

K E N D E L S E

Peab Asfalt A/S
(advokat Lars Mumm, Aarhus)

mod

Øresundsbro Konsortiet I/S
(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 176-458127 af 7. september 2021, der blev offentliggjort den 10. september 2021, udbød Øresundsbro Konsortiet I/S ("konsortiet") som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale vedrørende belægningsarbejder.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 19. oktober 2021 havde konsortiet modtaget tre tilbud, herunder fra Peab Asfalt A/S ("Peab"). Den 12. november 2021 underrettede konsortiet tilbudsgiverne om, at NCC Industry Aktiebolag ville blive tildelt rammeaftalen.

Den 22. november 2021 indgav Peab klage til Klagenævnet for Udbud over konsortiet. Peab fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 24. november 2021 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Peab har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at konsortiet har handlet i strid med udbudslovens § 56 og udbudslovens § 128, stk. 2, samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at angive den anslåede mængde eller den anslåede værdi af de tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at konsortiet har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have givet modstridende oplysninger i udbudsmaterialet, idet det var angivet i udbudsbekendtgørelsen, at rammeaftalen havde en varighed på 24 måneder (2 år) uden mulighed for forlængelse og ingen optioner, hvorimod det fremgik af det øvrige udbudsmateriale (Upphandlingsdokument), at rammeaftalen havde en varighed på to år med mulighed for forlængelse af aftalen i 1 + 1 år.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at konsortiet har handlet i strid med udbudslovens § 56 og udbudslovens § 128, stk. 2, samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at udbudsbekendtgørelsen ikke indeholder de påkrævede oplysninger.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at konsortiet har handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at have beskrevet indholdet af alle dele af evalueringsmodellen i forhold til underkriteriet pris.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at konsortiet har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at anvende en evalueringsmodel for pris, som ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere konsortiets beslutning om at tildele den udbudte rammeaftale til NCC Industry Aktiebolag.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at konsortiet har overtrådt udbudslovens § 171, stk. 4, idet konsortiet ikke i tildelingsbeslutningen af 12. november 2021 har oplyst nærmere om den kvalitative bedømmelse af NCC Industry Aktiebolags tilbud.

Påstand 8

Klagenævnet skal afgive en udtalelse om, hvorvidt der foreligger særlige forhold, som tilsiger, at konsortiets rammeaftale med NCC Industry Aktiebolag videreføres, jf. klagenævnslovens § 14 a.

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

Klagenævnet har den 24. november 2021 meddelt konsortiets kontraktpart, NCC Industry Aktiebolag, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

NCC Industry Aktiebolag har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Konsortiet udbød som anført ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 176-458127 af 7. september 2021 som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale vedrørende belægningsarbejder. Udbudsmaterialet blev offentliggjort i systemet TendSign.

Udbudsbekendtgørelsen indeholder bl.a. følgende:

”Del II: Genstand

II.1) Udbuddets omfang

II.1.1) Betegnelse:
Belægningsarbejde
...

II.1.2) Hoved-CPV-kode
50230000 Reparation, vedligeholdelse og tilhørende tjenesteydelser vedrørende veje og andet udstyr

II.1.3) Kontrakttype
Tjenesteydelser

...

II.1.5) Anslået samlet værdi

II.1.6) Oplysninger om delkontrakter

Kontrakten er opdelt i delkontrakter: nej

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Upphandlingen avser større belægningsarbejdet på Øresundsförbindelsen samt mindre drifts og underhållsarbejde som avropas vid behov.

...

Kvalitetsbedömning

För att poäng ska erhållas är det viktigt att Leverantören tydligt svarar på efterfrågade kriterier.

Øresundsbron ger en kvalitetsbedömning i 5 nivåer enligt följande:

100 - Leverantörens redovisning av kriteriet bedöms ge ett uto-mordentligt högt mervärde för Øresundsbron och garantera ett optimalt genomförande och slutresultat med minsta möjlig miljöpåverkan. 75 - Leverantörens redovisning av kriteriet, bedöms ge ett högt mervärde för Øresundsbron med en hög sannolikhet för gott genomförande och slutresultat med låg miljöpåverkan. 50 - Leverantörens redovisning av kriteriet, bedöms ge ett mervärde för Øresundsbron med en begränsad sannolikhet för gott genomförande och slutresultat med låg miljöpåverkan. 25 - Leverantörens redovisning av kriteriet, bedöms ge ett litet mervärde för Øresundsbron med en begränsad sannolikhet för gott genomförande och slutresultat med låg miljöpåverkan. 0 - Leverantörens redovisning av kriteriet, bedöms inte ge något mervärde för Øresundsbron. Om svar utelämnas ger även det 0 poäng.

Samtliga utvärderingsfrågor/kriterier inklusive pris kan ge maximalt 100 poäng i utvärdering och ska inte blandas ihop med ovan siffror. Ovan siffror är en bedömning för respektive utvärderingsfråga/kriterie och tex Att erhålla 100 för utvärderingsfrågan/kriteriet ger 100% av frågans poängviktning, Att erhålla 75 för utvärderingsfrågan/kriteriet ger 75% av frågans poängviktning osv.

II.2.5) Tildelingskriterier

Prisen er ikke det eneste tildelingskriterium og alle kriterier er udelukkende anført i udbudsdokumenterne

II.2.6) Anslået værdi

II.2.7) Varighed af kontrakten, rammeaftalen eller det dynamiske indkøbssystem

Varighed i måneder: 24

Denne kontrakt kan forlænges: nej

...

II.2.11) Oplysninger om optioner

Optioner: nej

...

VI.4) Klageprocedurer

VI.4.1) Organ med ansvar for klageprocedurerne

Officielt navn: Klagenævnet for Udbud

By: Nævnenes Hus Toldboden 2 8800 Viborg

Land: Danmark.”

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 192-500731 af 29. september 2021, som blev offentliggjort den 4. oktober 2021, blev tilbudsfristen berigtiget fra den 7. oktober 2021 til den 19. oktober 2021.

I uopphandlingsdokument af 15. september 2021 hedder det bl.a.:

”1. Anbudsinbudan

...

1.4 Omfattning

Ramavtal tecknas i syfte att göra större beläggningsarbeten på Öresunds-förbindelsen (motorvägen, tunnel, bro, Pepparholmen) samt mindre drifts och underhållsarbete som avropas vid behov, enligt Bilaga MF. Under ramavtalsperioden kan det även uppstå förbättringsarbeten och andra mark och anläggningsarbeten som kommer avropas av Øresundsbron efterhand.

Avtalets volymer är baserade på historiskt utfall och volymen förväntas bli ca 17 MDKK under en 4 års period.

Øresundsbron ställer inte någon volymgaranti.

1.4.1 Takvolym

Den maximalt tillåtna volymen för ramavtalet under avtalstiden uppgår till ca 22 MDKK och utgör ramavtalens takvolym.

...

5. Utvärdering

5.1 Utvärdering av anbud

...

5.1.3 Utvärderingsmodell

- Kriterierna utvärderas var för sig och poäng erhålles enligt beskrivning i respektive punkt.
- Bedöms inte anbudet nå upp till ställd kravgräns förkastas anbudet i sin helhet.
- Det anbud som har den högsta slutpoängen utses till vinnare.

Øresundsbron tillämpar för denna upphandling utvärdering enligt linjärskaledmodellen.

5.1.4 Anbudspresentation

Øresundsbron kan kalla till ett möte under utvärderingsprocessen. Vid mötet önskar Øresundsbron att Leverantören presenterar sitt företag, redovisar sitt anbud samt svarar på eventuella frågor Øresundsbron kallar till ett sådant möte om behov föreligger.

5.1.5 Kvalitetsbedömning

För att poäng ska erhållas är det viktigt att Leverantören tydligt svarar på efterfrågade kriterier. Øresundsbron ger en kvalitetsbedömning i 5 nivåer enligt följande:

100 - Leverantörens redovisning av kriteriet bedöms ge ett utomordentligt högt mervärde för Øresundsbron och garantera ett optimalt genomförande och slutresultat med minsta möjliga miljöpåverkan.

75 - Leverantörens redovisning av kriteriet, bedöms ge ett högt mervärde för Øresundsbron med en hög sannolikhet för gott genomförande och slutresultat med låg miljöpåverkan.

50 - Leverantörens redovisning av kriteriet, bedöms ge ett mervärde för Øresundsbron med en begränsad sannolikhet för gott genomförande och slutresultat med låg miljöpåverkan.

25 - Leverantörens redovisning av kriteriet, bedöms ge ett litet mervärde för Øresundsbron med en begränsad sannolikhet för gott genomförande och slutresultat med låg miljöpåverkan.

0 - Leverantörens redovisning av kriteriet, bedöms inte ge något mervärde för Øresundsbron. Om svar utelämnas ger även det 0 poäng. Samtliga utvärderingsfrågor/kriterier inklusive pris kan ge maximalt 100 poäng i utvärdering och ska inte blandas ihop med ovan siffror.

Ovan siffror är en bedömning för respektive utvärderingsfråga/kriterie och tex Att erhålla 100 för utvärderingsfrågan/kriteriet ger 100% av frågans poängviktning, Att erhålla 75 för utvärderingsfrågan/kriteriet ger 75% av frågans poängviktning osv.

...

5.6 Pris

Pris ska lämnas för hela uppdraget. Pris anges exklusive mervärdesskatt.

Valuta

Om Avtalet tecknas i annan valuta än den offererade, kommer lämnade priser att omräknas utifrån den officiella kursen 5 arbetsdagar före sista anbudsdag. Då Leverantör har säte i Sverige tecknas avtal i SEK, för övriga länder i DKK, och betalas i respektive valuta. Den officiella växlingskursen från Danmarks nationalbank (www.nationalbanken.dk) ligger till grund för fastställande av priser.

Totalkostnad Uppdrag förs in från Mängdförteckning		Øresundsbro ...  40 p.
Linjär skala. 17 000 000 - 15 000 000 DKK. Expanderad skala		
 Leverantörskommentar tillåten		

...

6. Allmänna villkor

...

6.1.2 Angiven takvolym

Om ramavtalens omsättning uppnår angiven takvolym, eller detta förhållande förväntas inträffa inom en snar framtid, har beställaren rätt att säga upp ramavtalet till omedelbart upphörande. En sådan uppsägning påverkar inte giltigheten av avropsavtal/kontrakt som ingåtts med stöd av ramavtalet dessförinnan.

Beställaren garanterar ingen volym.

6.2 Avtalstid

Ramavtalet gäller from signering av avtalet och 2 år framåt. Øresundsbron har rätt att förlänga avtalet med maximalt 1+1 år. Beställaren ska

senast tre (3) månader före avtalstidens utgång/respektive förlängningsperiods utgång lämna skriftligt besked om man önskar förlänga ramavtalet. Vid utebliven förlängning upphör avtalet automatiskt. Pågående avrop ska slutföras enligt plan och till fastställt pris trots avtalets upphörande.

...

6.9.2 Prisjustering

Angivna priser är fasta för Avtalets första period, dvs 2 år.

Vid förlängning av Avtalet har Leverantören rätt att begära prisjustering med KPI (Konsumentprisindex), förutsatt att prisutvecklingen enligt aktuellt index har förändrats med minst 2 % (+/-).

- Basmånad för indexberäkning är oktober månad 2021.
- Jämförelsemånad är tre månader innan prisjustering begärs.

Begäran om prisjustering enligt ovan ska göras skriftligen senast tre (3) månader före förlängningsperiodens början. Retroaktiva prisjusteringar godkännes ej.”

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 19. oktober 2021 modtog konsortiet tilbud fra NCC Industry Aktiebolag, Skanska Industrial Solutions AB og Peab. Den 12. november 2021 underrettede konsortiet tilbudsgiverne om, at NCC Industry Aktiebolag ville blive tildelt rammeaftalen.

I underretningsbrevet står der bl.a.:

”3.2 Upphandlingsprotokoll

...

3.2.7 Utvärderingsprocess

Med stor respekt för Leverantörernas anbud har referensgruppen (se specificering ovan) på motsvarande sätt lagt ner stor omsorg och kraft med att på ett objektivt sätt utvärdera inkomna anbud.

Efter kontroll av inkomna anbud med bifogat material, inkluderande kvalificering och granskning av företagsuppgifter, har referensgruppen tilldelats samtliga anbud och en sammanställning över desamma, varefter referensgruppen enskilt granskat och värderat varje enskilt svar.

Härefter har en sammanställning av värden gjorts och referensgruppen har därpå gemensamt gått igenom kriterie för kriterie och säkerställt att man uppfattat svaren på ett enhetligt sätt och säkerställt genom intern ar-

gumentation en gemensam värdering på varje punkt. Arbetet har utmynnat i ett preliminärt resultat och föranlett framtagande av frågor till anbudsgivare för förtydliganden eller klarläggande i förekommande fall. Därefter har slutlig avstämning och kvalitetskontroll av utvärdering gjorts.

...

3.2.9 Utvärderingskriterier

- Pris - 40%
- Kvalitet - 60%

Kvalitetskriteriet är uppdelad i följande delar:

Genomförande - 25%

Kvalitetssäkring - 10%

Organisation - 10%

Hållbarhetsarbete - 15%

...

3.3.2 Resultat totalt

Poängöversikt

Anbudsgivare	NCC Industri Aktiebolag	PEAB Asfalt A/S	Skanska Industrial Solutions AB
Genomförande, max 25p	12,5	18,75	12,5
Kvalitetssäkring, max 10p	2,5	5	2,5
Organisation, max 10p	5	7,5	7,5
Hållbarhetsarbete, max 15p	7,5	7,5	7,5
Pris, max 40p	-28,9 (18.445.000DKK)	- 62,73 (20.136.508DKK)	- 59 (19.950.000DKK)
Resultat	- 1,40	- 23.98	- 29

”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Peab har gjort gældende, at konsortiet ikke har anført den anslåede mængde eller den anslåede værdi af de varer, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale i udbudsbekendtgørelsen, hvilket konsortiet var forpligtet til, jf. herved klagenævnets kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark samt EU-Domstolens dom af 17. juni 2021 i sag C-23/20 mellem samme parter.

Konsortiet anerkender, at den anslåede mængde eller den anslåede værdi af de tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale, ikke er angivet i udbudsbekendtgørelsen. Det er ikke tilstrækkeligt, at udbudsbekendtgørelsen henviser til, hvor udbudsmaterialet findes, idet det fremgår af udbudslovens § 56 og udbudslovens § 128, stk. 2, at oplysningerne skal angives i udbudsbekendtgørelsen.

Konsortiet har i øvrigt ikke på tilstrækkelig måde oplyst om hverken den anslåede værdi eller mængde i udbudsmaterialet. Som det fremgår af udbudsbekendtgørelsens afsnit II.2.7), er rammeaftalen gældende i 24 måneder uden mulighed for forlængelse. Derfor giver det ikke mening, at konsortiet i udbudsmaterialet har anført, at volumen over 4 år forventes at være ca. 17 mio. kr.

Arbejdet, som er omfattet af rammeaftalen, vedrører både større belægningsarbejder samt mindre drifts- og vedligeholdelsesarbejder, og det må derfor antages, at mængden af arbejde ikke er kontinuerlig fra år til år. Konsortiet skulle således have angivet den anslåede værdi eller mængde i den 2-årige periode, hvor rammeaftalen er gældende.

For så vidt angår den maksimale værdi har konsortiet angivet i upphandlingsdokumentets pkt. 1.4.1, at den maksimale værdi er ca. 22 mio. kr. Det er ikke tilstrækkeligt med en cirka angivelse i udbudsmaterialet. Derudover må upphandlingsdokumentets pkt. 6.1.2 fortolkes sådan, at konsortiet har ret til, men ikke pligt til, at opsigte rammeaftalen, såfremt indkøbene på rammeaftalen nærmer sig ca. 22 mio. kr., og at kontrakter indgået på grundlag af rammeaftalen fortsat er gyldige. Konsortiet må dermed indkøbe flere ydelser på rammeaftalen, selvom der samlet set er indkøbt ydelser på rammeaftalen, som overstiger en værdi på ca. 22 mio. kr., hvilket er i strid med udbudslovens bestemmelser.

Det er ikke afgørende for klagenævnets vurdering af den udbudsretlige overtrædelse, om Peab har lidt et tab.

Konsortiet har gjort gældende, at det er korrekt, at den anslåede mængde ikke er direkte anført i udbudsbekendtgørelsen, men der er klikbare links til udbudsmaterialet, hvor oplysningerne præsenteres tydeligt. På den baggrund opfylder udbudsbekendtgørelsen de krav, der stilles til angivelsen af den anslåede mængde.

Volumen/omfanget af rammeaftalen fremgår af udbudsmaterialet, da det er beskrevet, at værdien forventes af blive ca. 17 mio. kr. over 4 år. Den anførte takvolymen/max volumen på ca. 22 mio. kr. angiver den volumen, ved hvilken rammeaftalens loft udbudsmæssigt anses for at være nået. Consortiet har således skønnet, at opgavens værdi ligger på ca. 17 mio. kr., og konsortiet har sat et maksimalt beløb ind på 22 mio. kr.

Det bemærkes i øvrigt, at Peab ikke har lidt nogen skade.

Ad påstand 2

Peab har gjort gældende, at konsortiet har givet modstridende oplysninger i udbudsmaterialet.

I udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.7) har konsortiet angivet, at den udbudte rammeaftale har en varighed på 24 måneder uden mulighed for forlængelse. Endvidere fremgår det af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.11), at udbuddet ikke indeholder optioner.

Derimod fremgår det af upphandlingsdokuments pkt. 6.2, at rammeaftalen er gældende 2 år fra aftalens underskrift, og at konsortiet har ret til at forlænge rammeaftalen med 1 + 1 år, dvs. at rammeaftalen potentielt kan have en løbetid på 4 år ved forlængelse. Dette er i direkte modstrid med det anførte i udbudsbekendtgørelsen.

De modstridende oplysninger har medført, at betingelserne for den udbudte opgave er uklare, hvormed der er opstået tvivl om den udbudte ydelse, hvilket har som konsekvens, at der ikke kan konkurreres på et ensartet grundlag. Dermed er udbudsmaterialet ugenomsigtigt og uklart, hvormed det ikke kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Konsortiet er som ordgiver ansvarlig for eventuelle uklarheder i udbudsmaterialet. Det er derfor uden betydning, hvorvidt Peab eller andre ansøgere har stillet spørgsmål til udbudsmaterialet. Ansøgerne er ikke ansvarlige for at gøre konsortiet opmærksom på uklarheder og/eller fejl i udbudsmaterialet. Der henvises i den forbindelse til klagenævnets kendelse af 22. november 2004, Dansk Restprodukt håndtering A.m.b.a. mod Århus Kommune. Der er ikke tale om en mindre uklarhed, men en meget væsentlig uklarhed, da rammeaftalens varighed er helt afgørende for ansøgerne, herunder muligheden for forlængelse og optioner, når ansøgerne skal afgive deres tilbud.

Konsortiet anerkender, at der ikke er overensstemmelse mellem udbudsmaterialet og udbudsbekendtgørelsen. Peab har ikke kendskab til, hvorvidt systemet TendSign giver mulighed for at angive 2+1+1, som anført af konsortiet. Såfremt TED eNotices anvendes, er det muligt at angive, at kontrakten kan forlænges efter de 2 år, ligesom det er muligt at angive, at udbuddet indeholder optioner. Konsortiet har således kunnet overholde sine udbudsretlige forpligtelser.

Konsortiet har gjort gældende, at udbudsbekendtgørelsen blev offentliggjort i systemet TendSign, hvor det ikke er muligt at angive, at rammeaftalen har en varighed på 2 år med mulighed for at forlænge aftalen med 1 + 1 år. Det er beklageligt, at systemet ikke teknisk set har den retvisende mulighed. Det fremgår imidlertid af upphandlingsdokumentets pkt. 6.2, at der ønskes tilbud på perioden 2 år med ret til forlængelse med maksimalt 1 + 1 år.

Under hele udbudsprocessen har der været mulighed for at stille spørgsmål og anmode om uddybende oplysninger i tilfælde af tvivl. Peab har alene stillet et spørgsmål af teknisk karakter, hvilket tyder på, at der ikke har været andre uklarheder. Hvis Peab var af den opfattelse, at den udbudte opgave var uklar med hensyn til varigheden, burde Peab have kontaktet konsortiet med afklarende spørgsmål herom.

Ad påstand 3

Peab har gjort gældende, at udbudsbekendtgørelsen ikke indeholder de påkrævede oplysninger med hensyn til en beskrivelse af tildelingskriterierne, hvor der alene henvises til udbudsdokumenterne, og en beskrivelse af klageprocedurerne under pkt. VI.4.3., hvilket er i strid med udbudslovens § 56 og § 128, stk. 2, jf. bilag V, del C, til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv

2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

Konsortiet har således tilsidesat forpligtelserne i henhold til udbudsloven og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed til at angive tildelingskriterierne, klageprocedureren, samt hvor der kan fås oplysninger om klageproceduren i udbudsbekendtgørelsen. Consortiet har endvidere intet anført om klagefrister, hvilket heller ikke kan anses som en mindre fejl.

Udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.4) indeholder alene en beskrivelse af evalueringsmetoden, men ikke tildelingskriterierne, og det samme gør sig gældende for upphandlingsdokumentets pkt. 5.1.5.

Det forhold, at tilbudsgiverne har haft mulighed for at stille spørgsmål i udbudsprocessen, kan ikke føre til, at konsortiet kan anses at have opfyldt sine forpligtelser.

Konsortiet har gjort gældende, at tildelingskriterierne fremgår af udbudsbekendtgørelsens afsnit II.2.4), som nærmere beskrevet i upphandlingsdokumentets pkt. 5.1.5. Klageproceduren fremgår af udbudsbekendtgørelsens afsnit VI.4.1), dog uden angivelse af frist for klage, hvilket må anses for en mindre fejl fra konsortiets side.

Peab har haft mulighed for at stille spørgsmål under hele udbudsprocessen og anmode om uddybende oplysninger i tilfælde af tvivl. Peab har ikke stillet spørgsmål til udbudsmaterialets omfang eller henledt opmærksomheden på, at der har manglet noget.

Ad påstand 4

Peab har gjort gældende, at udbudsbekendtgørelsen ikke indeholder en beskrivelse af evalueringsmodellen i forhold til underkriteriet ”Pris”. Det er alene upphandlingsdokumentet, som indeholder en meget sparsom beskrivelse af evalueringsmodellerne for underkriterierne samt underkriteriernes vægtning. Det kan dog af udbudsmaterialet udledes, at det var hensigten, at de kvalitative underkriterier samlet set maksimalt kunne give 60 point ud af 100, dvs. kriterierne udgjorde 60 %, og at underkriteriet ”Pris” maksimalt kunne give 40 point ud af 100, dvs. ”Pris” udgjorde 40 %. Såfremt underkriteriet ”Pris” rent faktisk havde vægtet 40 %, ville Peab have vundet udbuddet.

I relation til evalueringsmetoden for underkriteriet ”Pris” er det alene angivet, at der anvendes en lineær model. Konsortiet har ikke angivet yderpunkterne, ligesom konsortiet ikke har beskrevet, hvad konsekvensen er, hvis tilbudsgivernes pris er uden for yderpunkterne. Det er intet sted i udbudsmaterialet anført, at yderpunkterne for den lineære model som anført af konsortiet under sagen er 15 mio. kr. og 17 mio. kr., og at der gives en negativ score for tilbud over den øvre grænse.

På baggrund af udbudsmaterialets indhold kunne en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver ikke forstå metodens (modellens) betydning for vægtningen og dermed for konkurrencen mellem de bydende.

Konsortiet har således ikke beskrevet indholdet af alle dele af evalueringsmodellen. Dermed har udbudsmaterialet været af en sådan karakter, at det ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Det bemærkes i øvrigt, at det i henhold til udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet er uklart, om der skal gives pris på 2, 4 eller et andet åremål. Konsortiet har indsat fiktive mængder i mængdefortegnelsen, men det er ikke oplyst, hvor mange år de fiktive mængder antages at blive forbrugt over.

I det aktuelle marked med stærkt stigende priser på bl.a. energi og materialer er det af væsentlig betydning for konkurrencesituationen, at tilbudsgiver modtager korrekt oplysning om rammeaftalens varighed.

Konsortiets oplysninger under sagen indikerer, at konsortiet havde til hensigt at vælge den maksimale værdi på 22 mio. kr. som yderpunktet for den lineære model. Konsortiet anvendte dog 17 mio. kr. som yderpunkt, da konsortiet evaluerede tilbuddene.

Det forhold, at tilbudsgiverne har haft mulighed for at stille spørgsmål i udbudsprocessen, kan ikke føre til, at konsortiet kan anses at have opfyldt sine forpligtelser.

Konsortiet har gjort gældende, at vægtningen af underkriteriet ”Pris” ikke er utydelig. Det fremgår klart af udbudsmaterialet, at ”Pris” vægter 40 %, og at ”Kvalitet” vægter 60 %, jf. upphandlingsdokumentets pkt. 5.6. Peab blev for sit tilbud på 18.445.000 kr. tildelt højeste point blandt de tre tilbudsgivere.

Peab har ikke kalkuleret med anvendelsen af en ekspanderbar, lineær skala, hvilket betyder, at tilbud uden for prisspændet gives extrapolerede point. Et tilbud over den øvre grænse for den lineære skala giver således en negativ score, og et tilbud under den nedre grænse for den lineære skala giver over 100 point. Peabs tilbud lå højt over den øvre grænse på den lineære skala og fik derfor en stærkt negativ score i forhold til det angivne maksimum på 17 mio. kr.

Det er ikke foreneligt med tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" at vurdere på en fast lineær skala, fordi en tilbudsgiver med en pris, der er lavere end prisskalaen, dermed ikke opnår en fordel i evalueringen, jf. klagenævnets kendelse af 4. november 2015, Q-Free ASA mod Øresundsbro Konsortiet. Da Peabs tilbud er højere end prisskalaen, er det en konsekvens af klagenævnets kendelse, at Peab skal have mindre end 0 point.

Det er en helt rimelig og sædvanlig model for en rammeaftale, at der angives fiktive mængder, sådan som konsortiet har gjort det i mængdefortegnelsen. Under generelle vilkår og betingelser fastsættes prisen for 2 år, og derefter sker der en indeksering. Derudover er der en reguleringsmodel, der adresserer prisudsving over tid. Peabs indvending om, at det er uklart, om prisen skal angives for 2 eller 4 år, er derfor irrelevant.

I det omfang Peab var af den opfattelse, at det var uklart, om prisen skulle angives for 2 eller 4 år, burde Peab have stillet spørgsmål herom under udbudsprocessen.

Ad påstand 5

Peab har gjort gældende, at det på baggrund af tildelingsbeslutningen kan konkluderes, at underkriteriet "Pris" vægtede 40 %, og at konsortiet anvendte en pointskala, hvor tilbud blev tildelt point efter en lineær model, og hvor tilbud med en pris på 17 mio. kr. blev tildelt 0 point, og tilbud med en pris på 15 mio. kr. blev tildelt 100 point.

I upphandlingsdokumentets pkt. 1.4 fremgår det, at aftalens omfang forventes at blive 17 mio. kr. over en 4-årig periode, og at der forventes et maksimalt indkøb på 22 mio. kr.

Det måtte derfor have stået konsortiet klart, at såfremt konsortiet ønskede at anvende en lineær model som evalueringsmetode for underkriteriet ”Pris”, burde den højeste pris (det ene yderpunkt) ikke være 17 mio. kr., men i stedet det forventede maksimale indkøb på 22 mio. kr. Det burde derfor ligeledes have stået konsortiet klart, at den anvendte evalueringsmodel ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

En ordregiver, der ønsker at anvende en bestemt evalueringsmodel, skal sikre sig, at modellen er konkret egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Dette gælder også, selvom modellen er oplyst i udbudsbetingelserne. De fiktive tal, som bruges i prisevalueringsmodellen, skal være egnet til at afspejle de faktisk forventede indkomne tilbud. Ordregiveren skal således fastsætte yderpunkterne i en lineær model sådan, at der ikke realistisk kan ventes højere tilbudspriser end det angivne yderpunkt i den øvre grænse. Den tilbudspris, der udløser minimumspoint (0 point), bør således fastsættes sådan, at der ikke realistisk kan ventes højere tilbudspriser. Hvis der imidlertid alligevel indkommer et eller flere tilbud med højere tilbudspris, er en ordregiver derfor nødt til at annullere udbuddet og iværksætte et nyt udbud med en ændret model.

Som det fremgår af tildelingsbeslutningen, gav alle de bydende et tilbud over 17 mio. kr., hvilket ligeledes indikerer, at konsortiet ikke har anvendt en egnet evalueringsmodel, idet tilbud som klar hovedregel ligger inden for de to yderpunkter, såfremt ordregiveren har anvendt en egnet evalueringsmodel. Evalueringsmodellen har således på ingen måde afspejlet spredningen i de indkomne tilbud. Desuden er spændet mellem to valgte yderpunkter, henholdsvis 15 mio. kr. og 17 mio. kr., for lavt.

Konsekvensen af at anvende forkerte yderpunkter ved den lineære model samt anvende et for lavt spænd mellem yderpunkterne er, at underkriteriet får en langt større vægtning end tilsigtet af ordregiveren.

Tilbudsgiverne har i udbuddet fået henholdsvis minus 72,25 point, minus 156,82 point og minus 147,5 point for underkriteriet ”Pris”, hvor det var ”forventningen”, at pointene skulle ligge i intervallet 0-100 point. Når tallene ganges med vægtningen for underkriteriet (40 %) giver det henholdsvis minus 28,9 point, minus 62,73 point samt minus 59 point. Konsortiets anvendelse af den uegnede evalueringsmodel har haft den virkning, at underkriteriet ”Pris” blev en afgørende for tildelingsbeslutningen, hvor hensigten

havde været, at de kvalitative kriterier skulle have haft en større vægtning end prisen.

Da konsortiet har anvendt en evalueringsmodel for underkriteriet ”Pris”, som er uegnet, kan udbudsmaterialet ikke danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Konsortiet har gjort gældende, at de 22 mio. kr. er et maksimum i rammeaftalen, som ikke må overskrides. Det er dog forventningen, at arbejderne med asfaltering skal rummes inden for 17 mio. kr. Det har intet at gøre med hverken forventning eller evaluering.

Evalueringen er baseret på fiktive mængder, og dermed er grænserne også fiktive og ikke et udtryk for de forventede endelige omkostninger for hele udbuddet.

Det er som anført under påstand 4 en naturlig konsekvens af en ekspanderbar skala, at det kan føre til en anden vægtning. Det er irrelevant, om det er grænseværdierne i den lineære skala, eller om det er Peabs pris, der er forkert. Der er fastsat klare regler, og Peab har haft mulighed for at beregne deres score på forhånd.

Ad påstand 6

Peab har gjort gældende, at klagenævnet på baggrund af det under påstand 1-5 anførte skal annullere tildelingsbeslutningen, idet udbudsmaterialet ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Konsortiet har gjort gældende, at tildelingen er foretaget i overensstemmelse med udbudsmaterialet, som tilgodeser den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Evalueringen er sket på en ekspanderbar lineær skala med 40 % vægt på prisen, og rammeaftalen er derfor tildelt NCC Industry Aktiebolag. Peab har haft mulighed for at stille spørgsmål til udbudsmaterialet og processen, men har åbenbart ikke været i tvivl herom, hvorfor Peab ikke har søgt afklaring i løbet af udbudsprocessen.

Ad påstand 7

Peab har gjort gældende, at tildelingsbeslutningen ikke indeholder en begrundelse for pointtildelingen i relation til de kvalitative kriterier, da der alene er anført resultatet af pointgivningen.

Det er ikke tilstrækkeligt for at leve op til forpligtelserne i udbudslovens § 171, stk. 4, alene at angive de tildelte point. Den manglende begrundelse har den konsekvens, at det ikke er muligt for Peab at efterprøve, hvorvidt konsortiets evaluering af de kvalitative kriterier er sket inden for rammerne af den beskrevne evalueringsmetode, da det ikke er muligt at konstatere, hvad der er lagt vægt på ved evalueringen. Der henvises i den forbindelse til bl.a. klagenævnets kendelse af 24. november 2021, Attendo A/S mod Greve Kommune.

Konsortiet har ikke gjort særskilte anbringender gældende vedrørende påstanden.

Ad påstand 8

Peab har gjort gældende, at det fremgår af udbudslovens § 185, stk. 2, at ordregiveren, medmindre særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende, som udgangspunkt er forpligtet til at bringe bl.a. en rammeaftale, som er indgået på grundlag af en tildelingsbeslutning, til ophør med et passende varsel, hvis tildelingsbeslutningen er annulleret ved endelig afgørelse eller dom.

Konsortiet vil uden større udfordringer kunne foretage ad hoc indkøb, indtil der etableres en fremtidig lovlig ramme for indkøb af drifts- og vedligeholdelsesarbejder, hvorfor der ikke foreligger særlige forhold, som tilsiger, at konsortiets rammeaftale med NCC Industry Aktiebolag videreføres.

Konsortiet har ikke gjort særskilte anbringender gældende vedrørende påstanden.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Som fastslået i klagenævnets kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark, skal en ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen bl.a. angive den anslåede

mængde eller den anslåede værdi af de *varer*, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale, jf. EU-Domstolens dom af 17. juni 2021 i sag C-23/20.

Manglende overholdelse af denne forpligtelse udgør en overtrædelse af udbudsdirektivets artikel 49, som er implementeret i dansk ret ved udbudslovens § 56 og § 128, stk. 2, og artikel 18, som svarer til udbudslovens § 2.

Påstanden rejser spørgsmålet om, hvorvidt det tilsvarende gør sig gældende for så vidt angår *tjenesteydelser*.

Det følger af udbudslovens § 56 og § 128, stk. 2, at udbudsbekendtgørelsen skal indeholde de oplysninger, der er anført i bilag V, del C, til udbudsdirektivet.

I udbudsdirektivets bilag V, del C. Oplysninger, der skal angives i udbudsbekendtgørelser, hedder det bl.a.:

7. Beskrivelse af kontrakten: arbejdets art og omfang, arten og mængden eller værdien af værdi af de varer, der skal leveres, tjenesteydelsernes art og omfang. Når kontrakten er opdelt i dellerancer, anføres disse oplysninger for hver dellerance. I givet fald beskrivelse af løsningsmuligheder.
8. Det anslåede samlede omfang [den franske version: *grandeur*] af kontrakten eller kontrakterne. Når kontrakten er opdelt i dellerancer, anføres disse oplysninger for hver dellerance.”

Af bilagets punkt 10 fremgår videre bl.a. følgende:

”Tidsramme for levering af varer, bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser og så vidt muligt kontraktens varighed

- a) I tilfælde af rammeaftaler oplyses ligeledes rammeaftalens planlagte løbetid, i givet fald med begrundelse af en løbetid, der overskrider fire år. I det omfang det er muligt, værdien eller omfanget og hyppigheden af de kontrakter, der skal tildeles, og eventuelt påtænkt største antal økonomiske aktører, der kan deltage.”

Som anført i EU-Domstolens dom i sag C-23/20 indebærer såvel ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling som det deraf afledte gennemsigtighedsprincip, at alle betingelser og bestemmelser i

forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, således at alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige tilbudsgivere kan forstå deres nøjagtige indhold og fortolke dem på samme måde.

Oplysninger i udbudsbekendtgørelsen om den anslåede værdi eller omfanget og hyppigheden af de kontrakter, der skal tildeles på rammeaftalen, må anses for et centralt element i potentielle tilbudsgiveres indledende screening af, om de ønsker at foretage en nærmere vurdering af, om de skal afgive tilbud, herunder ved vurderingen af deres evne til at kunne opfylde forpligtelserne i henhold til rammeaftalen.

Det er på den baggrund klagenævnets vurdering, at udbudsdirektivets artikel 49, jf. artikel 33, og punkt 7 og 8 samt punkt 10, litra a, i direktivets del C i bilag V skal fortolkes således, at der i udbudsbekendtgørelsen tillige skal angives den anslåede mængde og/eller den anslåede værdi af de tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til en rammeaftale.

Det følger af udbudsdirektivets artikel 5, stk. 5, at det er den højeste anslåede værdi eksklusiv moms af samtlige offentlige kontrakter, der forventes tildelt inden for rammeaftalens løbetid, der skal tages hensyn til i forbindelse med rammeaftaler, når den ordregivende myndighed skal fastlægge indholdet af den rammeaftale, som påtænkes indgået.

Da udbudsbekendtgørelsen ikke indeholder oplysninger om den anslåede mængde eller den anslåede værdi af de tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til rammeaftalen, tages påstanden til følge.

Ad påstand 6

Konsortiet har ikke løftet bevisbyrden for, at den manglende beskrivelse af rammeaftalens rammer ikke har bevirket, at potentielle tilbudsgivere har afholdt sig fra at afgive tilbud.

Herefter og i øvrigt under hensyn til det, der er anført ad påstand 1, tages påstanden om annullation af konsortiets tildelingsbeslutning til følge.

Påstand 6 tages derfor til følge.

Ad påstand 2-5 og 7

Klagenævnet kan efter lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 2, afgøre en sag helt eller delvis.

Under hensyn til det, der er anført under påstand 1 og 6, tager klagenævnet ikke stilling til påstand 2-5 og 7.

Ad påstand 8

Konsortiet har ikke gjort særskilte anbringender gældende til støtte for påstanden, og der er derfor ikke grundlag for at antage, at der er særlige forhold, der tilsiger, at rammeaftalen videreføres, hvis klagenævnets afgørelse om annullation af tildelingsbeslutningen er endelig.

Klagenævnet afgiver på denne baggrund en ikkebindende foreløbig udtalelse efter klagenævnslovens § 14 a om, at der ikke foreligger særlige forhold, der tilsiger, at kontrakten videreføres, jf. udbudslovens § 185, stk. 2.

Herefter bestemmes:Ad påstand 1

Øresundsbro Konsortiet I/S har handlet i strid med udbudslovens § 56 og udbudslovens § 128, stk. 2, samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at angive den anslåede mængde eller den anslåede værdi af de tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til den udbudte rammeaftale.

Ad påstand 6

Øresundsbro Konsortiet I/S' beslutning om at indgå kontrakt med NCC Industry Aktiebolag annulleres.

Ad påstand 2-5 og 7

Klagenævnet tager ikke stilling til påstandene.

Ad påstand 8

Der foreligger ikke særlige forhold, der tilsiger, at kontrakten videreføres, jf. udbudslovens § 185, stk. 2.

Øresundsbro Konsortiet I/S skal i sagsomkostninger til Peab Asfalt A/S betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig