

K E N D E L S E

Jydsk Emblem Fabrik A/S
(advokat Anja Piening, København)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(advokat Thomas Impgaard Sørensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse 2018/S 045-098047 af 5. marts 2018 udbød Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (herefter FMI) som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale om indkøb af ”metalobjekter” til soldaters uniformer (afdelings- og tjenestedsmærker, distinktioner og udmærkelser til anvendelse inden for Forsvaret). Udover metalobjekterne omfatter rammeaftalen produktionsværktøjer til brug for fremstillingen af metalobjekterne. Rammeaftalen har en anslået værdi på 13 mio. kr.

FMI modtog inden udløbet af tilbudsfristen den 26. april 2018 tre tilbud fra henholdsvis Topmark Trading ApS, AB Sporrøng og Jydsk Emblem Fabrik A/S. Alle tre tilbud blev imidlertid erklæret ukonditionsmæssige, og den 4. juli 2018 annullerede FMI udbudsprocessen med henblik på at overgå til udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Tilbudsfristen blev fastsat til den 31. august 2018. De tre ovennævnte leverandører afgav tilbud, som alle blev vurderet konditionsmæssige.

Den 16. oktober 2018 meddelte FMI, at styrelsen havde besluttet at tildele kontrakten til AB Sporrøng.

Den 26. oktober 2018 indgav Jydsk Emblem Fabrik A/S klage til Klagenævnet for Udbud over FMI. Jydsk Emblem Fabrik A/S fremsatte ved klagens indgivelse an-

modning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 23. november 2018 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om ”fumus boni juris” ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet skriftligt.

Jydsk Emblem Fabrik A/S har nedlagt følgende påstande (parternes navne er indsat i stedet for partsbetegnelser):

Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid udbudslovens § 160, stk. 1, samt med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, ved i sit udbudsmateriale for underkriteriet ”Pris”, at have anvendt en lineær pointmodel, der ikke er egnet til at sikre den fastsatte vægtning af underkriteriet pris, og er dermed uegnet til at identificere det økonomiske mest fordelagtige tilbud. Modellen kan dermed ikke danne grundlag for en lovlig tildeling.

Påstand 2:

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at anvende en evalueringsmodel for underkriteriet ”Pris” der konkret var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet den valgte økonomiske ramme var så snæver, at den var uegnet til at give et retvisende billede af spredningen i priserne.

Påstand 3:

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke for underkriteriet ”Test” at have anvendt den i udbudsmaterialet beskrevne pointskala på den måde, som det var anført i udbudsmaterialet, at den skulle anvendes.

Påstand 4:

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved for underkriteriet ”Test” at have angivet 2 forskellige pointskalaer.

Påstand 5:

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke for underkriteriet ”Test” at have beskrevet sammenstillingen mellem tilbudsgivers skriftlige besvarelser af de generelle krav og de foretagne tests af de indleverede prøver i relation til evalueringen af disse.

Påstand 6:

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet ”Test” ikke at have evalueret på begge de delkriterier, som FMI i udbudsmaterialet havde anført at ville evaluere.

Påstand 7:

Klagenævnet skal i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 2, annullere FMI’s tildelingsbeslutning af 16. oktober 2018 om at tildele den udbudte rammeaftale til AB Sporrøng.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsmaterialet

Det fremgår af udbudsbetingelsernes afsnit 7.1, at tildelingskriteriet er ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”, hvor ”pris” vægter 50 %, og ”test (Expert evaluation)” vægter 50 %. Underkriteriet ”pris” er inddelt i tre undergrupper/varegrupper:

1. ”Price of Critical Metal objects”, som vægter 60 %
2. ”Price of Overall Metal objects”, som vægter 20 %
3. ”Price of Production tools”, som vægter 20 %

Af udbudsbetingelsernes afsnit 7.2 fremgår, hvordan evalueringen af underkriteriet ”pris” vil blive foretaget:

”... In Appendix C.1 the tenderer shall state a price for each Metal objects and for some selected Production tools. In evaluation of the price criterion, the prices in Appendix C.1 will be weighted individually in accordance with the percentages stated in Appendix C.1 to each price. The sum of the prices will be

weighted in accordance with the percentage stated in Evaluation method in Enclosure 2.

The Meal objects are divided into different categories. Each category weighs differently.

Price of Critical Metal objects weighing 60%

Price of Overall Metal objects weighing 20%

Price of Production tools weighing 20%

...”

Af det omtalte bilag ”Enclosure 2 - Evaluation Method” fremgår følgende nærmere om evalueringsmodellen for underkriteriet ”pris”:

” ...

<p>The Evaluation</p> <p>The tender with the lowest price is given the grade 5. The lowest price is understood as the lowest calculated evaluation price among all acceptable tenders, that is, tenders which comply with all mandatory requirements. All other tenders are graded on a linear scale, where the grade 1 is given for a price 50 % or more above the lowest price. This is illustrated below.</p>
<p>Alternative price evaluation</p> <p>If more than half of all the compliant offers are outside the span of 0 – 50 % higher than the lowest price offered, DALO will use an alternative linear scale with the same grades, but with a greater span:</p> <ul style="list-style-type: none"> • DALO will use Alternative 1 (Lowest price + 75 %), if half of all the compliant offers are more than 50% higher in comparison to the lowest price offered. • DALO will use Alternative 2 (Lowest price + 100 %) if one of the compliant offers is more than 75 % higher than the lowest price offered. <p>When using all evaluation models, the tenderer with the highest price offer, higher than the limit of the used evaluation model, will automatically be graded a score equal to 1 point.</p>

Price of Critical Metal objects:	The sum of the Prices will be multiplied with 60% to find total point for Price of Overall Metal objects.
Price of Overall Metal objects	The sum of the Prices will be multiplied with 20% to find total point for Price of Critical Metal objects.
Price of Production Tools	The sum of the Prices will be multiplied with 20% to find total point for Price of Production Tools.

...”

Med hensyn til underkriteriet ”test (Expert evaluation)” fremgår følgende af udbudsbetingelsernes afsnit 7.2:

“...Test (Expert evaluation) - Each tender is graded under this criterion based on the level of the tender’s compliance with a requirement marked with ‘R’ as laid out in Appendix A. All these requirements will only be expert evaluated, using a scale from 1-5.

The R requirements are listed below:
ID no. 38, 39 and 40.

In the column “documentation” in Appendix A it is indicated how the tenderer should document compliance with the requirement in question.

Points for the requirements subject to tests (marked ‘TD’) will be awarded by experts based on their perception of the tested Metal objects and their fulfillment of the requirements stated in Appendix A.

A description of how many points are awarded is more detailed described in Enclosure 2 – Evaluation method.

7.2.1 Testing of Test Specimen

...

The test consists only of expert evaluation. The experts will evaluate the Test Specimen.

...”

Der var således tre “R krav”, som ville indgå i den kvalitative vurdering, nemlig ID no. 38, 39 og 40, og tilbudsgiverne skulle ifølge udbudsbetingelsernes afsnit 7.2.2 indlevere 10 stk. af tre forskellige metalobjekter til brug for eksperternes evaluering af de tre krav.

I kravspecifikationen (Appendix A) står der følgende:

” ...

1.5 Definitions and abbreviations

In this chapter we describe definitions and abbreviations used in this requirement specification.

Classification

The following categories are valid for the 'Classification' column. Each requirement is classified as 'Mandatory Requirement' or 'Requirement'. Mandatory Requirements are marked with 'M'. Requirements are marked with 'R'.

Classification ID	Description
M	A mandatory requirement shall be fulfilled by the tenderer. If a mandatory requirement is not fulfilled, the offer will be excluded from further evaluation
R	Requirement. These requirements will be evaluated or tested by Danish Defence

Documentation

The following categories are valid for the 'Documentation' column. It specifies how the tenderer should document how the proposed equipment/service fulfills the requirement. It is possible to specify more than one documentation requirement.

Documentation ID	Description
Y/N	Tenderer must answer with Y (yes) or N (no) if the requirement is fulfilled. If necessary with comments. Please observe that if it is a Mandatory Requirement answering 'No' results in an unconditional offer
TD	The Danish Defence will perform a test to examine this requirement.

...

3 Evaluation of test samples

All requirements that are going to be tested and evaluated by experts are listed below...

The results for requirement "R" will be rated from "1" to "5" points according to the guidelines given in *Enclosure 2* to the instructions to tenderers.

...

3 (three) of DALOs Metal objects are chosen for testing, tenderers shall deliver a batch of 10 identical samples of each Metal object. Each batch will be evaluated by an expert panel.

...

No.	Metal object	Technical references	Technical drawings	Physical sample
1	Parachute wing (Faldskærmsvinge, blå, metal	FMT-00000231	TT 34622 and 3D scan	N/A
2	Button (Knap), 22 mm, Platin, gold plated (for-gylt)	FMT-00000268	TT34621B	N/A
3	BRS, Distinction	N/A	N/A	Yes, upon request

...

Id. No.	Requirement description	Classification	Documentation	Requirement compliance	Tender description
36.	<p>Technical Reference All delivered test samples for metal object no.1 and no. 2 shall comply with their technical references.</p>	M	Y/N TD		<p>Test shall be concentrated on determination of metal composition, surface treatment e.g. gold plating and enamel. The tenderer shall submit technical documentation verifying that the stated issues according to the notice letter by 4th of July 2018 are corrected.</p>

37.	Test samples of metal object no. 3 shall comply to the reference sample delivered by DALO.	M	Y/N TD		Test shall be concentrated on determination of metal composition, surface treatment e.g. gold plating. The tenderer shall submit technical documentation verifying that the stated issues according to the notice letter by 4 th of July 2018 are corrected.
38.	Geometrical quality All delivered samples shall be tested by an expert panel where the quality will be determined by an overall evaluation where the samples will be tested for their clarity of detail in respect to the embossing / stamping process and visible or tangible burrs or sharp edges.	R	TD		
39.	Finishing quality All delivered samples shall be tested by an expert panel where the quality of the finish will be determined by an overall evaluation taking into consideration the soldering material in regard to its even spread and placement and the cleanliness of all surfaces in regard to impurities, fingerprints and dirt.	R	TD		

40.	<p>Enamel quality All delivered enamelled samples shall be tested by an expert panel where the quality of the enamel will be determined by an overall evaluation of the enamel, in regard to its even spread, polish, appearance (smooth and blank), placement and the cleanliness of all surfaces in regard to impurities, fingerprints and dirt.</p>	R	TD		
-----	---	----------	-----------	--	--

...”

Om den nærmere pointtildeling i relation til ”test (Expert evaluation)” fremgår følgende af ”Enclosure 2 - Evaluation Method”:

”

Score	Description
5	Very good. This score is granted to candidates by which the properties and performance of their solution will optimize the task in question and make it much more efficient or add substantially more value to the solution.
4	Good. This score is granted to candidates by which the properties and performance of their solution will optimize the task in question and make it more efficient or add extra value to the solution.
3	Reasonable or Sufficient. This score is granted to candidates that meets the exact need to solve the task in question.
2	Slightly inadequate. This score is granted to candidates that have some minor deficiencies in their offer to meet the needed requirement. The task can be solve with some difficulties.
1	Very inadequate. This score is granted to candidates that have major deficiencies in their offer to meet the needed requirement. The task can be solved, but with great difficulties.
	The final evaluation of the General Requirements and Test will be specified by 0.5 resolution as follows: 1.0, 1.5, 2.0, 2.5, 3.0, 3.5, 4.0, 4.5, 5.0.

...

Evaluation method for Metal objects							
							Supplier
Criteria	Category	Control method	Weight	ID Specification	Description	Price	Point
Price (50%)	a	Price	60%		Price of Critical Metal Objects	0	Y
	b	Price	20%		Price of Overall Metal Objects	0	
	c	Price	20%		Price of Production Tools	0	
Test (50%)	d	Experts evaluation	40%	38	Geometrical Quality		Z
	e	Experts evaluation	40%	39	Finishing Quality		
	f	Experts evaluation	20%	40	Enamel Quality		
Total (100%)							Overall points

...”

Evalueringen

Af FMI's evalueringsnotat fremgår vedrørende evalueringen af kriteriet ”pris” i forhold til delkriteriet “Price of Production tools”, som vægter 20 %, at AB Sporrøng blev tildelt 5,00 point (vægtet 1,00), mens Jydsk Emblem Fabrik A/S og Topmark Trading ApS hver blev tildelt 1,00 point (vægtet 0,20). AB Sporrøng havde tilbudt en pris på 0 kr. for ”Production tools”, mens Jydsk Emblem Fabrik A/S havde tilbudt en pris på 1.050 kr., og Topmark Trading ApS havde tilbudt en pris på 30.601,5 kr.

”

Produktionsværktøjer:

				Vægtning: 20%
Højeste point	5		-400	0,2
Laveste point	1		9	
Gearing (=x)	100,00%			
Tilbudsgivere:	Tilbudspris		Point	Vægtede point
Sporrøng	0,0		5,00	1,00
Jydsk Emblemfabrik	1.050,0		1,00	0,20
Topmark	30.601,5		1,00	0,20

1 point is given due to the price cannot fit into the evaluation model

”

Vedrørende evalueringen af “Price of Overall Metal objects”, som vægter 20 %, fremgår af evalueringsnotatet, at Topmark Trading ApS, som havde den laveste tilbudspris (8.569,9 kr.), fik 5,00 point (vægtet 1,00), mens Jydsk Emblem Fabrik A/S med en tilbudspris på 10.789 kr. fik 2,93 point (vægtet 0,59), og AB Sporrøng med en tilbudspris på 12.442,6 kr. fik 1,38 point (vægtet 0,28).

Med hensyn til evalueringen af ”Price of Critical Metal objects”, som vægter 60 %, fremgår, at AB Sporrøng, som havde den laveste tilbudspris (519,8 kr.), fik 5,00 point (vægtet 3,00), mens Topmark Trading ApS med en tilbudspris på 536,2 kr. fik 4,75 point (vægtet 2,85), og Jydsk Emblem Fabrik A/S med en tilbudspris på 723 kr. fik 1,87 point (vægtet 1,12).

Det fremgår herefter om den samlede evaluering af kriteriet ”pris”:

”

Samlet evaluering:	Overall objects	Critical objects	Production tools	I alt:
Jydsk Emblemfabrik	0,59	1,12	0,20	1,91
Sporrøng	0,28	3,00	1,00	4,28

Topmark	1,00	2,85	0,20	4,05
---------	------	------	------	------

I alt efter 50 % vægtning

Jysk Emblemfabrik	0,95
Sporrong	2,14
Topmark	2,02

”

I evalueringsnotatet er det om evalueringen af de fremsendte ”prøver” endvidere anført:

”3.2.2 Evaluering af Test 50 %

Test blev eksperterevalueret for de fremsendte ”prøver” i forhold til samtlige R-krav i afsnit 2.2 i Appendix A. Eksperterevalueringen omfattede pointtildeling (1-5) for samtlige R-krav.

Evaluering af prøver fra JYSK EMBLEMFABRIK A/S

Overall Score for JYSK EMBLEMFABRIK A/S on Test criteria

ID. No.	Supplier	Average Score	Overall Score
38. Geometrical Quality (40%)	JEF	4,94	1,98
39. Finishing Quality (40%)	JEF	5	2
40. Enamel Quality (20%)	JEF	5	1
Total (100%)			4,98

Evaluering af prøver fra AB SPORRONG

Overall Score for SPORRONG on Test criteria

ID. No.	Supplier	Average Score	Overall Score
38. Geometrical Quality (40%)	SPORRONG	4,78	1,91
39. Finishing Quality (40%)	SPORRONG	5	2
40. Enamel Quality (20%)	SPORRONG	5	1
Total (100%)			4,91

Evaluering af prøver fra TOPMARK

Overall Score for TOPMARK on Test criteria

ID. No.	Supplier	Average Score	Overall Score
38. Geometrical Quality (40%)	TOPMARK	4,44	1,78
39. Finishing Quality (40%)	TOPMARK	4,83	1,93
40. Enamel Quality (20%)	TOPMARK	5	1
Total (100%)			4,71

Fordeling efter 50 % vægtning bliver:

Supplier	Score
JYSK EMBLEMFABRIK A/S	2,49
AB SPORRONG	2,46
TOPMARK	2,36

Som det fremgår af tabellen, er JYSK EMBLEMFABRIK A/S den tilbudsgiver, der har budt med den samlede højst kvalitet.

...”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Jydsk Emblem Fabrik A/S har gjort gældende, at FMI har handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, og med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i sit udbudsmateriale for underkriteriet ”pris” at have anvendt en lineær pointmodel, der ikke er egnet til at sikre den fastsatte vægtning af underkriteriet ”pris”, og som dermed er uegnet til at identificere det økonomiske mest fordelagtige tilbud. Modellen kan dermed ikke danne grundlag for en lovlig tildeling.

FMI har opstillet en evalueringsmodel for vurdering af pris, hvor der foretages en lineær interpolation således, at den billigste tilbudte pris får 5 point, mens den dyreste pris + 50 % får 1 point. Dog er det fastsat, at hvis spredningen i priserne ikke kan rummes inden for dette spænd, vil der sekundært blive anvendt et spænd på 75 % eller tertiært et spænd på 100 %. I forbindelse med tilbudsevalueringen måtte FMI imidlertid erkende, at den opstillede evalueringsmodel konkret var uegnet i forhold til et af delkriterierne til underkriteriet ”pris”, idet den vindende tilbudsgiver havde tilbudt 0,00 kr. for produktionsværktøjerne.

Da FMI således har accepteret, at der kunne bydes ind med en pris på 0,00 kr., er modellen uegnet, idet den ikke tager højde for, at alle priser, der tilbydes, og som ligger over 0,00 kr., vil være mere end 100 % større end den billigste pris. Dette spænd kan modellen ikke rumme. Pointtildelingen og vægtningen bliver således skævvredet, når en tilbudsgiver byder ind med 0,00 kr., og modellen tager ikke hensyn til forskellen i de øvrige indbudte priser.

Der er således betydelig større forskel på prisen tilbudt af Jysk Emblem Fabrik A/S og Topmark Trading ApS (hhv. 1.050 kr. og 30.601,5 kr.) end på den reelle forskel i den pris, der er tilbudt af AB Sporrøng og Jydsk Emblem Fabrik A/S (hhv. 0,00 kr. og 1.050 kr.). Modellen skævvrider dermed fuldstændig pointtildelingen og dermed også kriteriets vægt.

Havde Jydsk Emblem Fabrik A/S vidst, at det var tilladt at byde ind med en ikke-pris, som 0,00 kr. reelt er, havde selskabet gjort det samme, hvilket dog ikke havde gjort modellen mere egnet. Drøftelserne omkring dette var lange og gentagne, hvilket netop viser, at der ikke har været den fornødne gennemsigtighed i, hvordan

modellen ville blive brugt, hvorfor tilbudsgiverne ikke har haft mulighed for at indrette deres tilbud på en måde, der bedst honorerer ordregivers ønske til afvejningen af underkriterierne.

Det følger af fast klagenævnspraksis, at det påhviler ordregiveren at sikre, at en given pointmodel er egnet til en bedømmelse af tilbuddene, der respekterer den fastsatte vægtning af underkriterierne, jf. herved klagenævnets kendelse af 9. januar 2012, RenoNorden mod Skive Kommune. Dette har FMI ikke sikret med den anvendte model.

Efter klagenævnets delkendelse af 23. november 2018 har Jydsk Emblem Fabrik A/S vedrørende denne påstand yderligere gjort gældende, at evalueringsmetodens praktiske konsekvenser ikke er fremgået så tilstrækkeligt klart af udbudsmaterialet, at en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver burde forstå metodens betydning for vægtningen og dermed for konkurrencen mellem de bydende.

Et er at tilbyde en lav konkurrencedygtig pris, hvilket er helt sædvanligt og legitimt med det formål at vinde et udbud. Anderledes er det imidlertid, når der decideret tilbydes en ikke-pris. Dette viser, at hele prissætningen er yderst spekulativ og kreativ og bevidst har haft til formål at skævvride evalueringsmodellen. Ved at acceptere en sådan pris har FMI således tilsidesat den oprindelige indbyrdes fastsatte vægtning af underkriterierne. At der ikke er stillet spørgsmål til dette i udbudsprocessen, kan ikke ændre herpå særligt henset til, at denne type spørgsmål sædvanligvis kan få andre tilbudsgivere til at spekulere i en usaglig strategisk prissætning som den, der er sket i denne sag, hvilket typisk ikke er noget, man som tilbudsgiver har ønske om at gøre.

Jydsk Emblem Fabrik A/S har endvidere anført, at det kan overvejes, om FMI retteligt burde have afvist AB Sporrongs tilbud eller som minimum burde have efterspurgt en yderligere redegørelse for det tilbudte pris- og omkostningsniveau, jf. udbudslovens § 169, idet delkriteriet får afgørende betydning for udfaldet.

FMI har gjort gældende, at den anvendte lineær pointmodel generelt har været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det bestrides således, at FMI har anvendt en pointmodel, der ikke er egnet til at sikre den fastsatte vægtning af underkriteriet ”pris” og dermed er uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Evalueringen af underkriteriet ”pris” er foretaget i overensstemmelse med det, der er beskrevet i udbudsbetingelserne, ”Instructions to Tenderers”, herunder evalueringsmodellen, ”Evaluation Method”, hvilket klart fremgår af FMI’s udfyldte evalueringsmodel, og det er endvidere også utvivlsomt, at evalueringsprocessen har ført til den rette vinder af udbuddet.

Selv om det ikke fremgår eksplicit af prismodellen, hvordan man skal forholde sig i tilfælde, hvor en evalueringsteknisk pris er 0 kr., fremgår det imidlertid implicit af prismodellen, herunder de alternative modeller, hvordan en sådan situation skal håndteres.

Den vindende tilbudsgiver havde tilbudt 0,00 kr. for ”Production Tools”, hvilket i overensstemmelse med den lineære pointmodel således gav 5 point. De øvrige tilbudsgivere fik i overensstemmelse med den udbudte prismodel 1 point, da deres evalueringstekniske pris oversteg den økonomiske ramme på ”laveste pris + 100 %”.

Der blev i den forbindelse ikke taget hensyn til forskellen i prisen, som blev tilbudt af Jydsk Emblem Fabrik A/S og Topmark Trading ApS. Det er imidlertid også i overensstemmelse med prismodellen, hvor det klart fremgår, at ”When using all evaluation models, the tenderer with the highest price offer, higher than the limit of the used evaluation model, will automatically be graded a score equal to 1 point”. Såfremt FMI derimod havde taget hensyn hertil, kunne det være i strid med principperne i udbudslovens § 2 og udbudslovens § 160, stk. 1, da dette ikke er beskrevet i udbudsmaterialet.

Jydsk Emblem Fabrik A/S har anført, at selskabet ikke vidste, at det var muligt at byde ind med en evalueringsteknisk pris på 0 kr. Det fremgår imidlertid ikke af udbudsmaterialet, at det ikke er en mulighed.

Det bestrides i øvrigt, at tilbudsgiverne ikke har haft mulighed for at indrette deres tilbud på en måde, der bedst honorerer ordregivers ønske til afvejningen af underkriterierne. Der har således været mulighed for at stille afklarende spørgsmål, ligesom der har været afholdt et forhandlingsmøde. På trods af, at Jydsk Emblem Fabrik A/S har anført, at ”Drøftelserne omkring dette var lange og gentagne”, har det imidlertid ikke givet anledning til spørgsmål under forhandlingsmødet eller i forbindelse med indgivelse af Q/A.

Det følger endvidere af udbudslovens forarbejder, at ordregiver under overholdelse af principperne i § 2 har et meget vidt skøn i forhold til at beslutte, hvilken evalueringsmetode der skal anvendes.

Efter klagenævnets delkendelse af 23. november 2018 har FMI vedrørende denne påstand supplerende gjort gældende, at beskrivelsen af evalueringsmodellen er så tilstrækkelig klar og gennemskuelig, at en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver burde forstå modellens betydning for vægtningen og tildelingen af point.

I forhold til det, som Jydsk Emblem Fabrik A/S har anført vedrørende udbudslovens § 169, har FMI bemærket, at det hverken i udbudsloven eller i lovens forarbejder er defineret, hvornår et tilbud forekommer unormalt lavt. Det følger dog af lovbemærkningerne til udbudslovens § 169, at ”ordregiverens vurdering er altid konkret under hensyntagen til den udbudte opgave, brancheforhold og andre relevante faktorer, der kan have indflydelse på prisspændet.” Det følger endvidere af EU-Domstolens praksis, at ordregiver har et forholdsvis frit skøn i forhold til at vurdere, om et tilbud er at betragte som unormalt lavt. Hvornår et tilbud forekommer unormalt lavt, er således en konkret skønsmæssig vurdering, som det er tilkommet FMI at foretage.

Det følger endvidere af praksis, at ordregivers vurdering af, hvorvidt et tilbud er unormalt lavt, skal baseres på en bedømmelse af den samlede tilbudspris, jf. klagenævnets kendelse af 13. januar 2004, Phil & Søn A/S mod Hadsund Kommune. Derfor kan det forhold, at enkelte priselementer i et tilbud kan anses som påfaldende lave, ikke i sig selv føre til, at det samlede pristilbud skal vurderes som unormalt lavt og dermed omfattet af udbudslovens § 169.

Det er op til den enkelte tilbudsgiver, hvordan sammensætningen af enkelte priselementer i et udbud foretages, idet der ligger et væsentligt konkurrenceelement i, at tilbudsgiverne optimerer deres prisstruktur i forhold til de ydelser, der udbydes, herunder i forhold til hvordan de enkelte priselementer indgår i den samlede tilbudssum.

AB Sporrongs pris på 0,00 kr. kan netop være udtryk for en fordeling af omkostningerne ved produktionsværktøjerne på metalobjekterne. En sådan sammensætning af priselementerne er sædvanlig inden for branchen og derfor heller ikke fremmed for Jydsk Emblem Fabrik A/S, hvilket vel også kommer til udtryk ved en

sammenligning af Jydsk Emblem Fabrik A/S' og Topmark Trading ApS' pris på henholdsvis 1.050,00 kr. og 30.601,50 kr.

AB Sporrongs pris på 0,00 kr. og formentlig tillige Jydsk Emblem Fabrik A/S' pris for så vidt angår "Production tools" kan endvidere begrundes af de omstændigheder, der gør sig gældende herfor. Produktionsværktøjerne er nemlig særligt udformet til at fremstille de metalobjekter, der er omfattet af rammeaftalen. Disse metalobjekter "have looked the same for many years therefore it is important that newly produced objects are the exact duplicate of the old ones.", jf. udbudsbetingelserne, "Instructions to Tenderers", afsnit 2 "Introduction to the tender procedure". Produktionsværktøjerne har derfor i sig selv en begrænset værdi, hvorfor det er helt naturligt, at produktionsværktøjerne prissættes enten som en del af hvert enkelt fremstillet metalobjekt eller med en meget lav værdi.

Idet FMI ikke fandt, at AB Sporrongs tilbudte pris på "Production Tools" indebar, at den samlede tilbudspris fra AB Sporrong kunne betragtes som unormalt lav, har FMI ikke været forpligtet til at følge proceduren i udbudslovens § 169 om indhentning af redegørelse og eventuel afvisning, jf. klagenævnets kendelse af 13. januar 2004, Phil & Søn A/S mod Hadsund Kommune.

Ad påstand 2

Jydsk Emblem Fabrik A/S har gjort gældende, at FMI har handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at anvende en evalueringsmodel for underkriteriet "pris", der konkret var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet den valgte økonomiske ramme var så snæver, at den ikke var egnet til at give et retvisende billede af spredningen i priserne.

I forbindelse med tilbudsevalueringen af de kritiske metalobjekter ("Critical Metal objects") har der været benyttet en økonomisk model med en spredning på 50 %, hvilket rummede alle de tilbudte priser. Imidlertid har modellen konkret betydet, at en ganske lille prisforskel har fået en meget stor betydning.

Jydsk Emblem Fabrik A/S har i denne kategori således tilbudt en pris på 723,0 kr., mens den vindende tilbudsgiver har tilbudt en pris på 519,8 kr. Jydsk Emblem Fabrik A/S var således 203,2 kr. dyrere end den vindende tilbudsgiver, hvilket svarer til en procentdifference på ca. 28,11 %. På samme tid kan det imidlertid konstateres, at der er en procentforskel på 62,6 % på de tildelte point, hvor Jydsk Emblem

Fabrik A/S har opnået 1,87 point, mens den vindende tilbudsgiver har opnået 5 point.

Pointmodellen medfører således konkret, at et enkelt delkriterium, der skulle vægte 60 % af 50 %, får afgørende indflydelse på udfaldet af udbuddet. FMI er i henhold til klagenævnets praksis forpligtet til at fastlægge en evalueringstype, der respekterer, at begge underkriterier vægter 50 %, hvilket ikke er sket, jf. herved f.eks. klagenævnets kendelse af 9. januar 2012, RenoNorden A/S mod Skive Kommune, og klagenævnets kendelse af 18. juli 2013, Calundan Høreteknik ApS mod Gentofte Kommune m.fl.

FMI har gjort gældende, at evalueringstypen for underkriteriet ”pris” ikke var uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og det bestrides, at den økonomiske ramme var så snæver, at den var uegnet til at give et retvisende billede af spredningen i priserne.

Det er ikke korrekt, når Jydsk Emblem Fabrik A/S anfører, at prisdifferencen på 203,2 kr. mellem selskabets pris på ”Critical Metal objects” og den vindende tilbudsgivers pris svarer til en procentdifference på ca. 28,11 %. Spredningen mellem vindende tilbudsgivers evalueringstekniske pris og Jydsk Emblem Fabrik A/S’ pris udgør således 39,0 % for så vidt angår ”Critical metal objects”.

I forlængelse heraf kan det konstateres, at tilbudsgiver med den højeste evalueringstekniske pris for så vidt angår ”Overall Metal objects” er 45,2 % højere end tilbudsgiver med den laveste pris. Spredningen mellem laveste og højeste evalueringstekniske pris findes således konkret at være meget tæt på FMI’s fastlagte økonomiske ramme på ”laveste pris + 50 %”.

Den valgte økonomiske ramme afspejler således netop de faktiske priser og dermed også FMI’s markedskendskab. Dette står således i kontrast til klagenævnets kendelse af 18. juli 2013, Calundan Høreteknik ApS mod Gentofte Kommune m.fl., hvor ordregivers pointmodel netop ikke tog hensyn til det konkrete marked og det konkrete udbuds karakteristika, og hvilken spredning i tilbudspriserne der kunne forventes på den baggrund.

Herudover har FMI til fulde anvendt den vægtning, som fremgår af den offentliggjorte evalueringstype.

Ad påstand 3

Jydsk Emblem Fabrik A/S har gjort gældende, at FMI har handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke for underkriteriet ”test” at have anvendt den i udbudsmaterialet beskrevne pointskala på den måde, som det var anført i udbudsmaterialet, at den skulle anvendes.

Det er angivet i udbudsmaterialets ”Enclosure 2, Evaluation Method”, at der vil blive anvendt en pointskala på 1-5 for vurderingen af den tilbudte kvalitet. I skalaen er det ligeledes angivet, hvad der skal til for at opnå den enkelte score. Samtidig er det dog anført, at den endelige evaluering af de generelle krav og test vil blive udtrykt i hele eller halve point.

Det fremgår imidlertid af afslagsbrevet fra FMI til Jydsk Emblem Fabrik A/S, at der er blevet givet point, som ikke er udtrykt i hele eller halve point, idet Jydsk Emblem Fabrik A/S vedrørende ID No. 38 har fået 4,94 point i relation til ”Geometrical Quality”. Herudover er det antydnet, at der er anvendt gennemsnitsscorer, uden at det nogen steder i udbudsmaterialet har været beskrevet, at der ville blive anvendt gennemsnitsscorer i forbindelse med evalueringen af den tilbudte kvalitet.

Det er således tydeligt, at FMI ikke har anvendt den offentliggjorte pointskala i overensstemmelse med det, der var beskrevet vedrørende evalueringen.

FMI har gjort gældende, at FMI ved evalueringen af ”test (Expert evaluation)” har anvendt den i udbudsmaterialet beskrevne pointskala på den måde, som det var anført i udbudsmaterialet, at den skulle.

Der er således på baggrund af testen givet point baseret på ”perception of the tested Metal objects and their fulfillment of the requirements stated in Appendix A”. Hvert evalueringskrav – det vil sige nr. 38, 39 og 40 – er vurderet på de ”test areas”, der fremgår for de pågældende evalueringskrav. I testen er alene evalueret på de ”test areas”, der konkret giver mening for de pågældende metalobjekter. Det er således alene ”Parachute wing”, der er vurderet i henhold til kravet ”Enamel quality” (nr. 40), da hverken ”Button” eller ”BRS” har en emaljeoverflade. Tilsvarende er det kun ”Parachute wing” og ”BRS”, der er vurderet i henhold til kravet ”Finishing quality” (nr. 39), da disse i modsætning til ”Button” har synlige lodninger. Hvert ”test area” har udløst en score fra 1 til 5 udtrykt i halve point. Dette ses også af eksperternes interne bedømmelsesskema.

På baggrund af metalobjekternes point er en gennemsnitlig pointscore udregnet, der i praksis ikke altid kan give hele eller halve point og dermed vil kunne udtrykkes med 2 decimaler.

Klagen synes således at bero på, at ”mellemregningerne” i forbindelse med evalueringen af underkriteriet ”test (Expert evaluation)” ikke har været beskrevet tydeligt i evalueringsnotatet og afslagsbrevet. Det følger dog af beskrivelserne af evalueringskravene nr. 38, 39 og 40, at ”the quality will be determined by an overall evaluation”.

Evalueringen er i det hele foretaget på en måde, der respekterer den overordnede beskrivelse af evalueringsmodellen, herunder at man alene har lagt vægt på de forhold, som kan udledes af kravspecifikationen og evalueringsmodellen, og har anvendt den beskrevne vægtning. Det har endvidere på baggrund af beskrivelsen af evalueringskravene nr. 38, 39 og 40 været klart for både Jydsk Emblem Fabrik A/S og de øvrige tilbudsgivere, hvilke ”delkriterier” der blev tillagt betydning ved bedømmelsen af metalobjekterne.

Ifølge udbudslovens forarbejder er det ikke et krav, at ordregiver laver en i alle henseender udførlig beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved vurderingen af de kvalitative under- og eventuelle delkriterier, og ordregiveren har derfor et vidt skøn til at foretage tilbudsevalueringen inden for rammerne af det beskrevne i udbudsmaterialet samt principperne i udbudslovens § 2.

Det forhold, at Jydsk Emblem Fabrik A/S ikke havde forstået, at der også i forbindelse med evalueringen af ”test (Expert evaluation)” ville blive regnet med 2 decimaler, findes endvidere ikke at have haft betydning for resultatet af evalueringen (eller den måde, hvorpå tilbuddene ville blive tilrettelagt i forhold til de afleverede metalobjekter), og det ændrer således heller ikke på, at kontrakten er tildelt den rette tilbudsgiver.

Ad påstand 4 - 6

Jydsk Emblem Fabrik A/S har vedrørende påstand 4 gjort gældende, at FMI har handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved for underkriteriet ”test” at have angivet to forskellige pointskalaer.

I udbudsmaterialets ”Enclosure 2, Evaluation Method” er det oplyst, at der vil blive anvendt en pointskala på 1-5 for vurderingen af den tilbudte kvalitet. Samtidig er det imidlertid angivet, at ”The final evaluation of the General Requirements and Test will be specified by 0.5 resolution as follows: 1.0, 1.5, 2.0, 2.5, 3.0, 3.5, 4.0, 4.5, 5.0.”

Det er ikke beskrevet, hvad der nærmere skal forstås herved, men en almindelig sproglig fortolkning af dette må betyde, at der indledningsvist skal ske en separat evaluering dels af den skrevne besvarelse af de generelle krav, som tilbudsgiver skal udfylde i ”Appendix A – Requirements specification”, dels af de indleverede prøver. Det må videre betyde, at disse to evalueringer hver især skal tildeles en score mellem 1 og 5, hvorefter der skal ske en samlet evaluering af kriteriet ”test” på de tre delkriterier ”Geometrical quality”, ”Finishing quality” og ”Enamel quality”. Scores, der tildeles på hvert af de tre delkriterier, gives imidlertid ikke på en 5-trinsskala fra 1-5, men derimod på en skala med 9 trin nemlig med trinene 1.0, 1.5, 2.0, 2.5, 3.0, 3.5, 4.0, 4.5 og 5.

Dette medfører, at der i realiteten anvendes en 1-5 skala for en del af den kvalitative evaluering, mens der anvendes en 1-9 skala for en anden del af kvalitetskriteriet, uden at det dog på nogen måde er klart beskrevet, hvordan dette i praksis har været anvendt.

Det fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning ”Evalueringmetoder. Praktisk vejledning til offentlige indkøbere” fra marts 2018, kapitel 5, at der skal anvendes én pointskala til evalueringen, når man anvender pointmodeller. Videre fremgår det af vejledningen, at ”i pointmodeller omregnes priserne i tilbudene til point, som kan sammenstilles med point for kvalitet, når det skal evalueres, hvilket tilbud der har det bedste forhold mellem pris og kvalitet.” At ordregiver således skal anvende den samme pointskala for alle underkriterier er helt naturligt, idet det ellers ikke er muligt at foretage en korrekt sammenstilling af de forskellige underkriterier. Dette gør sig naturligvis så meget desto mere gældende, når man er inden for det samme underkriterium, i dette tilfælde ”test”.

Idet der således er tale om, at FMI for evalueringen af underkriteriet ”test” ikke ved hele evalueringen har anvendt den samme pointskala, lever evalueringssmodellen ikke op til kravet om at skulle være beskrevet tilstrækkelig klart til, at det har været tydeligt for tilbudsgiverne, hvordan evalueringen af deres tilbud på det kvalitative parameter ville foregå.

Jydsk Emblem Fabrik A/S har vedrørende påstand 5 gjort gældende, at FMI har handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke for underkriteriet ”test” at have beskrevet sammenstillingen mellem tilbudsgivers skriftlige besvarelser af de generelle krav og de foretagne tests af de indleverede prøver i relation til evalueringen af disse.

Det fremgår af kravspecifikationen, at der vil blive foretaget evaluering og test af tilbudsgivers opfyldelse af de generelle krav, og i samme bilag bliver tilbudsgiver anmodet om at beskrive opfyldelsen af de generelle krav ”R”. Tilbudsgiverne skal således give en prosabesvarelse af opfyldelsen af de kvalitative kriterier. Videre fremgår det af kravspecifikationen, at der vil ske test af de indleverede prøver.

På denne baggrund må det således konkluderes, at der vil blive evalueret på både den efterspurgte prosabesvarelse og de indleverede prøver, men om der er tale om en helhedsvurdering, eller om der er tale om selvstændige vurderinger, er ikke oplyst, ligesom prioriteringsforholdet mellem de to er uoplyst.

Det er således ganske uklart for tilbudsgiverne, hvorledes det kvalitative underkriterium vil blive evalueret, og dermed uklart for tilbudsgiverne, hvordan de mere konkret skulle tilrettelægge deres tilbudsbesvarelse for at opnå den bedst tænkelige evaluering.

Jydsk Emblem Fabrik A/S har vedrørende påstand 6 gjort gældende, at FMI har handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet ”test” ikke at have evalueret på begge de delkriterier, som FMI i udbudsmaterialet havde anført at ville evaluere.

FMI har således i strid med det, der fremgår af udbudsmaterialet, alene foretaget en evaluering af det kvalitative parameter på baggrund af gennemførte test af de indleverede prøver og uden nogen form for stillingtagen til eller evaluering af de indsendte prosabesvarelser.

FMI har således ikke evalueret tilbuddene i relation til underkriteriet ”test” på begge de delkriterier, som FMI i udbudsmaterialet har anført at ville evaluere.

Efter klagenævnets delkendelse af 23. november 2018 har Jydsk Emblem Fabrik A/S vedrørende påstand 4 - 6 yderligere gjort følgende gældende:

Vareprøverne er ikke blevet evalueret på alle de evalueringskrav, der fremgik af kravspecifikationen. Vareprøverne er derimod alene blevet evalueret på de test areas, der ”konkret gav mening”. En sådan tilgang er på ingen måde i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet, idet dette evalueringsprincip for det første ikke er beskrevet, og for det andet ikke, selv hvis det var beskrevet, ville give tilbudsgiver en chance for at gennemskue, hvad der konkret giver mening for ordregiver. Hertil kommer, at der med denne fremgangsmåde ikke er sikkerhed for, at de enkelte vareprøver og evalueringen/testningen af samme har fået samme vægt, idet visse vareprøver kan være blevet testet og evalueret på flere parametre end andre, hvorfor de helt åbenlyst vil have fået forskellig betydning i evalueringens endelige resultat. Idet vareprøverne i sig selv har haft en afgørende betydning for udbuddet, er det således af afgørende betydning, at FMI har valgt at evaluere vareprøverne, efter ”hvad der konkret gav mening” at evaluere på, på trods af at kravspecifikationen indeholdt klare og absolutte evalueringskriterier.

FMI har vedrørende påstand 4 - 6 gjort gældende, at Jydsk Emblem Fabrik A/S' påstand 4 – 6, hvor påstand 4 er en naturlig følge af påstand 5 og 6, synes at bero på Jydsk Emblem Fabrik A/S' misforståelse af evalueringen af underkriteriet ”test”, herunder at der skulle evalueres på dels en fysisk test, dels tilbudsgivers beskrivelse af opfyldelsen af evalueringskravene nr. 38, 39 og 40. Dette er imidlertid ikke korrekt, og det er derfor heller ikke korrekt, at der er angivet to forskellige pointmodeller for så vidt angår underkriteriet ”test”.

Det følger klart af udbudsbetingelserne, ”Instructions to Tenderers”, afsnit 7.2.1, at testen ”consists only of expert evaluation. The experts will evaluate the Test Specimen”.

Det fremgår ikke af udbudsmaterialet, at evalueringen af tilbud vil inddrage eventuelle skriftlige kommentarer til de generelle krav (”requirements”). Det forhold, at der i leverandørens tilbud, ”The Supplier’s offer”, som er et ”spejl” af kravspecifikationen, findes en kolonne under overskriften ”Tender description”, er ikke udtryk for, at tilbudsgiver skal ”give en prosabesvarelse af opfyldelsen af de kvalitative kriterier”, der indgår som en del af tilbudsevalueringen.

Det er således i overensstemmelse med udbudsmaterialet og evalueringsmodellen, at FMI ikke i forhold til ”test (Expert evaluation)” har evalueret på andet end resultatet fra eksperternes test for så vidt angår de tre forskellige metalobjekter.

Hverken Jydsk Emblem Fabrik A/S eller andre tilbudsgivere har stillet spørgsmål under udbudsprocessen, der direkte eller indirekte viser, at der har været tvivl om, hvordan evalueringen af evalueringskravene skulle forstås. Jydsk Emblem Fabrik A/S har – uanset den forståelse som selskabet nu giver udtryk for – ikke i sit tilbud beskrevet, hvordan selskabet mener at opfylde evalueringskravene, og der er heller ikke andre tilbudsgivere, der har angivet sådanne kommentarer/beskrivelser i deres tilbud. Der må derfor være en formodning for, at det på baggrund af udbudsmaterialet har været tilstrækkeligt klart for tilbudsgiverne, at evalueringen af krav nr. 38, 39 og 40 alene ville ske på baggrund af en test.

På den baggrund må det lægges til grund, at evalueringsmodellen ikke har været så uigennemsigtig, som Jydsk Emblem Fabrik A/S' påstand ellers indikerer.

Efter klagenævnets delkendelse af 23. november 2018 har FMI vedrørende disse påstande yderligere gjort gældende, at det er vanskeligt at forstå, at Jydsk Emblem Fabrik A/S, der dels har særlig erfaring med fremstilling af metalobjekter, dels har fået tilsendt tegninger, tekniske referencer og en 3D skanning af de forskellige metalobjekter, jf. kravspecifikationen, tilsyneladende fortsat ikke kan gennemskue, hvilke "test areas" det konkret gav mening at teste metalobjekterne efter.

I overensstemmelse med kravspecifikationen var det udelukkende "Parachute wing", som blev vurderet i henhold til kravet "Enamel quality", da hverken "Button" eller "BRS" har en emaljeoverflade. Tilsvarende var det kun "Parachute wing" og "BRS", som blev vurderet i henhold til kravet "Finishing quality", da disse i modsætning til "Button" har synlige lodninger.

En vurdering af kravet "Finishing quality" for så vidt angår metalobjektet "Button" svarer til en vurdering af lixtallet for et stykke blankt papir i et udbud om indkøb af dokumenter, som spænder fra tætskrevne, svære tekster til helt blanke papirer, hvor lixtallet indgår som et evalueringsparameter. Det er således helt åbenbart, at ikke alle metalobjekter skulle evalueres efter alle "test areas". Sådanne evalueringer ville savne mening.

FMI har på den baggrund fastholdt, at evalueringsmetoden er beskrevet fuldt ud i overensstemmelse med udbudslovens § 160.

FMI har endvidere bestridt det, som Jydsk Emblem Fabrik A/S har anført om, at der "ikke er sikkerhed for, at de enkelte vareprøver og evalueringen/testningen af samme har fået samme vægt, idet visse vareprøver kan være blevet testet og eva-

lueret på flere parametre end andre, hvorfor de helt åbenlyst vil have fået forskellig betydning i evalueringens endelige resultat.”

For det første er de tre forskellige metalobjekter, som blev tilsendt af tilbudsgiverne, evalueret på baggrund af de ”test areas”, som kunne danne grundlag for en evaluering/vurdering af metalobjekternes kvalitet, hvilket også fremgår af eksperternes interne bedømmelsesskema. Tilbudsgivernes vareprøver af ”Parachute wing” er alle evalueret efter samme ”test areas”, hvilket tillige gør sig gældende for ”BRS” og ”Button”.

For det andet har evalueringen af de tre forskellige metalobjekter ikke fået en anderledes betydning i evalueringens endelige resultat. Tværtimod understøtter evalueringen af metalobjekterne på baggrund af de respektive ”test areas” vægtningen angivet i udbudsmaterialet, herunder evalueringsmodellen, ”Evaluation Method”, under fanebladet ”Evaluation model”. Det var eksempelvis alene ”Parachute wing”, der skulle evalueres efter ”Enamel quality”, som vægtede 20 %, mens det efter ”Finishing quality”, som vægtede 40 %, var både ”Parachute wing” og ”BRS”. Alle tre metalobjekter skulle evalueres efter ”Geometrical quality”, som vægtede 40 %. Den anvendte evaluering af ”test (Expert Evaluation)” har derfor ikke fået en anden betydning i evalueringens endelige resultat end forudsat i udbudsmaterialet.

Ad påstand 7

Jydsk Emblem Fabrik A/S har gjort gældende, at FMI’s tildelingsbeslutning skal annulleres som følge af de overtrædelser, der fremgår af påstand 1 – 6.

FMI har gjort gældende, at det følger af styrelsens bemærkninger til påstand 1 – 6, at evalueringsmetoden, der er beskrevet i udbudsmaterialet og anvendt i overensstemmelse hermed, er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet. En sådan evaluering kan ikke tilsidesættes, jf. udbudslovens § 160, stk. 2.

Hvis klagenævnet måtte finde, at FMI har overtrådt det udbudsretlige ligebehandlingsprincip eller gennemsigtighedsprincip, har FMI subsidiært gjort gældende, at Jydsk Emblem Fabrik A/S ikke har godtgjort, at det har haft konkret betydning for udfaldet af udbudsprocessen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 2

Om påstand 1 og 2 udtalte klagenævnet i delkendelsen af 23. november 2018 følgende:

”Det fremgår af udbudslovens § 160, stk. 1, at en ordregiver i udbudsmaterialet skal angive kriterierne for tildeling, beskrive evalueringsmetoden og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen. En evalueringsmetode, der er beskrevet i udbudsmaterialet i overensstemmelse med stk. 1, kan ikke tilsidesættes af klage- og retsinstanser, hvis den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet, jf. § 160, stk. 2.

Af lovbemærkningerne til bestemmelsen fremgår bl.a. følgende:

”Når evalueringsmetoden er fastlagt på forhånd og er beskrevet klart i udbudsmaterialet, giver det tilbudsgiverne mulighed for at optimere deres tilbud, samtidig med at tilbudsgiverne efterfølgende kan kontrollere, at evalueringen er sket i overensstemmelse med den offentliggjorte evalueringsmetode.

En evalueringsmetode, som er beskrevet klart i udbudsmaterialet, vil indgå i det billede af vægtningen af under- og eventuelle delkriterier, som tilbudsgiverne kan danne sig ud fra udbudsmaterialet. Der vil derfor som klart udgangspunkt ikke være anledning til at tilsidesætte en evalueringsmetode som værende i strid med den i udbudsmaterialet tilkendegivne vægtning, hvis evalueringsmetodens praktiske konsekvenser fremgår så tilstrækkeligt klart af udbudsmaterialet, at en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver burde forstå metodens betydning for vægtningen og dermed for konkurrencen mellem de bydende.

Når evalueringsmetoden er beskrevet i udbudsmaterialet på en klar og gennemsigtig måde, vil der heller ikke være grundlag for at tilsidesætte modellen, fordi den ikke afspejler spredningen i de indkomne bud, eller fordi ikke hele karakter- eller pointskalaen kommer i anvendelse, da der ikke er noget udbudsretligt krav om, at en model skal afspejle en bestemt spredning, eller at hele karakter- eller pointskalaen skal komme i anvendelse, så længe det blot har været klart for en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver, hvordan modellen fungerer.”

FMI havde i udbudsmaterialet beskrevet, efter hvilken evalueringsmetode tilbuddene ville blive bedømt, herunder at en tertiær evalueringsmodel med en økonomisk ramme på ”laveste pris + 100 %” ville blive anvendt i forhold til kriteriet ”pris”, hvis et af tilbuddene var mere end 75 % højere end den laveste tilbudspris, og således at tilbuddet med den laveste pris ville blive tildelt 5 point, mens tilbud, der oversteg den økonomiske ramme, ville blive tildelt 1 point.

FMI har for alle tre undergrupper vedrørende kriteriet ”pris” fulgt den evalueringmetode, som fremgår af udbudsmaterialet. Der er tale om en almindelig anvendt og anerkendt metode, og der er heller ikke efter det oplyste om priserne i de indkomne tilbud grundlag for at fastslå, at den anvendte evalueringmetode konkret ikke har været egnet til at identificere ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” efter kriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”.

Metoden kan derfor i denne sammenhæng på det foreløbige foreliggende grundlag ikke anses for at være i strid med udbudslovens §§ 2 og 160.

Det forhold, at den vindende tilbudsgiver vedrørende ”Production tools” har tilbudt en pris på 0 kr. kan i den forbindelse ikke føre til et andet resultat, hvorved bemærkes, at pointgivningen ville have fået samme udfald, hvis AB Sporrøng havde tilbudt en pris på f.eks. 500 kr. Selv hvis Jydsk Emblem Fabrik A/S i lighed med AB Sporrøng var blevet tildelt 5 point vedrørende ”Production tools”, ville det i øvrigt ikke have ført til et andet resultat i forhold til, hvilket tilbud der samlet set måtte anses for ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”, idet Jydsk Emblem Fabrik A/S i dette tænkte tilfælde ville have opnået 1,00 vægtet point på priskriteriet ”Production tools” i stedet for 0,2, hvilket ikke ville have ændret på det endelige udfald af evalueringen.”

Som anført i delkendelsen havde FMI i udbudsmaterialet beskrevet, hvilken evalueringmetode der ville blive anvendt for underkriteriet ”pris”. Klagenævnet finder, at beskrivelsen må anses for tilstrækkelig klar til, at en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver burde forstå metodens betydning for vægtningen og dermed for konkurrencen mellem de bydende. Herefter og af de grunde, som fremgår af delkendelsen af 23. november 2018, og da det, som Jydsk Emblem Fabrik A/S i øvrigt har anført, herunder om udbudslovens § 169, ikke kan føre til et andet resultat, tages påstand 1 og 2 ikke til følge.

Ad påstand 3

Om påstand 3 udtalte klagenævnet i delkendelsen af 23. november 2018 følgende:

”Det fremgår af udbudsmaterialet, at der ved evalueringen af ”test (Expert evaluation)” ville blive anvendt en pointskala på 1-5, hvor scoren udtrykkes i halve point. Samtidig kan det af udbudsmaterialet udledes, at de tre evalueringskrav (nr. 38, 39 og 40) indeholdt forskellige elementer, som ville blive vurderet, og at ekspertgruppen ville foretage en ”overall evaluation”. Efter det oplyste om ekspertgruppens evaluering lægger klagenævnet til grund, at der ved evalueringen er anvendt den pointskala udtrykt i halve og hele point, som er forudsat i udbudsmaterialet, og at der herefter er udregnet en gennemsnitlig score, som for Jydsk Emblem Fabrik A/S’ vedkommende resulterede i en

”average score” på 4,94 på krav nr. 38 mod 4,78 til den vindende tilbudsgiver. Uanset at det kunne have været tydeligere angivet, at der ville blive foretaget en sådan gennemsnitsberegning, finder klagenævnet, at der dog ikke er grundlag for at fastslå, at der foreligger en sådan overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet, at det vil kunne føre til tilsidesættelse af evalueringsmetoden eller annullation af tildelingsbeslutningen.”

Af de grunde, som fremgår af delkendelsen, og da Jydsk Emblem Fabrik A/S ikke har fremført noget, som giver grundlag for en anden vurdering, tages påstand 3 ikke til følge.

Ad påstand 4-6

Om påstand 4-6 udtalte klagenævnet i delkendelsen af 23. november 2018 følgende:

”Påstandene synes at bygge på en antagelse om, at evalueringen af de kvalitative krav skulle ske dels på baggrund af en test af vareprøver, dels på baggrund af en vurdering af tilbudsgivernes beskrivelse af opfyldelsen af kravene.

Denne antagelse kan ikke tiltrædes.

Det fremgår af udbudsmaterialet, herunder udbudsbetingelsernes afsnit 7.2.1, at evalueringen af de kvalitative krav alene ville bestå af en ekspertgruppes test af de indleverede vareprøver.

Det forhold, at der i kravspecifikationen og leverandørens tilbud, ”The Supplier’s offer”, findes en kolonne under overskriften ”Tender description”, gør således ikke, at der herved er skabt en sådan uklarhed, som har været egnet til at skabe tvivl om, hvordan evalueringen af de kvalitative krav ville blive foretaget. Dette støttes også af, at ingen af tilbudsgiverne efter det oplyste har givet en beskrivelse af opfyldelsen af kravene.

Det er således i overensstemmelse med udbudsmaterialet og den offentliggjorte evalueringsmetode, at FMI i forhold til ”test (Expert evaluation)” ikke har evalueret på andet end resultatet fra ekspertgruppens test af de tre forskellige metalobjekter, der var indleveret prøver af.”

Som anført under påstand 3 kan det af udbudsmaterialet udledes, at de tre evalueringskrav (nr. 38, 39 og 40) indeholdt forskellige elementer, som ville blive vurderet, og at ekspertgruppen ville foretage en ”overall evaluation”. Ekspertgruppen ville vurdere tre forskellige vareprøver: ”Parachute wing”, ”Button” og ”BRS”. Det fremgår af evalueringen, at ”Parachute wing” er blevet evalueret i forhold til

både ”Geometrical Quality” (nr. 38), ”Finishing Quality” (nr. 39) og ”Enamel Quality” (nr. 40). Det fremgår endvidere, at ”Button” alene er evalueret i forhold til ”Geometrical Quality” (nr. 38), og at ”BRS” er evalueret i forhold til ”Geometrical Quality” (nr. 38) og ”Finishing Quality” (nr. 39).

Det lægges efter det oplyste til grund, at hverken ”Button” eller ”BRS” har en emaljeoverflade, og at ”Parachute wing” og ”BRS” har synlige lodninger, hvilket derimod ikke er tilfældet for ”Button”.

Af kravspecifikationen fremgår vedrørende krav nr. 40 (”Enamel Quality”) udtrykkeligt, at det alene er vareprøver med emaljeoverflade, der vil blive evalueret i forhold til dette krav (”All delivered enamelled samples shall be tested ...”). Det er således i overensstemmelse med udbudsmaterialet, at det alene er ”Parachute wing”, der er evalueret i forhold til kravet om emaljekvalitet.

For så vidt angår krav nr. 39 (”Finishing quality”) fremgår af kravspecifikationen, at ”All delivered samples shall be tested ...”, og at ekspertgruppen ville inddrage ”... the soldering material in regard to its even spread and placement and the cleanliness of all surfaces in regard to impurities, fingerprints and dirt.”

Det må have stået klart for tilbudsgiverne, at det kun er ”Parachute wing” og ”BRS”, der har synlige lodninger, og det kan derfor ikke anses for at være i strid med udbudsmaterialet, at det kun er disse vareprøver og ikke tillige ”Button”, der er evalueret i forhold til ”Finishing quality” vedrørende ”soldering material”. Uanset, at det kunne have været mere udtrykkeligt angivet, at krav nr. 39 – også for så vidt angår den del, der vedrører ”the cleanliness of all surfaces in regard to impurities, fingerprints and dirt” – alene ville blive vurderet i forhold til vareprøverne ”Parachute wing” og ”BRS”, er der ikke grundlag for at fastslå, at FMI har handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, eller § 2.

Herefter og af de grunde, som er anført i delkendelsen af 23. november 2018, tages påstand 4-6 ikke til følge.

Ad påstand 7

Da Jydsk Emblem Fabrik A/S ikke har fået medhold i nogen af de nedlagte påstande, tages selskabets påstand om annullation af tildelingsbeslutningen ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Jydsk Emblem Fabrik A/S skal i sagsomkostninger til Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Hanne Aagaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig