udbud understreges tydeligt af de fremlagte beregninger, hvor tildelingen af kontrakten netop afhænger af hædningsgraden. Havde Odsherred Kommune anvendt en hædningsgrad på 69 % i stedet for 40 % havde dette medført et andet udfald i forhold til kontrakttildelingen. Et forhold som det ikke var muligt for (potentielle) tilbudsgivere at inddrage i vurderingen af, om de skulle deltage i udbuddet, eller hvordan tilbudsgiver bedst kunne optimere deres tilbud.

Den reelle prisforskel mellem de to indkomne tilbud var 11 %. Ved den valgte hædningsgrad på 40 % har denne forskel udmøntet sig i en pointfor-



skel på 2,25 point, dvs. en pointforskel på over 28 %. En hældningsgrad på 100 % ville afspejle en prisforskel på de indkomne tilbud 1:1.

Derudover kan en efterfølgende fastlæggelse af hældningsgraden risikere at forrykke balancen mellem de offentliggjorte vægte af det økonomiske underkriterium på den ene side og de kvalitative underkriterier på den anden side. Det økonomiske underkriterium vil alt andet lige vægte højere ved en hældningsgrad på 40 % end en hældningsgrad på 100 %.

Ved en efterfølgende fastsættelse af hældningsgraden vil det ikke være muligt, at de offentliggjorte vægte respekteres for samtlige tilbudsgivere på én gang. Manglende fastlæggelse af hældningsgraden skaber dermed en betydelig risiko for favorisering i strid med formålet med § 160 – særligt når der som i dette udbud alene er indkommet to tilbud.

Odsherred Kommune havde forud for offentliggørelse af udbuddet et meget vidt skøn i forhold til at beslutte, hvilken evalueringsmetode der skulle anvendes i udbuddet. Fastlægges den fulde evalueringsmodel først efter åbningen af de indkomne tilbud, må dette skøn være mere begrænset og alene bygge på objektive forhold og ikke som sket i dette udbud på subjektive forhold, som reelt giver Odsherred Kommune et ubetinget frit valg, og som HedeDanmark som påpasselig tilbudsgiver ikke havde haft mulighed for at indarbejde i tilbudsafgivelsen.

De forhold, der lå til grund for fastlæggelsen af hældningsgraden, var – på nær de indkomne priser – forhold, som Odsherred Kommune havde kendskab til forud for offentliggørelsen af udbuddet, hvorfor det var muligt for Odsherred Kommune at angive en hældningsgrad og evt. en subsidiær evalueringsmetode i udbudsmaterialet.

Odsherred Kommune havde desuden kendskab til HedeDanmarks pris for den eksakt samme udbudte kontrakt forud for offentliggørelsen af dette udbud, idet Odsherred Kommune havde udbudt samme kontrakt 2 måneder tidligere. Dette udbud blev annulleret, da Odsherred Kommune alene modtog et tilbud.

Der ses således ikke at være nogen reel grund for Odsherred Kommune til at anvende en evalueringsmetode, hvor evalueringsmodellen ikke er beskrevet fuldt ud, da alle de forhold, som Odsherred Kommune efterfølgende

anvendte til fastlæggelsen af hændningsgraden, allerede var kendte på tidspunktet for offentliggørelse af udbuddet. Der var således ikke noget til hinder for, at Odsherred Kommune havde fastlagt hændningsgraden forud for offentliggørelse af udbuddet og oplyst tilbudsgiverne om dette.

Formålet med kravet om forudgående offentliggørelse af evalueringsmetoden er bl.a. at give tilbudsgiverne bedre mulighed for at optimere deres tilbud. Også dette taler afgørende for, at hændningsgraden på pointskalaen skal offentliggøres.

Det er ganske sædvanligt, at tilbudsgiverne har en stor indsigt i markedspriserne, herunder konkurrenternes prisniveauer, og tilbudsgiverne vil således ofte have en forventning til de afgivne tilbudspriser. Ved kendskab til hændningsgraden på pointskalaen sikres tilbudsgiverne bedre mulighed for at forudsige, hvilket pointtal en given tilbudspris vil medføre, og hermed opnår de bedre forudsætninger for at afgive et tilbud med den rette balance af pris og kvalitet. De sikres endvidere bedre mulighed for at vurdere, om de overhovedet ønsker at deltage i udbuddet.

Hensynet til at give tilbudsgiverne bedre mulighed for at optimere deres tilbud og give virksomhederne bedre grundlag for at vurdere, om de overhovedet ønsker at deltage i et udbud, varetager udbudslovens overordnede formål om at begrænse transaktionsomkostningerne for alle de virksomheder, der deltager i udbud.

Endelig varetager gennemsigtighedsforpligtelsen et kontrolhensyn, nemlig at tilbudsgiverne har mulighed for at efterse, at den faktiske tilbudsevaluering flugter med ordregiverens evalueringsmetode.

Formålet med kravet om forudgående offentliggørelse af evalueringsmetoden kan således alene til fulde opnås, hvis den offentliggjorte evalueringsmetode er beskrevet tilstrækkeligt præcist. Er det ikke tilfældet, forspildes hele formålet med og intentionen bag kravet om forudgående offentliggørelse.

Ifølge udbudslovens forarbejder kan ordregiveren benytte sig af sekundære evalueringsmetoder. Det er dog et krav, at (også) disse er fastlagt på forhånd og beskrevet klart i udbudsmaterialet, ligesom det skal beskrives,

hvilke objektivt konstaterbare forhold der ”aktiverer” dem, således at det også her er et spørgsmål om begrænsning af det frie valg.

Formålet med og hensigten bag sekundære evalueringemetoder må ses som en konsekvens af pligten til at beskrive den fulde evalueringemetode, herunder hældningsgraden, i udbudsmaterialet. Det skyldes, at sekundære evalueringemetoder netop giver ordregiverne mulighed for at tilpasse hældningsgraden i den situation, hvor spredningen i de faktisk indkomne priser viser sig anderledes end den forventede spredning, som den primære evalueringemetode er bygget op efter. Såfremt ordregivere har mulighed for frit at tilpasse en primær evalueringemetode under hensyntagen til den faktiske spredning i de indkomne tilbud, er det vanskeligt at se et behov for sekundære evalueringemetoder.

Muligheden for at anvende sekundære evalueringemetoder sikrer netop, at evalueringsmodellen kan tage højde for eventuelle udsving i forhold til det forventede prisniveau.

HedeDanmark har endvidere til støtte for sine synspunkter henvist til et lovforslag, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fremsatte den 5. oktober 2018 om ændring af udbudsloven samt bemærkningerne hertil.

Særligt vedrørende påstand 2 har HedeDanmark gjort gældende, at Odsherred Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, da Odsherred Kommune ikke i tilstrækkelig grad har oplyst, hvorledes evalueringen af tilbuddene ville ske for så vidt angår det økonomiske underkriterium, herunder hvilke faktorer der lå til grund for det efterfølgende valg af hældningsgraden på den lineære pointmodel.

Den beskrivelse, som Odsherred Kommune har angivet i udbudsmaterialet, er reelt indholdsløs, idet tilbudsgiverne ikke får fuld indsigt i den konkrete models systematik. Beskrivelsen angiver ikke, hvorledes Odsherred Kommune ved fastlæggelsen af hældningsgraden ville sikre fastholdelsen af underkriteriernes vægtning. Det blev heller ikke nærmere beskrevet, hvad der skulle forstås ved ”unormalt lave eller unormalt høje priser”, og hvad det ville sige, at priserne ville blive ”justeret” herfor.

Selv om Odsherred Kommune på tidspunktet for offentliggørelse af udbudet var bekendt med de forventede prisspænd i markedet – både fra andre

kommuner og internt bl.a. som følge af annulleret udbud – blev der ikke oplyst herom.

I en situation som den foreliggende, hvor Odsherred Kommune agter at tage udgangspunkt i det forventede prisspænd ved fastlæggelsen af hældningsgraden, følger som minimum en forpligtelse til at angive dette spænd i udbudsmaterialet samt at konkretisere, under hvilke omstændigheder man agter at fravige udgangspunktet.

Det er ikke muligt ved den efterfølgende fastlæggelse af hældningsgraden at sikre, at de enkelte underkriterier i praksis får den vægtning, som er fastsat i udbudsmaterialet.

De relative vægte er forskellige alt afhængig af, hvilken tilbudsgiver man vurderer det i forhold til. Eneste sikre holdepunkt er, at tilbuddet med laveste pris – og dermed maksimumpoint – altid er garanteret den oplyste vægtning for det økonomiske underkriterium, uanset hvilken hældningsgrad modellen anvender. Dette gælder ikke de øvrige tilbudsgivere. I denne sag resulterede HedeDanmarks reelle prisforskel på 11 % i en reel pointforskel på 27,5 %. Dette var ikke forventeligt ud fra Odsherred Kommunes oplysninger i udbudsmaterialet.

Selv tilbudsgivere med indsigt i markedspriserne ville ikke kunne forudsige, hvilken forventet prisspredning Odsherred Kommune lagde til grund, samt i hvilken grad Odsherred Kommune ville tage hensyn til spredningen i de faktisk indkomne priser.

Ud fra det, der er anført i evalueringsnotatet om fastlæggelsen af hældningsgraden, er der åbenlyst ikke taget hensyn til det forhold, at der alene er en prisforskel på de indkomne priser på 11 %, hvilket kunne retfærdiggøre en hældningsgrad tættere på de 100 %, når man samtidig havde for øje, at det økonomiske underkriterium vægtede 60 %. Ved at vælge en hældningsgrad på 40 % har Odsherred Kommune i stedet valgt at straffe en lille prisforskel ekstra hårdt.

Hældningsgraden er således ikke korrigeret på baggrund af de indkomne priser til trods for, at Odsherred Kommune selv har angivet dette i udbudsmaterialet.

Det var ikke muligt for påpasselige tilbudsgivere at se denne konsekvens – at det økonomiske underkriterium reelt ville vægte betydeligt mere end de oplyste 60 % – da Odsherred Kommune først efter åbningen af de indkomne tilbud har fastsat en meget lav hældningsgrad for evalueringsmodellen. Odsherred Kommune har derved ikke fuldt ud oplyst om, hvilke underkriterier/delkriterier der ville indgå i vurderingen med en særlig vægtning, hvilket er i strid med principperne i udbudslovens § 2.

Særligt vedrørende påstand 1 og 2 har Odsherred Kommune gjort gældende, at pligten til at beskrive evalueringsmetoden i medfør af udbudslovens § 160 er en opfindelse af dansk lovgiver, som ikke finder støtte i udbudsdirektivet (2014/24/EU) eller EU-domstolens praksis. Dette er generelt fastslået i EU-Domstolens dom i sag C-6/15 (TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest).

Det er endvidere entydigt fastslået for danske forhold i kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland ("KFST-kendelsen"), at udbudslovens § 160 derfor "ikke skal fortolkes videre, end dens ordlyd og bemærkningerne giver sikker dækning for." Klagenævnet har endvidere i kendelse af 9. januar 2019, Wedel Installation ApS mod Københavns Universitet, mere principielt udtalt, at "Det forhold, at Københavns Universitet i udbudsmaterialet ikke på forhånd havde fastsat den procentuelle hældningsgrad på den lineære pointmodel, er ikke i sig selv i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, jf. herved også klagenævnets kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland."

Det følger af udbudslovens bemærkninger, at beskrivelsen af evalueringsmetoden indebærer beskrivelsen af en systematik, som skal gøre det klart for de potentielle ansøgere og tilbudsgivere, hvad ordregiveren vil tillægge betydning vedrørende det enkelte under- og delkriterium, således at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen. De potentielle ansøgere og tilbudsgivere har derved et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud, og de kan optimere deres tilbud. Endelig sikrer det, at tilbudsgiverne får bedre mulighed for at kontrollere ordregiverens tilbudsevaluering.

Evalueringsmetoden i dette udbud er i al væsentlighed identisk med den, som Region Midtjylland anvendte i det udbud, som KFST-kendelsen angik.

I KFST-kendelsen blev det fastslået, at en sådan evalueringsmetode medfører, at hælningsgraden ikke meningsfuldt kan fastsættes, forud for at der opnås kendskab til tilbuddenes indhold.

Det er et generelt udbudsretligt princip, at det enkelte udbud må anskues og vurderes uafhængigt af andre og tidligere udbud, jf. også kendelse af 26. februar 2016, HRH Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod AlmenIndkøb v/Lejerbo (Administrationsorganisationen), forudsætningsvist. Det bestrides, at Odsherred Kommune var forpligtet til på forhånd at fastsætte og offentliggøre hælningsgraden, alene fordi kommunen via det aflyste udbud havde opnået kendskab til prisspredningen.

Det bemærkes i den forbindelse, at det aflyste udbud ikke var ens med udbuddet i denne sag. Kommunen havde således som et helt centralt element forandret vægtningen af priskriteriet fra 50 % til 60 %, og de øvrige kvalitative kriterier blev hver ændret fra 25 % til 20 %. Herudover var antallet af tilladte kvalitative beskrivelser og redegørelser begrænset fra 5 til 3 sider pr. underkriterium, og underkriterium B, ”Samarbejde”, var reduceret fra otte til tre delkriterier. Underkriterium C, ”Planlægning og leveringssikkerhed”, var også blevet reduceret fra fire til tre delkriterier.

Der har således været tale om en omkalfatring af centrale dele af udbudsmaterialet. De indkomne tilbud under det oprindelige udbud kunne allerede af den grund i ingen sammenhænge anvendes som et forventet prisbillede for det i sagen påklagede. Desuden modtog Odsherred Kommune kun ét tilbud under det oprindelige, aflyste udbud. Det er ikke muligt at forudsige en spredning, hvor der kun modtages ét tilbud. Også af den grund kunne det indkomne tilbud ikke skabe nogen forudgående indsigt i prisniveauet for den udbudte ydelse.

Genudbuddet indebar også en anderledes kontraktstruktur, hvor en oprindeligt samlet kontrakt opdeltes i flere med henblik på at imødekomme også mindre virksomheder. Det må rimeligvis antages, at en sådan grundlæggende ændring af ydelsessammensætning og omfang af det udbudte isoleret set må indvirke på prisniveauet, blandt andet under hensyntagen til de reducerede stordriftsfordele.

Kommunen har ikke haft et ubetinget frit valg ved evalueringen. Kommunen skulle således overholde de fastsatte vægtninger, 60 % for priskriteriet,

20 % for samarbejdskriteriet, og 20 % for et kriterium om planlægning og sikkerhed, ligesom kommunen skulle anvende en lineær nulpunktmodel. Desuden skulle kommunen ved fastlæggelsen af procentsatsen til beregning af nulpunktet tage højde for det forud for tilbudsfristen forventede prisniveau samt spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser. Kommunen har i sit evalueringsnotat nøje beskrevet grundlaget for sit valg af hældningsgrad.

Lovbemærkningerne kvalificerer som anført i KFST-kendelsen ikke nærmere, hvordan et forudgående kendskab til en hældningsgrad i sig selv skulle bevirke, at potentielle tilbudsgivere med markedskendskab skulle kunne opnå et bedre grundlag for at vurdere, om man ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud, eller hvordan tilbudsgivere kan optimere deres tilbud.

I KFST-kendelsen vægtede prisen 35 %, og klagenævnet vurderede allerede på dette grundlag, at en sådan vægtning utvivlsomt måtte tilvejebringe en forståelse hos potentielle deltagere om, at det er afgørende ikke at afgive et for dyrt tilbud. Dette må så meget desto mere gælde i denne sag, hvor priskriteriet vægtede med 25 % mere, i alt 60 %, jf. også klagenævnets kendelse af 9. januar 2012, RenoNorden A/S mod Skive Kommune, forudsætningsvist.

Tilbudsgiverne har fuldt ud kunnet kontrollere, at Odsherred Kommune har overholdt evalueringsmetoden og HedeDanmarks alternative beregninger til hældningsgrader bekræfter dette.

Det bestrides, at den blotte vægtning af priskriteriet med 60 % kan begrunde, at der stilles skærpede gennemsigthedskrav.

Det bestrides endvidere, at små prisforskelle skal udløse små pointforskelle. En hældningsgrad har til formål at oversætte prisforskelle på en måde, som modsvarer den relative vægtning af priskriteriet i forhold til de kvalitative kriterier. Vægter priskriteriet relativt højt, er der belæg for også at tillægge mindre prisforskelle relativt høj betydning. Dette følger også forudsætningsvist af kendelse af 9. januar 2012, RenoNorden A/S mod Skive Kommune.

Klagenævnet har endvidere i kendelse af 23. juli 2018, IA Sprog mod Københavns Kommune, anført, at ”Alle modeller, hvor laveste pris indgår som et parameter, har i sagens natur en vis grad af uforudsigelighed”, og at ”Efter klagenævnets praksis er pointmodeller som udgangspunkt kun uforudsigelige, hvis de fører til en ekstremt stejl kurve, f.eks. tidobling i forskellen i point for pris i forhold til forskellen i tilbudte priser, eller hvis de ikke kan rumme en spredning på 10-20 % i priserne”, samt at ”Den procentvise forskel i pris vil sjældent udmønte sig i én-til-én procentvis forskel i point for pris, når der anvendes lineære modeller, da det vil afhænge af det fastsatte spænd, hvilken forskel i kr. hvert point i skalaen svarer til.”

Det er ikke gennemskueligt, hvorfor HedeDanmark i sit bilag 9 har anvendt en vægtning, som ikke svarer til den i udbuddet. Allerede af denne årsag må beregningerne afvises som hypotetiske. Også beregningerne i bilag 9a må afvises. HedeDanmark har for det første som følge af en regnefejl indsat en uanvendelig vægtning af det kvalitative underkriterium, ”Planlægning og leveringssikkerhed vægt”, i sin vægtning i bilag 9a, som bevirker, at de samlede vægtninger udgør 105 % (0,60 – 0,20 – 0,25).

Korrigeres ovenstående fejl til de retvisende 60 %, 20 % og 20 %, bevirker dette, at hældningsgraden skulle være 81 %, før HedeDanmark kunne tildeles kontrakten og ikke 69 %.

Lægges en hældningsgrad på 81 % (eller i øvrigt 69 %) til grund, nærmer den forholdsmæssige forskel i point sig den tilsvarende forholdsmæssige forskel i pris. Dette vil efter kommunens vurdering ikke oversætte prisforskelle på en måde, som modsvarer den høje vægtning af priskriteriet i forhold til de kvalitative kriterier. En hældningsgrad på 80 % må anses for mindre egnet, idet denne alene vil tilgodese tilbud, som prismæssigt er væsentligt højere end det laveste indkomne tilbud, uanset at priskriteriet vægter 60 %.

Selv om HedeDanmarks forkerte synspunkter lægges til grund, er der heller ikke holdepunkter herfor i praksis, herunder i KFST-kendelsen:

	KFST-kendelsen		Aktuelle sag
	Delaftale 1	Delaftale 2	
Priskriteriets vægtning	35,00 %	35,00 %	60,00 %
Anvendt hældningsgrad	75,00 %	75,00 %	40,00 %



Procentuel forskel i pris (dyreste og billigste)	38,45 %	143,4 %	11,27 %
Procentuel forskel i point (dyreste og billigste)	17,58 %	36,27 %	28,13 %
Difference mellem pris og point i procentpoint	20,87 %	107,13 %	<b>16,86 %</b>

Som det ses af ovenstående, blev den procentuelle difference mellem pris og point i procentpoint accepteret af klagenævnet, uanset at differencen var højere end i denne sag, og uanset at priskriteriet vægtede højere end i Region Midtjyllands udbud, hvilket i sagens natur indebærer en højere tolerance for udsving i den procentuelle difference mellem pris og point i procentpoint.

Det omtalte forslag til ændring af udbudsloven er ikke gældende ret, men et udtrykkeligt opgør med den retsopfattelse, som følger af klagenævnets og EU-domstolens praksis. Lovforslaget vil heller ikke på tidspunktet for sin eventuelle ikrafttræden gælde for udbuddet i denne sag. Klagesagen skal derfor udelukkende påkendes inden for rammen af den nugældende udbudslov, udbudsdirektivet (2014/24/EU) og den foreliggende klagenævns- og domstolspraksis.

Særligt vedrørende påstand 3 har HedeDanmark gjort gældende, at de overtrædelser af udbudsreglerne, som er beskrevet under påstand 1-3, er af en sådan karakter, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Særligt vedrørende påstand 3 har Odsherred Kommune gjort gældende, at der af de grunde, som er anført under påstand 1 og 2, ikke er grundlag for at annullere Odsherred Kommunes beslutning om tildeling.

#### Ad uopsættelighed

HedeDanmark har gjort gældende, at kravet om uopsættelighed er opfyldt, da reglerne om erstatning ikke yder HedeDanmark et tilstrækkeligt værn i den foreliggende situation.

Karakteren af de påpegede overtrædelser er af en særlig grov karakter. I tilfælde af at kontrakt måtte blive indgået, vil denne således efterfølgende kunne blive erklæret uden virkning.

Kontrakten har en væsentlig værdi og skal løbe i 4 år med mulighed for forlængelse i yderligere op til 2 år.

HedeDanmarks efterfølgende mulighed for at søge erstatning modsvarer ikke den konkurrencemæssige fordel, der er forbundet med at få tildelt kontrakten.

Odsherred Kommune har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at antage, at HedeDanmark vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, som kan afværges ved, at klagen tillægges opsættende virkning. Det påhviler HedeDanmark at bevise, at en manglende imødekommelse af anmodningen om opsættende virkning vil indebære, at HedeDanmark vil lide en uoprettelig skade. HedeDanmark har ikke fremført nogen argumentation eller dokumentation til støtte for, at HedeDanmark vil lide nogen nævneværdig skade ved ikke at få kontrakten tildelt. HedeDanmark har ifølge egne regnskaber formået en nettoomsætning på ikke under 1.500.000.000 kr. hvert år siden 2013, hvorunder den i sagen omhandlede kontrakt værdimæssigt udgør 2,5 % af denne omsætning.

Det bestrides, at såfremt kontrakt måtte blive indgået, vil denne efterfølgende kunne blive erklæret uden virkning. Klagenævnets sanktion ”uden virkning” er udtømmende begrænset til de forhold, som er anført i klagenævnetslovens §§ 16 – 17. Ingen af disse forhold har forbindelse til de påstande, som HedeDanmark har nedlagt. Eventuel medhold i påstand 3 vil i udgangspunktet i yderste konsekvens indebære en pligt til at bringe kontrakten til ophør i medfør af udbudslovens § 185, stk. 2, og dermed gennemtvinge et genudbud, som HedeDanmark kan søge at deltage i.

#### Ad interesseafvejning

HedeDanmark har gjort gældende, at HedeDanmark har en væsentlig interesse i, at denne sag, som har et for branchen betydeligt økonomisk omfang, prøves inden indgåelse af kontrakt. Denne interesse bør gives forrang for Odsherred Kommunes interesser.

Odsherred Kommune har gjort gældende, at kommunen er vandløbsmyndighed for alle typer vandløb, herunder åbne og rørlagte vandløb, gravede

kanaler og dræn. Kommuner har pligt til at vedligeholde alle kommunens offentlige vandløb i henhold til vandløbsregulativerne.

Manglende vedligeholdelse er af væsentlig betydning for plante- og dyreliv. Dette udgør i udbudssammenhænge et anerkendt, væsentligt hensyn til almenhedens interesser, der bør veje tungere end HedeDanmarks interesse i at få sagen prøvet, fordi kontrakten har et for branchen betydeligt økonomisk omfang.

#### Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.”

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 klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet følgende:

#### Ad påstand 1

Sådan som påstanden er nedlagt, angår den spørgsmålet om pligt til offentliggørelse af hældningsgrad.

Odsherred Kommune havde i "Bestemmelser om Udbud og Tilbud – BUT" om evalueringen af underkriteriet "Pris" fastsat og oplyst, at der ville blive benyttet en lineær pointmodel, at maksimumpoint ville blive givet til tilbuddet med den laveste pris, og at 0 point ville blive givet til det tilbud, der lå "xx %" over tilbuddet med den laveste pris.

Samtidig var det oplyst, at der ved fastlæggelsen af den procentsats, som ville blive benyttet til at beregne nulpunktet, ville blive taget højde for det prisniveau, der forventedes forud for tilbudsfristen, samt for spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser.

Ordregiverens forpligtelse til efter udbudslovens § 160, stk. 1, at beskrive evalueringemetoden i udbudsmaterialet indebærer, at den benyttede systematik skal oplyses. En på forhånd fastlagt evalueringstype skal navnlig sikre, at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen.

Odsherred Kommunes evalueringstype indebærer, at kommunen bandt sig til at anvende en lineær pointmodel med hensyntagen til spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser. I evalueringstypen har Odsherred Kommune beskrevet, på hvilket grundlag hældningsgraden herefter er fastlagt, og kommunen har ved fastsættelse af hældningsgraden anvendt de parametre, der var oplyst om i udbudsbetingelserne. Tilbudsgiverne har på den baggrund kunnet kontrollere, at Odsherred Kommune overholdt den evalueringstype, som var fastsat i udbudsbetingelserne.

Der er derfor heller ikke i et tilfælde som det foreliggende hjemmel til efter udbudslovens § 160, stk. 1, at stille krav som anført i påstand 1 om, at hældningsgraden på den lineære pointmodel, der skulle anvendes ved evalueringen af tilbuddene for så vidt angår det økonomiske underkriterium,

skulle være oplyst i udbudsmaterialet, jf. klagenævnets kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland.

Den omstændighed, at prisen vægtede 60 %, og det af HedeDanmark i øvrigt anførte kan ikke føre til et andet resultat.

Der er derfor på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke udsigt til, at klagenævnet vil tage påstand 1 til følge.

#### Ad påstand 2

Efter det, som er anført under påstand 1, er der ikke grundlag for at fastslå, at Odsherred Kommune har tilsidesat udbudslovens § 160, stk. 1, som anført i påstand 2 ved ikke i tilstrækkelig grad at have beskrevet evalueringsmetoden og de forhold, som kommunen ville tillægge betydning ved tilbudsevalueringen.

Der er derfor på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke udsigt til, at klagenævnet vil tage påstand 2 til følge.

#### Ad påstand 3

På det foreløbige grundlag, der foreligger, er der under henvisning til det ad påstand 1 og 2 anførte ikke udsigt til, at klagenævnet vil tage påstand 3 til følge.

Betingelse nr. 1 (*fumus boni juris*) er på det foreløbige grundlag, der foreligger, 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.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig