

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Heli Service International GmbH
(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

mod

Ørsted Wind Power A/S
(advokat Jeppe Lefevre Olsen, Aarhus)

Klagenævnet har den 17. oktober 2022 modtaget en klage fra Heli Service International GmbH (herefter ”Heli Service”).

Heli Service har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Ørsted Wind Power A/S (herefter ”Ørsted”) har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 4, svarskrift med bilag A – F, replik med bilag 5 og duplik med bilag G – H.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1a

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med udbudslovens § 160 og Forsyningsvirksomhedsdirektivets (direktiv 2014/25/EU) art. 82, stk. 4 samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i art. 36 ved at lægge vægt på at ”spare capacity aircrafts are located on site in Norden-Norddeich Airport and/or if the proposed aircrafts for the Lot 1 scope had a mixed fleet as this would increase the flexibility for the solution proposed” i evalueringen af delkriteriet ”(a) Proposal fulfilment of Scope of Services” relateret til underkriteriet ”Technical Solution & Project Proposal”, idet det ikke i udbudsbetingelserne var anført, at dette var elementer, der kunne indgå i evalueringen af delkriteriet, og idet elementerne ikke naturligt kan rummes under beskrivelsen af delkriteriet, hvorfor en almindelig påpasselig tilbudsgiver ikke kunne vide, at elementerne ville indgå i evalueringen af underkriteriet.

Påstand 1b

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med udbudslovens § 160 og Forsyningsvirksomhedsdirektivets (direktiv 2014/25/EU) art. 82, stk. 4 samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i art. 36 ved at lægge vægt på at besætningen var ”immediately available” i evalueringen af delkriteriet ”(b) Robustness of the service offered” relateret til underkriteriet ”Technical Solution & Project Proposal”, idet det ikke i udbudsbetingelserne var anført, at dette var et element, der kunne indgå i evalueringen af delkriteriet, og idet elementet ikke naturligt kan rummes under beskrivelsen af delkriteriet, hvorfor en almindelig påpasselig tilbudsgiver ikke kunne vide, at elementet ville indgå i evalueringen af underkriteriet.

Påstand 1c

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med udbudslovens § 160 og Forsyningsvirksomhedsdirektivets (direktiv 2014/25/EU) art. 82, stk. 4 samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i art. 36 ved at lægge vægt på ”[t]he capacity for passenger transport” og at en ”[h]igher grade could be achieved if even larger type of helicopter was proposed with higher seating capacity” i evalueringen af delkriteriet ”(c) Capacity and size of the helicopter type offered” relateret til underkriteriet ”Technical Solution & Project Proposal”, idet det ikke i udbudsbetingelserne var anført, at dette var elementer, der kunne indgå i evalueringen af delkriteriet, og idet elementerne ikke naturligt kan rummes under beskrivelsen af delkriteriet, hvorfor en almindelig påpasselig tilbudsgiver ikke kunne vide, at elementerne ville indgå i evalueringen af underkriteriet.

Påstand 1d

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med udbudslovens § 160 og Forsyningsvirksomhedsdirektivets (direktiv

2014/25/EU) art. 82, stk. 4 samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i art. 36 ved at lægge vægt på at ”the entire fleet should have been with even higher performance” i evalueringen af delkriteriet ”(f) Performance of the helicopter type offered” relateret til underkriteriet ”Technical Solution & Project Proposal”, idet det ikke i udbudsbetingelserne var anført, at dette var et element, der kunne indgå i evalueringen af delkriteriet, og idet elementet ikke naturligt kan rummes under beskrivelsen af delkriteriet, hvorfor en almindelig påpasselig tilbudsgiver ikke kunne vide, at elementet ville indgå i evalueringen af underkriteriet.

Påstand 1f

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med udbudslovens § 160 og Forsyningsvirksomhedsdirektivets (direktiv 2014/25/EU) art. 82, stk. 4 samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i art. 36 ved at lægge vægt på at helikopterne var ”readily available at Norden-Norddeich airport as extra service capacity” i evalueringen af delkriteriet ”(g) Options fulfilment” relateret til underkriteriet ”Technical Solution & Project Proposal”, idet det ikke i udbudsbetingelserne var anført, at dette var et element, der kunne indgå i evalueringen af delkriteriet, og idet elementet ikke naturligt kan rummes under beskrivelsen af delkriteriet, hvorfor en almindelig påpasselig tilbudsgiver ikke kunne vide, at elementet ville indgå i evalueringen af underkriteriet.

Påstand 2a

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsdirektivets (direktiv 2014/25/EU) artikel 36, stk. 1, ved åbenbart at have overskredet grænsen for sit skøn ved evalueringen af delkriteriet a) ”Proposal fulfilment of Scope of Service”, når Indklagede har tillagt det negativ betydning, at Klagers tilbudte løsning indebærer helikoptere placeret i Emden lufthavn.

Påstand 2b

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i Forsyningsvirksomhedsdirektivets (direktiv 2014/25/EU) art. 36 ved at foretage en objektiv forkert evaluering af Klagers opfyldelse af kravene i relation til delkriteriet ”(b) Robustness of the service offered”, idet Indklagede i evalueringen har lagt vægt på at besætningen ikke var ”immediately available”, på trods af, at det fremgik af Klagers tilbud, at den tilbudte besætning var direkte tilgængelig.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i Forsyningsvirksomhedsdirektivets (direktiv 2014/25/EU) art. 36 ved at evaluere tilbuddet

fra Helicopter Travel Munich GmbH mere positivt end tilbuddets elementer berettiger.

Påstand 4 (subsidiær til påstand 1a – 1f, påstand 2a-2b og påstand 3)
Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med udbudslovens § 160 og Forsyningsvirksomhedsdirektivets (direktiv 2014/25/EU) art. 82, stk. 4, samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i art. 36 ved ikke at fastlægge og beskrive indholdet af evalueringsmodellen i tilstrækkelig grad og/eller ved at anvende en evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal annullere Indklagedes beslutning af 6. oktober 2022 om at tildele Helicopter Travel Munich GmbH kontrakten.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med § 2, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud (lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016) og forsyningsvirksomhedsdirektivets (direktiv 2014/25/EU) artikel 75, stk. 2, litra c, samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsdirektivets artikel 36, stk. 1, da Indklagedes underretning om tildeling af kontrakt af 6. oktober 2022 ikke indeholder en tilstrækkelig begrundelse for beslutningen.”

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

Da påstand 6 efter fast klagenævnspraksis ikke kan føre til annullation af tildelingsbeslutningen, og dermed heller ikke kan danne grundlag for, at klagen tillægges opsættende virkning, behandles denne påstand ikke yderligere i denne kendelse.

Andre oplysninger i sagen:

Ørsted udbød via en eksisterende kvalifikationsordning ved invitation af 14. oktober 2021 som udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet en kontrakt, opdelt i to delkontrakter, om helikopterydelser i forbindelse med konstruktion og drift af tyske havvindmølleparker til en samlet anslået værdi af 13 mio. euro. Udbuddet blev gennemført via Ørstedes egen udbudsplatform.

Ørsted har oplyst, at Ørsted ejer og driver bl.a. fire store havvindmølleparker i det tyske farvand cirka 50 kilometer nord for Norden-Norddeich lufthavn i

det nordvestlige Tyskland. Havvindmølleparkerne forsyner bl.a. det tyske marked og udgør på grund af deres størrelse en essentiel del af den nordtyske forsyningssikkerhed. Ørsted er desuden i færd med at opføre to yderligere havvindmølleparker i Nordtyskland. Til disse havvindmølleparkeres opførelse og drift har Ørsted brug for helikopterydelser, herunder både til Heli-Hoist Operations (HHO), hvor serviceteknikere bliver fløjet ud til vindmøllerne og firet ned, og til anden/almindelig transport af Ørsteds og underleverandørers mandskab samt transport af skibsbesætninger. Disse to ydelser blev opdelt i to delkontrakter under samme udbud, henholdsvis ”Lot 1: Heli-Hoist Operations” og ”Lot 2: Crew Transport Services”.

Klagen angår ”Lot 1: Heli-Hoist Operations”.

Lot 1 ville blive tildelt det økonomisk mest fordelagtige tilbud på baggrund af tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”.

Af udbudsbetingelserne ”Tender Conditions” punkt 2.2.2 fremgår, at Lot 1 vil få base i Norden-Norddeich lufthavn, og at Lot 2 vil få base i Emden lufthavn. Af udbudsbetingelserne fremgår videre bl.a.:

”...

2.2 The Contract

...

2.2.2 The scope of services for the tender comprises of the supply of heli-hoist operations and helicopter crew transport services. The helicopter services will support Ørsted’s offshore wind farms under construction and operation in the German Bight. Heli-hoist operations will primarily be used for trouble-shooting flights to transport and hoist technicians from shore directly (or via an OSS heli-deck) to the wind turbine generator. Crew change flights will transport personnel between shore and the offshore accommodation facilities and transfer cargo between offshore sites and vessels. Regular scheduled flights will be required for crew changes of offshore personnel.

...

3 Award and Evaluation

3.1 Award Criteria for Lot 1 and 2

...

3.1.2 The economically most advantageous Tender will be identified on the basis of the following award criteria:

For Lot 1: Heli-Hoist Operations.

Award Criteria	Sub-Criteria
1) Evaluated Price – 45%	<ul style="list-style-type: none"> • Total contract price - 90% • Price of options - 10%
2) Technical Solution & Project Proposal – 40%	<ul style="list-style-type: none"> a) Proposal fulfilment of Scope of Service - 45% b) Robustness of service offered - 10% c) Capacity and size of the helicopter type offered - 10% d) Helicopter technology and equipment enhancing Situational Awareness and Safety - 10% e) Proposal maintenance, personnel, safety, organisation and base setup - 10% f) Performance of the helicopter type offered - 10% g) Options fulfilment - 5% <p>See Annex F – Project Proposal Data Sheet for additional details</p>
3) Health, Safety & Environment – 15%	<ul style="list-style-type: none"> • HSE targets and relevant HSE initiatives - 12.5% • Risk management - 25% • Management of sub-contractors - 12.5% • Training - 12.5% • Compliance with legal requirements - 12.5% • Environmental management - 25% <p>See Annex G – HSE Questionnaire for additional details</p>

...

3.2 Evaluation scale

3.2.1 The Contracting Entity will apply an evaluation model with the below scale from 0-10 points, where 10 is the highest score.

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

...

5 Evaluation of qualitative criteria

5.1 General

5.1.1 Apart from price the evaluation is divided into the qualitative criteria set out in section 3. The points awarded for each qualitative criterion will be multiplied with the percentages specified in Table 1 – Award Criteria in Section 3.1.2 for each criterion.

5.2 Technical Solution & Project Proposal

5.2.1 The evaluation of the technical solution & project proposal will be based upon the Tenderer's sub-mission including Annex F – Project Proposal Data Sheet and any relevant appendixes outlining the Tenderer's proposed solution for heli-hoist operations and/or helicopter crew transport services for the Contracting Entity's German offshore wind farms. The Tenderer's technical proposal will be evaluated based on the following sub-criteria:

- (a) Proposal fulfilment of Scope of Services
- (b) Robustness of service offered
- (c) Capacity and size of the helicopter type offered
- (d) Helicopter technology and equipment enhancing Situational Awareness and Safety
- (e) Proposal for maintenance, personnel, safety, organisation and base setup
- (f) Performance of the helicopter type offered

(g) Options fulfilment.

...”

Af de 3 underkriterier angår klagen alene ”Technical Solution & Project Proposal”.

Af ”Annex F – Project Proposal Data Sheet”, som er et skema med bl.a. kolonnerne ”Requirements” og ”Preferred (to be evaluated positive)” fremgår bl.a.:

”

	Re-quire-ments	Preferred (to be evaluated positive)	Evalu-ation sub crite-ria
...			
25		i) It will be considered positively, the more hoist cycles the designated Hoist operators for the scope have of previous experience	B
...			
48		a) Except for HHO, helicopters should be capable of Performance Class1 (PC1), preferably CATA procedures, to allow the helicopter to land within the rejected take-off distance or safely continue the flight to an appropriate landing area, in the event of failure of a critical power unit. It will be evaluated positive, if helicopter operates longer, preferably always, PC1 with max payload (max PAX) in ISA	G
...			
70		Describe in detail how the Lot 1 (HHO for German wind farms) services will be performed as per Section 3.2 in the Scope of Services. It will be evaluated positively the more thorough the solution is described.	A
...			
82		Robustness of solution. It will be evaluated positively if the supplier has extra or spare capacity and redundancies for the Lot 1 service.	A
...			
87		It Is evaluated positively the more passengers above 4 the helicopter can carry in HHO configuration.	C

88		It will be evaluated positively the more payload the helicopter can carry during HHO.	C
...			
90		It is evaluated positively the more passengers above 5 the helicopter can carry in passenger transport configuration.	C
...			
92		It will be considered positive, the more modern helicopter(s) offered are, using variant and production year as benchmark.	F
...			
95		It will be considered positively, the more flexibility there is in the availability in case of delays.	A
96		It will be considered positive, the more redundancy the solution offers in case of unserviceable aircraft, unavailable crew, or other unforeseen event.	B
...			
104		It will be evaluated positive if the Supplier can provide extra service capacity that can support HHO flights and passenger transport (crew transfer) flights for wind farms parallel to the service capacity described in Lot 1 utilizing the same type of airframe or other suitable airframes within an agreed mobilization period.	G
...			

...”

Ørsted gennemførte to forhandlingsrunder i løbet af udbudsproceduren frem til den endelige tilbudsafgivelse, der havde frist den 7. april 2022.

Heli Service afgav endeligt tilbud (BAFO) den 4. april 2022. Af tilbuddet fremgår bl.a.:

”III.1.7. Personnel

The permanent setup at Norden-Norddeich Airport will be:

- 2 Pilots
- 1 Hoist Operator
- 1 Certifying Staff
- 1 Ground Ops / Check-In person
- Dispatch is based in Emden

III.1.8. Backup capacity

HeliService will have a AW169 permanently based in Norddeich. For that HeliService will procure another AW169. As of today, HeliService operates 5 x AW169s, of which 4 are based in Emden.

We thus have the capability to bring in an additional aircraft to accommodate additional flights or to cover for the primary aircraft in case of maintenance.

With Emden being only some 10 flight minutes distant to Norden-Norddeich, 4 x AW169s based in Emden and an operation of in total 120 people in Emden, HeliService has an extremely strong setup to ensure the operation is always running.”

Den 10. maj 2022 underrettede Ørsted tilbudsgiverne om, at kontrakten, delkontrakt vedrørende Lot 1, ville blive tildelt Helicopter Travel Munich (herafter ”HTM”). Heli Service indgav i anledning heraf klage til Klagenævnet for Udbud. I forbindelse med klagesagens behandling tilbagekaldte Ørsted sin tildelingsbeslutning den 31. maj 2022. Ved kendelse af 23. juni 2022 afviste Klagenævnet for Udbud klagen som følge af, at uklare påstande gjorde klagen uegnet til at danne grundlag for klagesagens behandling, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, jf. § 10, stk. 1, 2. pkt.

Ørsted foretog herefter en fornyet evaluering af de allerede modtagne tilbud.

Den 6. oktober 2022 underrettede Ørsted tilbudsgiverne om, at kontrakten for så vidt angår Lot 1 ville blive tildelt HTM. Af underretningsmeddelelsen fremgår, at den vindende tilbudsgivers samlede vægtede score for de to kvalitative underkriterier var 4,68 point, og at Heli Services samlede vægtede score for de to kvalitative underkriterier var 4,52 point. Det fremgår om evalueringen bl.a.:

”

Characteristics of the successful Tenderer's Tender	
Subcriteria A: Proposal fulfilment of Scope of Service	
Overall HTM has been assessed to deliver a superior solution for the fulfilment of Scope of Service. ...	Overall HELISERVICE has been assessed to deliver an excellent solution for the fulfilment of Scope of Service. ... Higher grade could for example be achieved if spare capacity aircrafts are located on site in Norden-Norddeich Airport and/or if the proposed aircrafts for the Lot

	1 scope had a mixed fleet as this would increase the flexibility for the solution proposed
Subcriteria B: Robustness of service offered	
Overall HTM has been assessed to deliver a superior solution for the robustness of service offered	Overall HELISERVICE has been assessed to deliver an excellent solution for the robustness of service offered. The solution provides very experienced heli-hoist operators and addressing unavailability in case of unserviceable aircraft, unavailable crew, or other unforeseen events presenting a back-up pool of Leonardo AW169 aircrafts located in Emden Airport including aircrew for short notice mobilization. Higher grade could for example have been achieved if aircrew was described as immediately available.
Subcriteria C: Capacity and size of the helicopter type offered	
Overall HTM has been assessed to deliver a very good solution of capacity and size of the helicopter type offered.	Overall HELISERVICE has been assessed to deliver an excellent solution for the capacity and size of the helicopter type offered. ... Higher grade could be achieved if even larger type of helicopter was proposed with higher seating capacity.
Subcriteria D: Helicopter technology and equipment enhancing Situational Awareness and Safety	
Overall HTM has been assessed to deliver an excellent solution of Helicopter technology and equipment enhancing Situational Awareness and Safety.	Overall HELISERVICE has been assessed to deliver an excellent solution for Helicopter technology and equipment enhancing Situational Awareness and Safety. ... To obtain a higher score the complete aircraft fleet offered should have been the most modern helicopters on the market with all extra available systems included.
Subcriteria E: Proposal maintenance, personnel, safety, organisation and base setup	

<p>Overall HTM has been assessed to deliver an excellent solution of Helicopter technology and equipment enhancing Situational Awareness and Safety.</p>	<p>Overall HELISERVICE has been assessed to deliver a very good solution for maintenance, personnel, safety, organisation and base setup.</p> <p>...</p> <p>To obtain a better score, Heliservice could for example have proposed handling service for dangerous goods being able to bring items from shore to an off-shore installation, provided meals and a relax area with reclining chairs and/or sofas in waiting area, added more detail to the Survitec management system description and aligning PLB type description (AU9 type) with the product in the schedule of rates sheet (AU10) type and a more detailed flow-diagram showing the actual proposed layout of the facilities highlighting the different stations and associated processes.</p>
<p>Subcriteria F: Performance of the helicopter type offered</p>	
<p>Overall HTM has been assessed to deliver an excellent solution of Performance of the helicopter type offered.</p>	<p>Overall HELISERVICE has been assessed to deliver an excellent solution for performance of the helicopter type offered.</p> <p>...</p> <p>To obtain a higher score the entire fleet should have been with even higher performance.</p>
<p>Subcriteria G: Option A Fulfillment</p>	
<p>Overall HTM has been assessed to deliver an excellent solution of Option A fulfilment.</p>	<p>Overall HELISERVICE has been assessed to deliver an excellent solution for option A fulfilment.</p> <p>To obtain a higher score, there should have been aircrafts readily available at Norden-Norddeich airport as extra service capacity.</p>

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Heli Service har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 - 5, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Ørsted har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 - 5, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Vedrørende påstand 1a-1f har Heli Service gjort gældende, at Ørsted ikke har foretaget sin evaluering inden for rammerne i udbudsmaterialet og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, fordi Ørsted har baseret sin evaluering på elementer, der ikke er beskrevet i udbudsmaterialet, og som det efter en sædvanlig forståelse er usædvanligt at tillægge betydning. Beskrivelsen af det reelle indhold af underkriteriet ”Technical Solution & Project Proposal” er alene angivet ved en meget overordnet beskrivelse af, hvad der tillægges vægt ved evalueringen af delkriterierne. Den meget overordnede beskrivelse har bevirket, at tilbudsgiverne ikke har haft et grundlag for at kunne optimere deres tilbud i forhold til Ørsteds ikke-oplyste ønsker til den tilbudte løsning.

Den meget overordnede beskrivelse af evalueringskravene har i kombination med Ørsteds faktiske evaluering af tilbuddene bevirket, at Ørsted ved evalueringen har inddraget elementer, som en almindelig påpasselig tilbudsgiver ikke kunne vide ville indgå i evalueringen af delkriterierne ud fra en almindelig sproglig forståelse.

Særligt vedrørende påstand 1a har Heli Service gjort gældende, at Ørsted i krav 95 har efterspurgt oplysninger om overskudskapacitet af helikopterflyvetimer, og Ørsted har i den forbindelse angivet, at der vil blive lagt vægt på omfanget af fleksibilitet i tilgængeligheden af overskudskapacitet af helikopterflyvetimer i tilfælde af forsinkelser. En sædvanlig forståelse heraf kan ikke udstrækkes til, om en tilbudsgivers overskudskapacitet er placeret i Norden-Norddeich lufthavn, og/eller om en tilbudsgiver har tilbudt en blandet flåde af luftfartøjer.

Der er ikke i udbudsmaterialet stillet krav eller udtrykt ønske om kapacitet i Norden-Norddeich lufthavn. Den løsning, som Heli Service har tilbudt, indebærer helikoptere i Emden, som er 8 minutters flyvetid væk fra Norden-

Norddeich lufthavn, hvilket vil give samme fleksibilitet som ved helikoptere placeret i Norden-Norddeich lufthavn.

Heli Service har tilbudt helikoptere bestående af en blandet flåde, hvilket Ørsted selv anerkender i evalueringen af tilbuddet under delkriterie C. Når Ørsted alligevel har tillagt det negativ betydning, at Heli Service ikke har tilbudt en blandet flåde, viser det blot, at Ørsted ikke har taget højde for den samlede løsningsbeskrivelse i sin evaluering af tilbuddet, selvom det af ”Tender Conditions” pkt. 5.2.1 fremgår, at tilbuddene vil blive evalueret på baggrund af Annex F og alle andre øvrige bilag, som beskriver tilbudsgiverens foreslåede løsning.

Ørsteds vurdering af Heli Services løsningsbeskrivelse er således ikke korrekt og retvisende, fordi Ørsted evaluerer på evalueringskriterier, som ikke er oplyst på forhånd, og fordi Ørsted ikke har lagt vægt på alle de oplysninger, som Heli Service har angivet i sit tilbud. Evalueringen af Heli Services tilbud har derfor hverken været gennemsigtig eller ligebehandlende.

Særligt vedrørende *påstand 1b* har Heli Service gjort gældende, at Ørsted har foretaget en objektiv forkert evaluering af Heli Services opfyldelse af kravene i relation til delkriteriet ”(b) Robustness of the service offered”, idet Ørsted i evalueringen har lagt vægt på, at besætningen ikke var ”immediately available”, på trods af at den tilbudte besætning efter tilbuddets pkt. III.1.7. var direkte tilgængelig.

Særligt vedrørende *påstand 1c* har Heli Service gjort gældende, at Heli Service har tilbudt en helikopter med kapacitet til passagertransport med op til 8 personer, hvilket er i overensstemmelse med Ørsteds krav. Ørsted har derfor uberettiget tillagt forhold, der ikke har været beskrevet i udbudsmaterialet som krav eller ønsker til den tilbudte løsning, negativ betydning ved evalueringen af Heli Services tilbud. En naturlig forståelse af krav 87 og 90 om antal passagerer kan ikke omfatte, at der kan lægges vægt på, at større helikoptere kunne have flere passagerer, idet Norden-Norddeich lufthavn, hvorfra HHO-aktiviteterne skulle udføres, har et fastsat maksimalkrav til vægtbelastning for helikopterne på 5.700 kg, og dermed et naturligt maksimum for størrelsen på de tilbudte helikoptere.

Det er usædvanligt at tillægge et højere antal passagerer betydning, end hvad der er muligt i helikoptere, som kan anvendes i Norden-Norddeich lufthavn

– hvorfra HHO-aktiviteterne skal udføres – og hvor der er fastsat et maksimumkrav til vægtbelastning for helikopterne på 5.700 kg. Delaftale 1 omfatter HHO-aktiviteterne, hvorfor det også ville være usædvanligt at tillægge passagertransport fra en anden lufthavn end Norden-Norddeich lufthavn betydning.

Særligt vedrørende *påstand 1d* har Heli Service gjort gældende, at Heli Service har tilbudt helikoptertypen Leonardo AW169, som har den højeste ydeevne i sin klasse. Det er derfor ikke muligt at tilbyde en helikoptertype med en højere ydeevne i den klasse, som Ørsted har efterspurgt. Ørsted har dermed, ved at lægge vægt på at tilbudsgiverne skulle have tilbudt en helikopter med højere ydeevne, lagt vægt på forhold, som ikke har været oplyst i udbudsmaterialet, og som i øvrigt ikke eksisterer. Ørsted har dermed foretaget en ugenomsigtig evaluering af delkriterie F ”Performance of the helicopter type offered”, og Heli Service burde have fået en bedre evaluering end 9.

Den helikoptertype, som Heli Service har tilbudt, har desuden en væsentlig bedre ydeevne end helikoptertypen tilbudt af HTM. På trods af denne væsentlige forskel i ydeevne har Ørsted tildelt HTM og Heli Service samme score, hvilket er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i artikel 36 i Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Heli Service har endelig gjort gældende, at det følger af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. april 2018, Københavns Sprogcenter og Fonden Studieskolen Business mod Københavns Kommune, at der i udbudsmaterialet skal oplyses om forhold, som der lægges afgørende vægt på. Ørsted skulle derfor have oplyst om, at der ville blive lagt afgørende vægt på den tilbudte helikopters brændstofforbrug, flyvehastighed og radius.

Særligt vedrørende *påstand 1f* har Heli Service gjort gældende, at det ikke i udbudsmaterialet er angivet, at det ville blive tillagt positiv vægt i evalueringen, hvis tilbudsgiverne kunne tilbyde helikoptere, der var let tilgængelige i Norden-Norddeich lufthavn som ekstra servicekapacitet. Det er alene angivet, at det vil vægte positivt, hvis ekstra servicekapacitet kunne leveres. Ørsted har derfor ikke været berettiget til at tillægge en eventuel manglende servicekapacitet i Norddeich negativ betydning i evalueringen af Heli Services tilbud. Hertil kommer, at det af Heli Services tilbud fremgår, at Heli Service vil have en AW169 permanent baseret i Norddeich, herunder at Heli

Service vil anskaffe endnu en AW169. Heli Service har angivet, at man opererer 5 x AW169'ere, hvoraf 4 er baseret i Emden. Den ekstra servicekapacitet er i Emden, som kun er ca. 10 minutter væk fra Norden-Norddeich, og med 4 x AW169'ere med base i Emden og en operation på i alt 120 personer leverer Heli Service et ekstremt stærkt set up, der sikrer driften, hvilket er i overensstemmelse med Ørsteds krav til ekstra servicekapacitet. Heli Services servicekapacitet lever derfor fuldt ud op til Ørsteds krav, og tilbyder faktisk også servicekapacitet i Norddeich, uanset at dette ikke var nævnt som noget, der vægtes positivt.

Vedrørende påstand 1a-1f har Ørsted gjort gældende, at de elementer, som Ørsted har inddraget i evalueringen, alle er naturlige dele af under-, del-, og del-delkriterierne og ligger inden for den almindelige skønsmæssige beføjelse, en ordregiver har til både at udforme og evaluere på kvalitative kriterier. Hverken Heli Service eller øvrige tilbudsgivere havde før tildelingen problemer med at forstå delkriterierne, hvilket bl.a. illustreres af, at Heli Service ved evalueringen af alle de delkriterier, der er genstand for klagen, opnåede 9 ud af 10 point. En ”Superior” bedømmelse – altså 10 point – kan i sagens natur alene tildeles et tilbud, hvor en tilbudsgiver samlet set har leveret en løsning, som ikke kunne have været bedre set med ordregivers øjne. De ”supplerende bemærkninger”, som Heli Service har fået i underretningsbrevets begrundelser, er alle forhold, som klart kan rummes inden for kriterierne, og som er anført som forhold, der kunne have gjort et tilbud fra Heli Service endnu bedre. Ørsted har ud fra en samlet vurdering af alle relevante faktorer berettiget skønnet, at Heli Services løsningsforslag ikke berettigede til en ”Superior” bedømmelse. De supplerende bemærkninger i evalueringen er ikke forhold, som der lægges afgørende vægt på. I et tilfælde som det aktuelle, hvor tilbudsgiveren næsten opnåede det maksimale antal point, har der de facto været tale om et mindre element.

Særligt vedrørende *påstand 1a* har Ørsted gjort gældende, at bemærkningerne i tildelingsbrevet om tilbudte helikoptere med ledig kapacitet, som er placeret i Norden-Norddeich lufthavn, og tilbudt blandet flåde er eksempler på forbedringer/forbedringsmuligheder i et tilbud, som allerede var tæt på perfekt. Begge forhold er helt naturlige dele af underkriteriet ”Proposal fulfilment of Scope of Service”, som vedrører, i hvilken grad operatøren grundigt har beskrevet sin løsning af ”Scope of Services” og er i stand til at tilbyde en robust og fleksibel løsning. Det vil naturligvis øge fleksibiliteten i en tilbudsgivers løsningsforslag, hvis helikopterne er stationeret samme sted, som

flyvningerne i øvrigt bliver udført fra. Stationering et andet sted skal således ikke kun tillægges flyvetiden, men tillige mobiliseringstiden. Robustheden af flåden vil desuden styrkes af en blandet flåde i tilfælde af eventuelle "fleet groundings", ligesom fleksibiliteten vil være øget, hvis valget af helikopter kan tilpasses efter behov alt efter antal passagerer, flyvetid og nødvendig last. Ørsted er enig i, at Heli Service i sit tilbud har medtaget forskellige helikopter-varianter, men delkriterium c) vedrører den blandede flåde ved passagertransport, som er en sekundær aktivitet, og hovedsageligt tilknyttet Lot 2, og ikke HHO, som er den primære aktivitet for Ørsted ved Lot 1. Den ene type helikoptere, som omtaltes, er en AW139, som Heli Service tilbød som backup. Denne helikoptervariant er ikke godkendt til at kunne benyttes af Ørsted til HHO. Ørsted havde dermed ikke mulighed for at tage Heli Services AW139 i betragtning i vurderingen af den blandede flåde ved HHO.

Særligt vedrørende *påstand 1b* har Ørsted gjort gældende, at bemærkningerne i tildelingsbrevet om, hvorvidt besætningen er "immediately available", er et eksempel på en forbedring/forbedringsmulighed i et tilbud, som allerede var tæt på perfekt. Forholdet er en helt naturlig del af underkriteriet "Robustness of service offered", som vedrører backup-kapacitet i de tilfælde, hvor den permanente løsning er ude af stand til at levere ydelsen på grund af operatørens forhold, eksempelvis sygdom eller vedligeholdelse. Henvisningen i del-delkriterium 96 til "redundancy the solution offers" omfatter dermed naturligt også kvaliteten af backupløsningen i et tidsmæssigt henseende, forstået som hvor hurtigt operatøren kan nå at reagere, hvis deres primære løsning er ude af drift. Det var således berettiget at inddrage det tidsmæssige perspektiv i evalueringen af tilbudsgivers backupløsning, og dette forhold kan naturligt rummes i de fastlagte under-, del- og del-delkriterier.

Særligt vedrørende *påstand 1c* har Ørsted gjort gældende, at der ikke i udbudsmaterialet er angivet et maksimum ved sædekapacitet. Derimod fremgår det klart af kravspecifikationen og delkriterierne, pkt. 87 og 90, at der ved den kvalitative bedømmelse ville blive lagt vægt på, hvor stor en kapacitet tilbudsgiverne kunne tilbyde. Heli Services løsningsbeskrivelse opfylder utvivlsomt Ørsted krav og er også vurderet som en "Excellent". Men derfor er det ikke nødvendigvis en "Superior" løsning. Der findes således helikoptere, som kan opnå en større konfigureret kapacitet end de, som Heli Service tilbød, eksempelvis en Sikorsky S-92. Hertil bemærkes særligt, at Lot 1 ikke kun vedrører HHO aktiviteter, men tillige (sekundært) passagertransporter, herunder i forbindelse med optionsudnyttelsen, og at passagertransporter

f.eks. godt kan flyves ud af andre lufthavne end Ørstedes base i Norden-Norddeich. En Sikorsky S-92 ville kunne flyve fra andre lufthavne end Emden og Norden-Norddeich, hvilket kan være nødvendigt – og også muligt i udbuddet – ved større passagertransport. Det ville så blot være en løsning, der på andre måder er mindre relevant.

Særligt vedrørende *påstand 1d* har Ørsted gjort gældende, at bemærkningen i tildelingsbrevet om ydeevnen er et eksempel på en forbedring/forbedringsmulighed i et tilbud, som allerede var tæt på perfekt. Forholdet er en helt naturlig del af underkriteriet ”Performance of the helicopter type offered”, hvor der bliver lagt vægt på, hvor moderne tilbudsgivers flåde er, hvilket i udgangspunktet bliver vurderet ud fra den tilbudte variant og produktionsår, jf. del-delkriterium 92. At ydeevnen ville blive tillagt betydning kan tillige udledes af ordlyden af selve delkriteriet. Det er korrekt, at en Leonardo AW169 er den helikoptertype, som har den højeste ydeevne i sin klasse. Dels skulle ydeevne imidlertid ikke kun ses i forhold til helikoptere inden for samme klasse, men i forhold til alle relevante helikoptere, dels kan der være betydelig ydeevnemæssig forskel på to helikoptere af den samme type i den samme klasse, hvis to helikoptere har hvert sit produktionsår.

Det, der blev tillagt afgørende vægt ved evalueringen af delkriteriet, var ”ydeevne i bred forstand”, hvilket også klart fremgår af udbudsmaterialet. Det er angivet i del-delkriterie 92, at variant og produktionsår skal fungere som ”benchmark”, altså som et sammenligningsgrundlag på målingen af den reelle ydeevne. En bedre variant og et nyere produktionsår vil naturligt medføre en bedre ydeevne, hvilket eksempelvis kunne vise sig som forbedringer i helikopterens brændstofforbrug, flyvehastighed eller radius. Dette er blot eksempler på forhold, der løbende bliver forbedret afhængigt af variant og produktionsår. Ørsted har derfor heller ikke direkte lagt vægt på brændstofforbrug, flyvehastighed og radius, men dette er sket indirekte som konsekvens af, at variant og produktionsår er brugt som benchmark som oplyst i udbudsmaterialet.

Særligt vedrørende *påstand 1f* har Ørsted gjort gældende, at modsat påstand 1a (om uforudsete forhold hos Ørsted) vedrørte optionen forudsete forhold, såsom større vedligeholdelsesprojekter eller VIP-flyvninger. Det fremgår af del-delkriterium 104, at den ekstra kapacitet skulle ske ”parallel to the service capacity described in Lot 1”. Det fremgik dermed af udbudsmaterialet, at op-

tionsydelsen skulle være parallel med Lot 1, hvilket efter almindelig sprogforståelse kun kan forstås som, at optionsydelsen var sammenlignelig med de ordinære ydelser, som Lot 1 omhandler. Som anført ovenfor ad påstand 1a var det et krav, at HHO-ydelserne – og dermed også optionelle HHO-ydelser – skulle ske fra Norden-Norddeich lufthavn ifølge Scope of Service. På den baggrund kunne en almindelig påpasselig tilbudsgiver ikke med berettiget forventning gå ud fra, at optionsudnyttelsen ved HHO ikke skulle foregå fra Norden-Norddeich lufthavn. En bedre evaluering af Heli Services tilbud i forhold til dette kriterium ville desuden ikke få nogen betydning, idet HTM også har opnået 9 ud af 10 point i forhold til dette delkriterium, hvor begrundelsen ligeledes lød på, at der ikke var backup kapacitet tilgængelig i Norden-Norddeich lufthavn. Ørsted er ikke uenig i, at der også kan leveres ydelser fra Emden lufthavn – eller en lufthavn i Norge – og at en levering med afsæt i Emden også er en ”Excellent” løsning. Ørsted har til gengæld skønnet, at en sådan løsning ikke er ”Superior”.

Særligt vedrørende påstand 2a har Heli Service gjort gældende, at den løsning, som Heli Service har tilbudt med 1 dedikeret AW169-helikopter permanent placeret i Norden-Norddeich lufthavn samt 3 AW169-helikoptere og 2 AW139-helikoptere placeret som backup i Emden lufthavn, som er 8-10 minutters flyvetid fra Norden-Norddeich lufthavn, er lige så fleksibel som en løsning med helikoptere placeret i Norden-Norddeich lufthavn.

Forhold som klargøring af helikopteren, vejrtjek og gennemgang af relevante flyvedokumenter vil forlænge beredskabstiden. Dette er imidlertid tilfældet, uanset om helikopterne er placeret i den ene eller den anden lufthavn. Ørsted har derfor åbenbart overskredet grænsen for sit skøn ved evalueringen af delkriteriet a) ”Proposal fulfilment of Scope of Service”, når Ørsted har tillagt det negativ betydning, at Heli Services løsning indebærer 3 AW169-helikoptere og 2 AW139-helikoptere placeret i Emden lufthavn.

Ørsted har også åbenbart overskredet grænsen for sit skøn ved evalueringen af delkriteriet a) ”Proposal fulfilment of Scope of Service”, når Ørsted ikke har taget Heli Services 2 tilbudte AW139-helikoptere i betragtning, fordi AW139-helikopteren har en maksimal startvægt på 7.000 kg. AW139-helikopteren var tilbudt som en alternativ backup-løsning, der skulle anvendes, hvis AW169-helikopteren blev omfattet af en såkaldt ”fleet grounding”, og hvor opgaven undtagelsesvis kunne udføres fra Emden lufthavn. Ørsted har

ved delkriterie c) ”Capacity and size of the helicopter type offered” anerkendt, at Heli Service har tilbudt en backup-helikopter med kapacitet til 12 personer/pax, hvilket er en AW139-helikopter.

Særligt vedrørende påstand 2b har Heli Service gjort gældende, at Ørsted har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36 ved at foretage en objektiv forkert evaluering af Heli Services opfyldelse af kravene i relation til delkriteriet ”(b) Robustness of the service offered”, idet Ørsted har lagt vægt på, at besætningen ikke var ”immediately available”, på trods af, at det fremgik af Heli Services tilbud, at den tilbudte besætning var direkte tilgængelig.

Særligt vedrørende påstand 2a har Ørsted gjort gældende, at en løsning fra Emden lufthavn de facto ikke er lige så fleksibel som en løsning fra Norden-Norddeich lufthavn, da det alt andet lige vil tilføre yderligere mobiliseringstid, og at Ørsteds HHO-aktiviteter i vinterhalvåret er tidsfølsomme grundet de forkortede dagstimer. Ørsted er ikke uenig i, at forhold, der vil kunne forlænge flyvetiden, også vil være til stede i Norden-Norddeich lufthavn. Men ved en placering af helikopterne i to forskellige lufthavne, vil nogle af forholdene måske skulle håndteres to gange, og andre forhold skulle måske kun foretages i Emden. Der er således en øget mobiliseringstid ved placering et andet sted end ved samme sted. Heli Service har anført, at man ville kunne flytte backup-beredskabet fra Emden lufthavn til Norden-Norddeich i tilfælde af, at dette var nødvendigt, hvilket ville medføre en lige så effektiv løsning. Det er uklart, hvordan dette skal forstås eller indgår i løsningsbeskrivelsen, og faktum må være, at det så kræver en yderligere flyvning eller anden transport til Norden-Norddeich lufthavn.

Særligt vedrørende påstand 2b har Ørsted gjort gældende, at Heli Services backupløsning ikke var *beskrevet* som ”immediately available”, hvorfor Ørsted ikke havde konkrete holdepunkter for at inddrage løsningen som sådan i evalueringen, og at Ørsteds evaluering angik backupløsningen som sådan og ikke besætningen isoleret set.

Særligt vedrørende påstand 3 har Heli Service gjort gældende, at HTM, med det kendskab Heli Service har til HTM’s virksomhed, ikke kan have tilbudt en løsning, der er kvalitativt bedre end Heli Services løsning. Det skal i den forbindelse tillægges processuel skadevirkning, at Ørsted ikke har imødekommet Heli Services opfordring til at fremlægge tilbuddet fra HTM eller på

anden måde redegøre for de faktiske forhold i tilbuddet fra HTM, som har medført, at HTM har opnået en bedre bedømmelse end Heli Service.

Særligt vedrørende påstand 3 har Ørsted gjort gældende, at Heli Services betragtninger om, at deres tilbudte løsning er mere fordelagtig end HTM's, fremstår grundløse, generiske og udokumenterede. Ørsted har foretaget evalueringen af både Heli Service og HTM helt i overensstemmelse med de kvalitative under- og delkriterier samt tildelt point med afsæt heri. Ørsted har fremlagt den fulde evalueringsrapport og har fremsendt behørigt begrundede underretningsbreve, og der er således givet fuld indsigt i evalueringen af også HTM's tilbud.

Særligt vedrørende påstand 4 har Heli Service gjort gældende, at Ørsted kun i meget begrænset omfang har anført, hvad der ville vægte positivt ved evalueringen af tilbuddene. Samtidig har Ørsted i evalueringen af tilbuddene lagt vægt på en række forhold, som ikke har været angivet i udbudsmaterialet, eller som i øvrigt ikke kunne udledes af udbudsmaterialet. Ørsted har derfor ikke på en gennemsigtig måde beskrevet, hvad der vil blive lagt vægt på i evalueringsmodellen, og dermed ikke anvendt en evalueringsmodel, som er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

I del-delkriterier 46 henholdsvis 92, 47 henholdsvis 93 og 82 henholdsvis 96 efterspørger Ørsted samme oplysninger og lægger vægt på samme oplysninger under forskellige del-delkriterier. Ved således at inddrage det samme forhold flere steder i evalueringen har Ørsted givet disse forhold en vægt, som tilbudsgiverne ikke kunne forudse. En sådan gentagen inddragelse af det samme forhold med positiv vægt flere steder skævvrider evalueringen og gør det umuligt for tilbudsgiverne at gennemskue, at enkelte elementer i et tilbud tillægges større vægt i evalueringen end andre forhold.

Særligt vedrørende påstand 4 har Ørsted gjort gældende, at udbudsmaterialet er udformet i overensstemmelse med det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 82, stk. 4, samt udbudslovens § 160. En ordregiver er tillagt vide rammer ved både udformningen af kvalitative under- og delkriterier og ved udøvelsen af den skønsmæssige evaluering af tilbudsgivernes opfyldelse af kvalitative kriterier. Ørsted har ved det konkrete udbud ageret inden for disse rammer.

Del-delkriterier 46 henholdsvis 92, 47 henholdsvis 93 og 82 henholdsvis 96 vedrører ikke indholdsmæssigt samme forhold. Der er derfor, uanset den ensartede sprogbrug, ikke et overlap mellem delkriterierne, jf. det, der er anført ad påstand 1.

Særligt vedrørende påstand 5 har Heli Service gjort gældende, at Ørsted ved at inddrage elementer i sin evaluering af underkriteriet ”Technical Solution & Project Proposal”, som ikke var beskrevet i udbudsbetingelserne, har gjort evalueringen uigennemsigtig. Dette udgør en grov overtrædelse af udbudsreglerne, hvorfor Ørsteds beslutning om at tildele HTM delkontrakt 1 skal annulleres.

Særligt vedrørende påstand 5 har Ørsted gjort gældende, at eftersom der hverken er sket en tilsidesættelse af reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet eller i øvrigt af de grundlæggende udbudsretlige principper, er der ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Ad uopsættelighed

Heli Service har gjort gældende, at der, jf. påstand 1-5, foreligge sådanne grove og åbenbare overtrædelser af udbudsreglerne, at kravene til uopsættelighed bør lempes.

Det er nødvendigt at tillægge klagen opsættende virkning for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for Heli Service. Den udbudte ydelse er Heli Services kerneforretning og udgør en ikke ubetydelig del af Heli Services samlede forretningsgrundlag.

Ørsted har gjort gældende, at Heli Service ikke har dokumenteret – endsige sandsynliggjort – at ville lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Heli Service har heller ikke sandsynliggjort, at betingelserne for at lempe kravene til betingelsens opfyldelse er til stede.

Ad interesseafvejning

Heli Service har gjort gældende, at det forhold, at Ørsted tidligere har annulleret en tildeling af kontrakten som følge af samme forhold, må føre til, at klagen tillægges opsættende virkning.

Ørsted har gjort gældende, at Ørsted udfører en kritisk infrastrukturaktivitet, og at den udbudte kontrakt er forretningskritisk – og dermed afgørende – for Ørsteds aktiviteter i det relevante, geografiske område og i forhold til forsyningssikkerhedsmæssig el-produktion i øvrigt. Hvis klagen tillægges opsættende virkning, kan det desuden også øge risikoen for Ørsteds teknikere, da overførsel med skib indeholder større risici end overførsel med helikopter. Interesseafvejningen skal derfor falde ud til Ørsteds fordel.

Klagenævnet udtaler:

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

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

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (*”fumus boni juris”*). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Klagenævnet har forstået klagen sådan, at påstand 1 overordnet angår, om der ved evalueringen er lagt vægt på forhold, der ikke var beskrevet i udbudsmaterialet, mens påstand 2 overordnet angår evalueringsskønnet.

Ad påstand 1a-1f

Det er i bekendtgørelse nr. 1078 af 29. juni 2022 § 15 fastsat, at udbudslovens § 160 finder anvendelse på udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Som anført i forarbejderne til udbudslovens § 160, stk. 1, er det ikke et krav, at ordregiveren giver en i alle henseender udførlig beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved vurderingen af de kvalitative under- og eventuelle delkriterier. Det følger imidlertid af det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip, at der ved tilbudsevalueringen alene kan lægges vægt på det, der er beskrevet i udbudsmaterialet, herunder det, som en almindelig oplyst påpasselig tilbudsgiver kan udlede af udbudsmaterialet.

Heli Service har vedrørende de delkriterier, som påstand 1a-1f angår, opnået 9 point ud af 10 mulige, og ligger dermed evalueringsmæssigt i toppen af skalaen. De elementer, som Heli Service klager over, at Ørsted har lagt vægt på, er således forhold, der kunne flytte evalueringen fra ”excellent” til ”superior”.

Påstand 1a angår, om Ørsted i relation til delkriteriet ”Proposal fulfilment of Scope of Services” som grundlag for at tildele 9 og ikke 10 point kunne lægge vægt på, om ”spare capacity aircrafts” var placeret i Norden-Norddeich Airport, og om der blev tilbudt en ”blandet flåde”. Det fremgår af særligt Appendix F punkt 82 og 95, at kriteriet bl.a. angår fleksibiliteten og robustheden i den tilbudte løsning. Det fremgår af udbudsbetingelserne, at HHO-aktiviteter skulle have base i Norden-Norddeich lufthavn. Der er på den baggrund og efter kriteriets ordlyd samt indholdet af de supplerende beskrivelser i Appendix F punkt 70, 82 og 95 på det foreløbigt foreliggende ikke grundlag for at anse disse elementer for at ligge ud over det, som en almindelig oplyst påpasselig tilbudsgiver ville kunne udlede af udbudsmaterialet.

Påstand 1b angår, om Ørsted i relation til delkriteriet ”Robustness of the service offered” som grundlag for at tildele 9 og ikke 10 point kunne lægge vægt

på, om besætningen var "immediately available". Det fremgår af særligt Appendix F punkt 96, at det bl.a. vil blive vurderet positivt "the more redundancy the solution offers". Ørsted har i evalueringen lagt vægt på, at Heli Service havde en "back-up pool" af helikoptere i Emden inklusive "aircrew for short notice mobilization", og at der kunne være opnået en bedre evaluering, hvis det havde været beskrevet, at personalet havde været "immediately available". Når der er tale om backup-kapacitet i tilfælde af, at den sædvanlige løsning er ude af stand til at levere ydelsen, vil placering af fast personale ikke naturligt være af afgørende betydning for vurderingen. Der er på den baggrund og efter kriteriets ordlyd samt indholdet af de supplerende beskrivelser i Appendix F punkt 25 og 96 på det foreløbigt foreliggende ikke grundlag for at anse det forhold, at Ørsted har lagt vægt på, hvor hurtigt backup-personalet i Emden kunne mobiliseres, for at ligge ud over det, som en almindelig oplyst påpasselig tilbudsgiver ville kunne udlede af udbudsmaterialet.

Påstand 1c angår, om Ørsted i relation til delkriteriet "Capacity and size of the helicopter type offered" som grundlag for at tildele 9 og ikke 10 point kunne lægge vægt på sædekapacitet ved passagertransport, herunder at en større type helikopter ville kunne medtage flere passagerer. Det fremgår udtrykkeligt af Appendix F punkt 87 og 90, at der vil blive lagt vægt på antallet af passagerer over et vist antal, som kan medtages i helikopterne. Det fremgår så vidt ses ikke, at al transport uden undtagelse skal tage udgangspunkt i lufthavnene i Norden-Norddeich og/eller Emden. Der er på den baggrund og efter kriteriets ordlyd og indholdet af de supplerende beskrivelser i Appendix F punkt 87, 88 og 90 på det foreløbigt foreliggende ikke grundlag for at antage, at påstanden vil blive taget til følge.

Påstand 1d angår, om Ørsted i relation til delkriteriet "Performance of the helicopter type offered" som grundlag for at tildele 9 og ikke 10 point kunne lægge vægt på, at de tilbudte helikoptere skulle have været med endnu højere ydeevne. Det fremgår af Appendix F, punkt 92, at evalueringen vil tage udgangspunkt i helikopternes mærke og produktionsår som "benchmark". Ørsted har oplyst, at der kan være betydelig forskel på ydeevnen af helikoptere af samme mærke, men med forskelligt produktionsår. Der er på den baggrund efter kriteriets ordlyd og indholdet af den supplerende beskrivelser i Appendix F punkt 92 på det foreløbigt foreliggende ikke grundlag for at antage, at påstanden vil blive taget til følge.

Heli Services anbringender i forhold til påstand 1d angår reelt tillige, om Ørsted i relation til delkriteriet "Performance of the helicopter type offered" har foretaget en åbenbar urigtig evaluering ved at lægge vægt på, at Heli Service kunne have tilbudt en helikopter med endnu højere ydeevne, selvom dette ikke eksisterer i den klasse, som Ørsted har efterspurgt, og ved at give Heli Service og HTM samme point, selvom Heli Service har tilbudt en helikopter med en væsentlig bedre ydeevne end helikoptertypen tilbudt af HTM. På det foreløbigt foreliggende finder klagenævnet ikke grundlag for at tilsidesætte det skøn, som Ørsted har udøvet i relation hertil.

Påstand 1f angår, om Ørsted i relation til delkriteriet "Options fulfilment" som grundlag for at tildele 9 og ikke 10 point kunne lægge vægt på, om helikopternes ekstracapacitet var "readily available at Norden-Norddeich airport". Det fremgår af Appendix F, punkt 104, at der vil blive lagt vægt på ekstracapacitet "parallel to the service capacity described in Lot 1". Der er på den baggrund efter kriteriets ordlyd og indholdet af de supplerende beskrivelser i Appendix F punkt 48 og 104 på det foreløbigt foreliggende ikke grundlag for at antage, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 2 og 3

En ordregiver har efter fast klagenævnspraksis et vidt skøn til at foretage tilbudsevalueringen inden for rammerne af det, der er beskrevet i udbudsmaterialet. Heri ligger også at kunne skønne over, hvornår et tilbud er så godt, at der ikke kan tænkes bedre tilbud, og at det konkrete tilbud dermed skal opnå højest mulige point.

Efter fast praksis kan klagenævnet alene tilsidesætte det skøn, som en ordregiver har udøvet ved bedømmelsen af tilbudsgivernes opfyldelse af de kvalitative kriterier, hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens evalueringsskøn, eller har handlet usagligt.

Vedrørende påstand 2a bemærkes særligt, at Ørsted ikke ses at have tillagt det negativ betydning, at Heli Services løsning indebærer helikoptere placeret i Emden lufthavn. Ørsted har blot ikke tillagt det positiv betydning ud over det, der allerede fremgår af tildelingen af den næsthøjeste karakter for delkriteriet "Proposal fulfilment of Scope of Service".

På grundlag af det, der er anført ad påstand 1 og 4, er der på det foreløbigt foreliggende ikke grundlag for at antage, at Ørsted har overskredet grænserne

for sit evalueringsskøn eller har handlet usagligt. Der er derfor ikke udsigt til, at påstand 2a, 2b og 3 vil blive taget til følge.

Ad påstand 4

Der er, jf. det, der er anført ad påstand 1, på det foreløbigt foreliggende ikke grundlag for at fastslå, at Ørsteds beskrivelse af kriterierne for tildelingen har været uklar eller ufyldestgørende.

Det forhold, at beskrivelserne i Appendix F, krav 46 henholdsvis 92, krav 47 henholdsvis 93 og krav 82 henholdsvis 96 indeholder delelementer af samme karakter og ordlyd, medfører ikke, at der på det foreløbigt foreliggende er grundlag for at fastslå, at dette har skævvredet evalueringen på en måde, der har været ugenomsigtig for tilbudsgiverne.

Der er derfor ikke udsigt til, at påstand 4 vil blive taget til følge.

Ad påstand 5

På grundlag af det, der er anført ad påstand 1 – 4, er der på det foreløbigt foreliggende ikke udsigt til, at påstand 5 vil blive taget til følge.

Betingelsen om fumus boni juris er dermed ikke opfyldt.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Katrine Kirkegaard Gade
overassistent