

K E N D E L S E

1. ATKI ApS,
2. Olsen Engineering A/S og
3. Redflex Traffic Systems Pty Ltd
(advokat Peter Lund Meyer, København)

mod

Rigspolitiet
(Kammeradvokaten v/ advokat Jens Bødtcher-Hansen
og advokat Hanne Padkjær Sørensen)

Biintervenient:

Unitraffic AB
(advokat Anne Kirkegaard, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2012/S 31-049901 af 10. februar 2012 udbød indklagede som begrænset udbud i henhold til udbudsdirektivet en kontrakt betegnet som udstyr til automatisk trafikkontrol (ATK) med tilhørende visitationssoftware og service. Den 8. maj 2012 offentliggjorde indklagede en supplerende bekendtgørelse nr. 2012/S 88-143486. Det fremgik heraf, at indklagede annullerede udbuddet, da *»en relativ stor andel«* af de modtagne 7 anmodninger om prækvalifikation *»ikke fuldt ud overholdt de krævede formalia. Selvom manglerne kunne virke små, skabte de begrundet tvivl om anmodningernes konditionsmæssighed.«*

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2012/S 94-155392 af 14. maj 2012 udbød indklagede herefter igen en kontrakt om levering og vedligeholdelse af et

system til automatisk trafikkontrol (ATK). Kontrakten blev denne gang udbudt i et offentligt udbud, ligeledes i henhold til udbudsdirektivet.

Ved tilbudsfristens udløb den 26. juni 2012 havde indklagede modtaget tilbud fra følgende seks tilbudsgivere:

- ATKI ApS (klager 1)
- Olsen Engineering A/S (klager 2)
- Redflex Traffic Systems Pty Ltd (klager 3)
- Sensys Traffic AB
- SWARCO Danmark A/S
- Unitraffic AB

Rigspolitiet konstaterede imidlertid, at alle seks tilbud var ukonditionsmæssige, og Rigspolitiet meddelte derfor ved supplerende bekendtgørelse nr. 2012/S 163-270583 af 25. august 2012, at det var besluttet at overgå til udbud med forhandling uden ny udbudsbekendtgørelse i henhold til udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a.

Klagen vedrører dette 3. udbud af kontrakten.

Udbudsbetingelserne vedrørende udbuddet med forhandling blev offentliggjort den 22. august 2012 via det elektroniske udbudsværktøj ETHICS.

Den 25. september 2012 meddelte Rigspolitiet, at det var besluttet at tildele kontrakten til Unitraffic AB.

Den 5. oktober 2012 indgav 1. ATKI ApS, 2. Olsen Engineering A/S og 3. Redflex Traffic Systems Pty Ltd (herefter: »klageren« eller: »de klagende virksomheder«) klage til Klagenævnet for Udbud.

De klagende virksomheder anmodede samtidig om, at klagen blev tillagt opsættende virkning, jf. håndhævelseslovens § 12, stk. 2. Klagenævnet modtog samme dag en klage fra Sensys Traffic AB, hvis tilbud under samme udbud var blevet anset for ukonditionsmæssigt. SWARCO Danmark A/S, hvis tilbud blev fundet konditionsmæssigt, indgav herudover samme dag klage over udbuddet. Begge de nævnte andre klagere anmodede ved klagens indgivelse også klagenævnet om at tillægge disse klager opsættende virkning. Den 1. november 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge

nogen af klagerne opsættende virkning. Klagen fra Sensys Traffic AB er efterfølgende blevet tilbagekaldt.

Ved bekendtgørelse (2012/S 217-357257) af 6. november 2012, der blev bragt i EU-tidende den 10. november 2012, meddelte indklagede, at det var besluttet at indgå kontrakt med Unitraffic AB.

Indklagede indgik herefter den 27. november 2012 kontrakt med Unitraffic AB.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med udbudsdirektivets artikel 30, stk. 2, samt ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 30, stk. 3, ved at udelukke enhver forhandling eller justering af foreløbige tilbud under et udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, jf. udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, 2, led.

Påstand 2:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, 2. led, ved at foretage en væsentlig ændring af de oprindelige udbudsbetingelser fra indklagedes annullerede offentlige udbud, jf. udbudsbekendtgørelse nr. 2012/S 94-155392 af 14. maj 2012, og annullationsmeddelelse 2012/S 163-270583 i EU-Tidende den 25. august 2012, og derfor var uberettiget til at gennemføre et udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, jf. udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, 2. led.

Påstand 3:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med gennemsigthedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 samt udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a, ved at fastsætte følgende delkriterier, der ikke kunne indgå i tilbudssammenligningen under de offentliggjorte underkriterier til identifikation af det økonomisk mest fordelagtige tilbud:

Påstand 3.1: Delkriteriet »*Krav til fakturering*« til underkriteriet »*Kvalitet*«.

- Påstand 3.2: Delkriteriet »*Vedligeholdelse*« til underkriteriet »*Kvalitet*«.
- Påstand 3.3: Delkriteriet »*Licensbetingelser*« til underkriteriet »*Kvalitet*«.
- Påstand 3.4: Delkriteriet »*Tidsplan*« til underkriteriet »*Leveringssikkerhed*«.
- Påstand 3.5: Delkriteriet »*Kundens medvirken*« til underkriteriet »*Leveringssikkerhed*«.

Påstand 4:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med gennemsigthedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 samt artikel 53, stk. 1, litra a, ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at der ved sammenligningen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »*Kvalitet*« til det økonomisk mest fordelagtige tilbud ville blive lagt vægt på graden af opfyldelse af følgende krav, der som følge af deres udtømmende regulering af kontraktgenstanden ikke gav nogen mulighed for reel konkurrence:

- Påstand 4.1: Delkriteriet »*Opfyldelse af Krav nr. 5, K1: ... Alarm om lavt spændingsniveau ...*« i henhold til Kravspecifikationen.
- Påstand 4.2: Delkriteriet »*Opfyldelse af Krav nr. 17, K1: ... Fil- og billedID ...*« i henhold til Kravspecifikationen.
- Påstand 4.3: Delkriteriet »*Opfyldelse af Krav nr. 25, K2: ... Dataeksport ...*« i henhold til Kravspecifikationen.
- Påstand 4.4: Delkriteriet »*Opfyldelse af Krav nr. 26, K1: ... Dansk billedscript ...*« i henhold til Kravspecifikationen.

- Påstand 4.5: Delkriteriet »*Opfyldelse af Krav nr. 27, K2: ... Skift til sommer og vintertid ...*« i henhold til Kravspecifikationen.
- Påstand 4.6: Delkriteriet »*Opfyldelse af Krav nr. 28, K1: ... Operatørudløser ...*« i henhold til Kravspecifikationen.
- Påstand 4.7: Delkriteriet »*Opfyldelse af Krav 29, K1: ... Brugergænseflade i måleudstyr ...*« i henhold til Kravspecifikationen.
- Påstand 4.8: Delkriteriet »*Opfyldelse af Krav 30, K1: ... Batter til blitz ...*« i henhold til Kravspecifikationen.
- Påstand 4.9: Delkriteriet »*Opfyldelse af Krav 42, K1: ... Opstilling og igangsætning ...*« i henhold til Kravspecifikationen.
- Påstand 4.10: Delkriteriet »*Opfyldelse af Krav 62, K1: ... Navngivning af fotonummer ...*« i henhold til Kravspecifikationen.
- Påstand 4.11: Delkriteriet »*Opfyldelse af Krav 67, K1: ... Sprog i brugergænseflade ...*« i henhold til Kravspecifikationen.
- Påstand 4.12: Delkriteriet »*Opfyldelse af Krav 71, K1: ... Peer to Peer ...*« i henhold til Kravspecifikationen.
- Påstand 4.13: Delkriteriet »*Opfyldelse af Krav 79, K1: ... Transaktions- og sikkerhedslog ...*« i henhold til Kravspecifikationen.
- Påstand 4.14: Delkriteriet »*Opfyldelse af Krav 84, K1: ... Offline-programmel ...*« i henhold til Kravspecifikationen.

Påstand 4.15: Delkriteriet »*Opfyldelse af Krav 86, K1: ... Drev- og mappeinstallation ...*« i henhold til Kravspecifikationen.

Påstand 5:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 samt artikel 53, stk. 1, litra a, ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at der ved sammenligningen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »*Leveringssikkerhed*« til det økonomisk mest fordelagtige tilbud ville blive lagt vægt på graden af opfyldelse af følgende krav, der som følge af deres udtømmende regulering ikke gav nogen mulighed for reel konkurrence:

Påstand 5.1: Delkriteriet »*Opfyldelse af Krav ID 3 ... Gennemsyn af testplan ...*« i henhold til Tidsplanen.

Påstand 5.2: Delkriteriet »*Opfyldelse af Krav 3.3 ... Måling af svartider i visitationssoftware ...*« i henhold til Servicemål.

Påstand 6:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved alene at forbeholde sig at lade tilbudsgivernes opfyldelse af krav indgå i tilbudsevalueringen.

Påstand 7:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede handlede i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at lægge vægt på oplysninger, der var indeholdt i den tekniske afklaring under det annullerede offentlige udbud, jf. udbudsbekendtgørelse 2012/S 94-155392 af 14. maj 2012.

Påstand 8:

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutningsprocedure og herunder indklagedes beslutning af 25. september 2012 om at indgå kontrakt med Unitraffic AB.

Påstand 9:

Klagenævnet skal erklære den af indklagede indgåede kontrakt med Unitraffic AB for uden virkning.

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

Unitraffic AB, har i henhold til håndhævelseslovens § 6, stk. 5, afgivet et indlæg til støtte for Rigspolitiets påstand.

Sagens nærmere omstændigheder:

Det forudgående offentlige udbud

Af udbudsbekendtgørelsen vedrørende Rigspolitiets forudgående offentlige udbud fremgik blandt andet:

»II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene

Dansk Politis udstyr til automatisk trafikkontrol er aktuelt baseret på analog fotooptagelse samt 1D radartechnologi. Med henblik på at modernisere dette udstyr vil kontrakten omfatte levering og vedligeholdelse af et system til automatisk trafikkontrol, som omfatter både udstyr (herunder navnlig digitale kameraer og digital sensortechnik), programmel (herunder visitationssoftware og statistikprogrammel) og dokumentation.

Dansk Politi har til hensigt at anvende udstyret:

- både på stativ og monteret indvendigt i målebiler (primært VW Transporter og Mercedes Vito),
- til hastighedsmåling over tre vognbaner,
- til at fotografere i såvel dagslys som mørke,
- til at fotodokumentere bilens fører, bilens nummerplade samt i hvilken vognbane en forseelse er begået.

Visitationssoftwaren skal bl.a. benyttes til at fastslå, om et billede er kvalitetsmæssigt egnet til videre sagsbehandling i et eksisterende sagsbehandlingssystem.

Systemet skal automatisk kunne opsamle trafikdata om de passerende køretøjer, og disse trafikdata skal kunne viderebehandles.

Kontrakten omfatter også montering af udstyret i målebiler samt uddannelse.

Rigspolitiet ønsker at indgå kontrakt med én leverandør.

...

Den initiale leverance vil bestå af udstyr til 27 målebiler med tilhørende programmel og dokumentation samt tilknyttede ydelser.

I kontraktens løbetid kan Rigspolitiet gennem udnyttelse af optioner bl.a. købe et væsentligt antal yderligere enheder af udstyret. Rigspolitiet arbejder med en forventning om at købe yderligere 50 enheder af udstyret i kontraktens første 2 år, men Rigspolitiet har endnu ikke bevilling dertil og giver ikke garanti for en omsætning af den størrelse. Omvendt kan det ikke udelukkes, at Rigspolitiet i kontraktens løbetid vil købe flere end 50 yderligere enheder af udstyret.

Der henvises til udbudsmaterialet for en nærmere beskrivelse.

Anslået værdi eksklusive moms: interval:
mellem 10 000 000 og 40 000 000 DKK

...

Beskrivelse af disse optioner: Option på:

- levering, vedligeholdelse og eventuelt montering af væsentligt flere enheder af udstyret med tilhørende programmel og dokumentation, med mulighed for levering fordelt på minimum to leverancer yderligere (forventeligt i andet halvår 2013 og første halvår 2014),
- kalibrering af udstyret,
- supplerende uddannelse,
- referencebesøg hos en anden af leverandørens kunder,
- forlængelse af kontrakten med op til 6 måneder.

Desuden følgende funktionelle optioner:

- optagelse af videosekvenser,
- anvendelse af udstyr til måling i tunneller,
- anvendelse af udstyr til måling i kurvede vejforløb.

Nærmere vilkår for optioner fremgår af udbudsmaterialet.

...

Varighed i måneder: 48 (fra tildeling af kontrakten)

...

IV.2.1) Tildelingskriterier

Det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af de kriterier, der er anført i specifikationerne, i opfordringen til at afgive bud eller til at forhandle eller i det beskrivende dokument

...

IV.3.4) Frist for modtagelse af bud eller ansøgninger om deltagelse

26.6.2012 - 12:00«

Udbudsbetingelserne fastsatte i pkt. 12 blandt andet:

»12 Tildelingskriterium og underkriterier

Tildeling af opgaven vil ske på grundlag af tildelingskriteriet, ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”.

Rigspolitiet vil i den forbindelse lægge følgende underkriterier til grund:

1. Pris	41 %
2. Kvalitet	39 %
3. Leveringssikkerhed	20 %

...

Underkriterierne er uddybende beskrevet i det følgende. Opfyldelse af mindstekrav indgår ikke i vurderingen, selvom det ikke specifikt fremgår nedenfor.

...

12.2 Kvalitet

Ved vurderingen af kvalitet vil der blive lagt høj vægt på opfyldelse af K1-krav i bilag 2 (Kravspecifikation).

Desuden vil opfyldelse af følgende krav indgå i vurderingen kvalitet, men med lavere vægt:

- K2-krav i bilag 2 (kravspecifikation)
- Krav til fakturering i bilag 3 (Priser og betalingsbetingelser)
- Alle krav i bilag 5 (Tilknyttede ydelser)
- Alle krav i bilag 7 (Vedligeholdelse)
- Alle krav i bilag 9 (Licensbetingelser)
- Alle krav i bilag 13 (Optioner) undtagen krav vedrørende et referencebesøg hos en anden af leverandørens kunder

Tilbudsgivers opfyldelse af visse krav skal i henhold til verifikationsdrejebogen i appendiks B verificeres i praksis. Vurderingen af disse krav sker først efter denne verifikation, idet resultatet af verifikationen har forrang for det, som står i tilbuddet.

Kun de tilbudsgivere, der har afgivet konditionsmæssige tilbud, vil blive indkaldt til verifikation. ...

12.3 Leveringssikkerhed

Ved vurderingen af leveringssikkerhed vil der blive lagt lige stor vægt på opfyldelse af de enkelte krav i:

- Bilag 1 (Tidsplan), dog ikke forhold vedrørende et enkelt referencebesøg
- Bilag 6 (Kundens medvirken) – de krav, som ikke vurderes under pris
- Alle krav i bilag 10 (servicemål)«

Udbudsbetingelserne indeholdt i bilag 2 en kravspecifikation med i alt 104 nummererede krav til leverancen. Kravene var opdelt i forskellige typer: Mindstekrav var angivet med »MK«, krav med høj prioritet var angivet med »K1«, og krav med lav prioritet var angivet med »K2«.

I udbudsbetingelsernes Appendiks G »Verifikationsdrejebog« var det blandt andet anført:

»Under verifikationssessionen skal tilbudsgiver verificere, hvorledes det af tilbuddet omfattede udstyr opfylder en række udvalgte krav fra kravspecifikationen, jf. udbudsbetingelsernes pkt. ... (Kvalitet).

Formålet med denne verifikationsdrejebog er at sikre en ensartet behandling af alle tilbudsgivere.

1 Gennemførelse

Verifikationen foregår ved, at der gennemføres en ”normal” hastighedskontrol, herunder et antal hastighedsmålinger, der specifikt skal verificere de nedenfor beskrevne verifikationskriterier.

...

Krav 10	Verifikationskriterium 1
Funktionskontrollen skal ved opstart af udstyret blokere for videre funktion ved konstaterede fejl i udstyret.	Det ønskes ved praktisk afprøvning verificeret, at udstyret har en ”power-on”-test, der tester udstyret for korrekt funktion ved opstart. Det ønskes ligeledes ved praktisk afprøvning verificeret, at ”power-on”-testen resulterer i blokering af udstyret, såfremt der konstateres fejl.

Krav 22	Verifikationskriterium 2
Kameraet skal kunne anvendes med polarisationsfilter. Polarisationsfilter skal leveres til hvert kamera.	Det ønskes ved praktisk afprøvning verificeret, at kameraet er udstyret med polarisationsfilter.

Krav 44	Verifikationskriterium 3
Ved opstart af en hastigheds-kontrol skal udstyr tage kontrolbilleder, som muliggør visuel kontrol af billedkvaliteten og billedscriptet.	Det ønskes ved praktisk afprøvning verificeret, at måleudstyret ved opstart tager kontrolbilleder, der kan anvendes til visuel kontrol.

Krav 28	Verifikationskriterium 4
Kamera skal kunne udløses manuelt af en operatør i kundens målebil.	Det ønskes ved praktisk afprøvning verificeret, at kameraet kan udløses manuelt.

Krav 33	Verifikationskriterium 5
Udstyr skal kunne betjenes fra en tilkoblet bærbar PC ... eller en anden form for betjeningsenhed med display, hvorpå operatøren har mulighed for at gense billede for hver overtrædelser under fortsat måling og kunne tilføje kommentarer med minimum 100 karakterer til hver enkelt overtrædelse.	Det ønskes ved praktisk afprøvning verificeret, at det under fortsat måling er muligt at se et allerede optaget billede.

Krav 43	Verifikationskriterium 6
Udstyret skal kunne køretøjsklassificere og samtidigt kunne operere med forskellige hastighedsgrænser for køretøjskategorierne.	Det ønskes ved praktisk afprøvning verificeret, at måleudstyret kan skelne mellem kategorier af køretøjer, og at måleudstyret kan operere med differentierede tærskelværdier for de enkelte kategorier.

Krav 30	Verifikationskriterium 7
Blitz skal være forsynet fra andet batteri end det, der forsyner den øvrige del af udstyret.	Det ønskes ved visuel kontrol verificeret, at blitzten forsynes fra andet batteri end det, der forsyner registrerings- og måleenheden.

Krav 39, 42 og 53	Verifikationskriterium 8
Krav 39 Udstyret skal kunne monteres i prædefinerede positioner på stativet eller i kundes målebil, således at der kan foretages måling fra henholdsvis højre	Det ønskes ved praktisk afprøvning verificeret, at måleudstyret kan anbringes og klargøres til brug på stativ af en person, inden for en periode af maks. 20 minutter.

eller venstre side af kørebanen. Krav 42 Udstyret skal kunne opstilles og igangsættes i automatisk drift af én operatør Krav 53 Udstyr skal kunne opstilles og bruges inden for 20 minutter af én operatør.	Det ønskes ligeledes ved praktisk afprøvning verificeret, at måleudstyret i opstilling på stativ, kan foretage målinger i højre side af kørebanen.
--	---

Krav 24	Verifikationskriterium 9
Data fra udstyret skal kunne eksporteres til et eksternt lagringsmedie via USB 2.0 forbindelse.	Det ønskes ved praktisk afprøvning verificeret, at opsamlede måledata kan eksporteres til et eksternt lagringsmedie via USB 2.0, og herfra genindlæses af anden applikation der til lejligheden er medbragt af tilbudsgiveren.

Krav 56, 59, 64, 66, 68	Verifikationskriterium 10
Krav 56 Visitationssoftware skal omfatte software til automatisk aflæsning af nummerplader Krav 59 I samme fil som nævnt i krav 58, men for hver måling, skal de nedenfor nævnte felter være tilstede. Der skal ikke nødvendigvis være data i alle felter. Antallet af udfyldte felter vil afhænge af den enkelte situation samt udstyr/type Krav 64 Verifikationssoftware skal indeholde værktøjer til kontrastjustering, billedbeskæring og maskering af passagersiden på fotos Krav 66	På baggrund af minimum 5 hastighedsmålinger, der foretages som en del af verifikationen, ønskes foretaget en visitation ved hjælp af tilbudsgiveres visitationssoftware. Det er tilbudsgivers ansvar, at visitationssoftware er funktionsdygtigt på en af tilbudsgiveren medbragt pc. Der skal så vidt muligt vælges hastighedsmålinger af 4 forskellige køretøjstyper, herunder personbil under 3500 kg, varebil under 3500 kg, lastbil over 3500 kg og bus over 3500 kg totalvægt. <i>Der er ikke en forudsætning for at gennemføre verifikationskriterium 10, at visitationsssoftware er tilpasset kundes specifikke behov, herunder krav 60, 62 og 67.</i>

Visitationssoftwaren skal kunne betjenes uden brug af mus. Genvejstaster skal dokumenteres Krav 68 Systemet skal indeholde en funktion, der på hvert foto automatisk laver udsnit og udsnitsforstørrelse af føreren. Denne funktion skal kunne kobles til eller fra i visitationssoftwaren	
---	--

«

Af de i alt 16 krav, der således var omfattet af verifikationsprocessen under det offentlige udbud, og som er gengivet i skemaerne ovenfor, var i alt 10 (nemlig kravene nr. 10, 22, 24, 28, 30, 33, 42, 43, 53 og 68) i kravspecifikationen angivet som krav med høj prioritet (»K1«), 3 krav (nemlig kravene nr. 39, 44 og 66) var angivet som krav med lav prioritet (»K2«), mens 3 krav (nemlig kravene nr. 56, 59 og 64) var angivet som mindstekrav (»MK«).

Alle tilbudsgiverne bortset fra Unitraffic AB gennemførte en verifikationsprocedure i perioden 3. – 5. juli 2012. Unitraffic AB var indkaldt til verifikation den 5. juli 2012, men meddelte samme dag afbud som følge af tekniske problemer med udstyret. Da Unitraffic AB den 13. juli 2012 meldte sig klar til at gennemføre verifikationen, afslog Rigspolitiet den 17. juli 2012 at gennemføre verifikationen med Unitraffic AB på dette tidspunkt under henvisning til, at Rigspolitiet *»udbudsretligt [var] forpligtet til at ligebehandle alle tilbudsgivere, og de øvrige tilbudsgivere har ikke fået en tilsvarende mulighed for at udskyde verifikationen«*.

Den 15. august 2012 meddelte Rigspolitiet samtlige tilbudsgivere, at deres tilbud var fundet ukonditionsmæssige, hvilket blev begrundet individuelt for hver tilbudsgiver. Af begrundelserne fremgår blandt andet, at ingen af tilbudsgiverne overholdt kravene i tidsplanen. Det fremgik endvidere af brevet, at Rigspolitiet havde besluttet at overgå til udbud med forhandling i henhold til udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a. I den forbindelse var der blandt andet anført følgende:

»De bedes venligst bekræfte Deres interesse i at deltaget i det kommende udbud med forhandling. Udbudsmaterialet vil snart blive gjort tilgængeligt ... og udbuddet vil blive gennemført efter en stram tidsplan.«

Som anført ovenfor offentliggjorde Rigspolitiet herefter i EU-tidende en bekendtgørelse af 25. august 2012 om de nævnte beslutninger.

Udbuddet med forhandling

Under det påklagede udbud med forhandling var det i udbudsbetingelserne af 22. august 2012 blandt andet fastsat, at tildelingskriteriet var »*det økonomisk mest fordelagtige tilbud*«. Om underkriterierne var – ligesom under det forudgående offentlige udbud – blandt andet fastsat:

»Rigspolitiet vil ... lægge følgende underkriterier til grund:

1. Pris	41 %
2. Kvalitet	39 %
3. Leveringssikkerhed	20 %«

Af udbudsbetingelsernes punkt 3 om rammerne for udbuddet fremgår blandt andet:

»Processen vil foregå skriftligt og vil være kort og intensiv for at formindske forsinkelsen.

I det forudgående udbud gennemførte Rigspolitiet en egnethedsvurdering på baggrund af de fastsatte udvælgelseskriterier, og alle seks tilbudsgivere blev fundet egnede. Det forudsættes, at der ikke er sket væsentlige ændringer i den mellemliggende periode, og der foretages derfor ingen ny egnethedsvurdering.

Der vil kun være én forhandlingsrunde, der består i, at tilbudsgiver får mulighed for at afgive et justeret tilbud. Der vil ikke blive afholdt møder mellem Rigspolitiet og tilbudsgiver, men tilbudsgiver har mulighed for at stille spørgsmål, jf. pkt. 10 nedenfor.«

Af udbudsbetingelsernes pkt. 5 om udbudsmaterialets bestanddele fremgår blandt andet:

»Da tidsplanen i sagens natur ikke kan starte på det oprindeligt tiltænkte tidspunkt, har Rigspolitiet udarbejdet et nyt bilag 1 (Tidsplan). Alle tidsfrister fra bilag 8 er overført til tidsplanen, som samtidig er forsøgt gjort mere læsevenligt.

...

I bilag 10 (Servicemål) er incitamentsordningen ændret for at understrege Rigspolitiets interesse i tidlig levering. ...«

Udbudsbetingelsernes bilag 1 indeholdt en revideret tidsplan. Indklagede parallelforskød enkelte milepæle i forhold til tidsplanen under det forudgående offentlige udbud. Slutdatoen blev ikke ændret. Af bilaget fremgik blandt andet:

»Tilbudsgiver er generelt ikke berettiget til at ændre i teksten i dette bilag, som skal betragtes som mindstekrav, der ikke kan tages forbehold for. ...«

Af udbudsbetingelsernes punkt 7 om krav til tilbuddets udformning fremgår blandt andet:

»Tilbudsgiver skal udfylde det ændrede bilag 1 (Tidsplan) og aflevere dette som en del af sit justerede tilbud

...

Vær opmærksom på, at der optræder krav, også mindstekrav, i andre bilag end bilag 2 (Kravspecifikation). Det er derfor meget vigtigt for at sikre et konditionelt tilbud, at alle vejledninger nøje følges, herunder at tilbudsgiver bemærker forskellen mellem, hvad tilbudsgiver på den ene side "skal" og på den anden side "kan", "bedes" eller lignende. Såfremt der i en vejledning står, at tilbudsgiver skal gøre noget bestemt ("tilbudsgiver skal..."), vil manglende efterlevelse af vejledningen som udgangspunkt betyde, at tilbuddet må betragtes som ukonditions-mæssigt.

«

Om tilbudsgivers besvarelse af krav fremgik følgende af udbudsbetingelserne:

»8 Besvarelse af krav

Rigspolitiet foretrækker generelt, at kravopfyldelsen beskrives, uanset graden af kravopfyldelse.

Tilbudsgiver gøres opmærksom på forskellen mellem mindstekrav, krav og optioner. Desuden henvises til beskrivelsen af kravbesvarelse i bilag 2 (Kravspecifikation).

8.1 Mindstekrav

Behov formuleret som mindstekrav skal opfyldes af tilbudsgiver. Opfyldes et mindstekrav ikke fuldt ud, vil tilbuddet blive anset som ukonditionsmæssigt, og tilbuddet vil ikke blive bedømt. Tilbudsgiver kan således ikke tage forbehold overfor mindstekrav.

8.2 Krav

Behov formuleret som et krav er ikke mindstekrav, og tilbudsgiver kan derfor tage forbehold herfor, forudsat bestemmelserne i pkt. 9 nedenfor overholdes. Manglende besvarelse af et krav betragtes som om kravet ikke er opfyldt. Opfyldelsen af et krav vil indgå i tilbudsevalueringen.«

Af pkt. 9 om »Tilbudsgivers forbehold« fremgik blandt andet:

»Flere bilag skal udfyldes supplerende af tilbudsgiver. Det bemærkes i den forbindelse, at tilbudsgivers udfyldelse af bilagene ikke i sig selv betragtes som forbehold, når dette sker i overensstemmelse med de retningslinjer, der fremgår af dette dokument og de enkelte bilag.

Tilbudsgiver kan tage forbehold i det omfang det kan ske i overensstemmelse med retningslinjerne i bilagene. Eventuelle forbehold skal specificeres klart og præcist i det relevante bilag.

Rigspolitiet er forpligtet til at afvise tilbud med forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet eller andre forbehold, der ikke af Rigspolitiet kan prissættes med den fornødne sikkerhed.

Mindstekrav anses altid for grundlæggende elementer, hvorfor tilbud med forbehold over for mindstekrav afvises som ukonditionsmæssigt.«

Af pkt. 11 om »*Tilbudsafgivelse*« fremgik blandt andet, at det ikke ville være muligt at afgive tilbud efter tilbudsfristen, at det ikke var muligt at afgive alternative tilbud, og at tilbud med alternative tilbud ville blive afvist.

Om underkriteriet »*Kvalitet*« var det under pkt. 12.2 blandt andet fastsat:

»I det foregående offentlige udbud blev tilbudsgiver indkaldt til en verifikation af visse krav. Resultaterne fra verifikationen vil indgå (med forrang) i Rigspolitiets vurdering af disse krav. Der vil ikke blive afholdt en ny verifikation.«

Pkt. 12.3 om »*Leveringssikkerhed*« var identisk med den tilsvarende bestemmelse under det forudgående offentlige udbud.

Under pkt. 14 »Kontraktindgåelse« var der blandt andet anført følgende:

»Det skal understreges, at tilbudsgivere og Rigspolitiet kun i meget begrænset omfang vil kunne indgå i forhandlinger. De oprindelige udbudsbetingelser kan ikke ændres væsentligt, og Rigspolitiet vil fortsat overholde de generelle principper om ligebehandling, gennemsigtighed mv. Rigspolitiet vil ikke indgå i forhandlinger om de afgivne justerede tilbud, men kun foretage såkaldt teknisk afklaring.

Det er derfor nødvendigt, at tilbud er fyldestgørende, og behandler alle relevante forhold, indeholder alle nødvendige oplysninger og er præcise i enhver henseende.«

Udbudsbetingelserne indeholdt i bilag 2 en kravspecifikation, der var uændret i forhold til det offentlige udbud. Tilbudsgiverne skulle som led i deres tilbud udfylde en række felter i bilaget. Af kravspecifikationens vejledende tekst herom fremgik blandt andet:

»Felter, som ovenfor er farvet grønne, udfyldes af tilbudsgiver...

...

Krav opfyldt – felter udfyldes af tilbudsgiver med kryds under ét af følgende felter:

Ja = Kravet er helt opfyldt af tilbudsgiver

Delvis = Kravet er delvist opfyldt af tilbudsgiver

Nej = Kravet er ikke opfyldt af tilbudsgiver

Leverandørens beskrivelse af kravopfyldelse - Rigspolitiet foretrækker, at kravopfyldelsen beskrives, uanset om tilbudsgiver har skrevet ja/delvist/nej. Dvs. tilbudsgiver opfordres til at uddybe sit svar med en beskrivelse. En sådan beskrivelse kan påvirke vurderingen af tilbuddet.

Hvis tilbudsgiver besvarer et krav som værende delvis opfyldt, skal tilbudsgiver i feltet »tilbudsgivers svar« beskrive både, hvilke dele af kravet som er opfyldt, og hvilke dele af kravet som ikke er opfyldt. Såfremt tilbudsgiver ikke har tilføjet en beskrivelse af delvist opfyldt krav, betragtes kravet som ikke opfyldt.

Tilbudsgiver kan henvise til afsnit i sin løsningsbeskrivelse eller underbilag, som beskriver tilbudsgivers opfyldelse af et krav. Sådanne henvisninger skal være så præcise, at Rigspolitiet har mulighed for nemt at finde tilbudsgivers besvarelse af kravet.«

Evalueringen af tilbuddene

Under udbuddet med forhandling havde indklagede ved tilbudsfristens udløb den 3. september 2012 modtaget tilbud fra de samme seks tilbudsgivere, der tidligere havde afgivet tilbud under det forudgående offentlige udbud, og herunder klagerne.

Indklagede traf som nævnt den 25. september 2012 beslutning om at tildele kontrakten til Unitraffic AB. Af brevet fremgik endvidere, at i alt 4 af de seks tilbud, som Rigspolitiet havde modtaget, og herunder tilbuddene fra de klagende virksomheder, var blevet anset for ukonditionsmæssige, hvorfor Rigspolitiet havde set bort fra disse tilbud. Blandt de to resterende tilbud fra henholdsvis SWARCO Danmark A/S og Unitraffic AB blev sidstnævnte tilbud anset for det økonomisk mest fordelagtige bud. Om denne vurdering anførtes blandt andet følgende:

»Ved vurderingen har Rigspolitiet anvendt en pointskala fra 0 point til 16 point, hvor 0 point er givet til krav, der ikke er opfyldt, og 16 point er givet til krav, der er opfyldt fuldt tilfredsstillende. Ved vurdering af underkriteriet "kvalitet" vægter opfyldelse af K1-krav i bilag 2 (Kravspecifikation) med en faktor 3 i forhold til øvrige krav. Point for pris er udregnet ved brug af en lineær funktion.«

Om de samlede point for tilbuddet fra klageren og tilbuddet fra Unitraffic AB fremgår følgende oversigtsskema af brevet:

»

Delkriterium	Vægt	Maxpo- int	SWARCO Danmark A/S	Unitraffic AB
Pris				
Samlet beløb	41 %		kr. 35.245.205,00	kr. 30.620.061,16
Point		16	10,78	14,11
Vægtet score			4,42	5,79
Kvalitet				
Pointsum	39 %	4.480	4355	4033
Pointgennem- snit		16	15,55	14,40
Vægtet score			6,07	5,62
Leveringssikkerhed				
Pointsum		480	476	463

Pointgennemsnit	20 %	16	15,87	15,43
Vægtet score			3,17	3,09
TOTAL	100 %	16	13,66	14,49

«

Rigspolitiet har oplyst, at indklagede den 22. oktober 2012 – og dermed efter tildelingsbeslutningen og indgivelsen af klagen til klagenævnet, men inden indgåelsen af aftalen med Unitraffic AB – har gennemført en verifikationsproces med denne tilbudsgiver.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har navnlig anført, at udbudsdirektivets artikel 30, stk. 2, udtrykkeligt fastslår, at de ordregivende myndigheder ved gennemførelse af udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, jf. artikel 30, stk. 1, litra a, 2. led, »forhandler ... med tilbudsgiverne om de tilbud, de har afgivet, med henblik på at tilpasse dem til de krav, de har stillet i udbudsbekendtgørelsen, i udbudsbetingelserne og i eventuelle supplerende dokumenter, og for at finde frem til det bedste tilbud i overensstemmelse med artikel 53, stk. 1«. Af udbudsdirektivets artikel 1, stk. 11, litra d, fremgår endvidere, at der ved »udbud med forhandling forstås procedurer, hvor de ordregivende myndigheder henvender sig til økonomiske aktører, som de selv udvælger, og forhandler kontraktens vilkår med en eller flere af disse«. Heraf følger en forpligtelse til at føre forhandlinger med tilbudsgiverne, herunder hvor der afgives tilbud med forbehold. Indklagedes henvisning i udbudsbetingelserne vedrørende udbuddet med forhandling til, at tilbudsgiverne skulle afgive et »justeret tilbud« må derfor forstås således, at tilbudsgiverne skulle have mulighed for at afgive et endeligt tilbud efter gennemførelse af én forhandlingsrunde på grundlag af et foreløbigt tilbud, da det ellers ville være i strid med bestemmelsen i artikel 30, stk. 1, litra a, at gennemføre udbuddet uden forhandlinger med tilbudsgiverne. Udtrykket kan ikke forstås som en adgang til at justere de tilbud, der blev afgivet under det forudgående offentlige udbud, da udbuddet med forhandling er en selvstændig udbudsprocedure, der skal vurderes uafhængigt af det forudgående offentlige udbud. Det anførte må endvidere forstås således, at indklagede de facto har gennemført et 3. offentligt udbud med deltagelse af en forudbestemt kreds

uden iagttagelse af fristreglerne i udbudsdirektivets artikel 38. Ligebehandlingsprincippet indebærer under et forhandlingsudbud, at ordregiver ikke kan nægte en tilbudsgiver at afgive endeligt tilbud og samtidig antage en anden tilbudsgivers foreløbige tilbud, medmindre der foreligger en saglig grund herfor. Indklagede afviste de 4 tilbudsgiveres foreløbige tilbud i strid med de fastsatte udbudsbetingelser, udbudsdirektivets artikel 30, stk. 3, 1. pkt., jf. stk. 2, og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, idet klagerne ikke har haft mulighed for at forhandle kontraktens vilkår med ordregiver, herunder ved bortforhandling af eventuelle forbehold i det foreløbige tilbud. Klageren er med føje gået ud fra, at der med udtrykket »*justeret tilbud*« er ment et endeligt tilbud efter afgivelse af et foreløbigt tilbud under forhandlingsudbuddet, idet det ellers ville savne mening at tale om et »*justeret tilbud*«. Det er uden betydning, hvis klagerne under udbuddet med forhandling har givet udtryk for en forventning om, at der alene skulle afgives ét tilbud.

Indklagede og intervenienten har navnlig anført, at der efter ordlyden i bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, er tale om en ret – men ikke en pligt – for ordregiver til at anvende udbud med forhandling, når de angivne forudsætninger er opfyldt, og at bestemmelsen heller ikke indeholder en pligt til at gennemføre egentlige mundtlige eller skriftlige forhandlinger med tilbudsgiverne. Indklagede havde ved afslagsbrevene af 15. august 2012 udførligt på forhånd meddelt klagerne, at der var tale om et udbud med forhandling med en »*stram tidsplan*«. I udbudsbetingelsernes pkt. 3, 11 og 14 var det udtrykkeligt angivet, at processen ville foregå skriftligt og være kort og intensiv for at formindske forsinkelsen. Det var endvidere anført, at der kun ville være én forhandlingsrunde, der bestod i, at tilbudsgiver ville få mulighed for at afgive et justeret tilbud, ligesom der ikke ville blive afholdt møder mellem indklagede og tilbudsgiver. I den forbindelse var det præciseret, at Rigspolitiet ikke ville indgå i forhandlinger om de afgivne justerede tilbud, men kun foretage såkaldt teknisk afklaring, at det derfor var nødvendigt, at tilbuddene var fyldestgørende og behandlede alle relevante forhold, indeholdt alle nødvendige oplysninger og var præcise i enhver henseende. Det var endvidere fastsat, at tilbud skulle være modtaget hos indklagede inden udløbet af den fastsatte tilbudsfrist, og det ville ikke være muligt at afgive tilbud efter udløbet af denne frist. Det var således helt tydeligt fastsat i udbudsbetingelserne, at det ikke ville være muligt at afgive flere end ét tilbud, og det ville således være i strid med udbudsbetingelserne

at indlede forhandlinger med tilbudsgiverne om de afgivne tilbud. Indklagede var endvidere forpligtet til at afvise ukonditionsmæssige tilbud.

Ad påstand 2

Klageren har navnlig anført, at det er en betingelse for gennemførelse af et udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse i medfør af udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, 2. led, at »*de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres væsentligt*«, jf. art 30, stk. 1, litra a, 1. led. Indklagede reviderede tidsplanen i forbindelse med udbuddet med forhandling, og tidsplaner må generelt betragtes som grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Enhver ændring i indklagedes konkrete, oprindelige tidsplan må derfor betragtes som væsentlig. Indklagede havde endvidere selv angivet, at teksten i tidsplanen skulle betragtes som et mindstekrav. Også derfor er enhver ændring heri væsentlig. Indklagede var således ikke berettiget til at anvende udbudsformen udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse i medfør af artikel 30, stk. 1, litra a.

Indklagede og intervenienten har navnlig anført, at indklagede var berettiget til at anvende udbudsformen udbud med forhandling, idet betingelserne herfor i medfør af udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, var opfyldt. Det var ikke var en væsentlig ændring af de oprindelige udbudsbetingelser, at indklagede ændrede i tidsplanen for det offentlige udbud, når slutdatoen blev fastholdt. Det var heller ikke en væsentlig ændring af de oprindelige udbudsbetingelser, at indklagede af hensyn til læsevenligheden indsatte samtlige tidsfrister gældende for det offentlige udbud i den nye tidsplan. Heller ikke det forhold, at indklagede forhøjede muligheden for bonus ved tidlig levering, var en væsentlig ændring. Parallelforskydningen af startdatoen og milepæle i tidsplanen var under alle omstændigheder en nødvendig konsekvens af den ændrede udbudsform.

Ad påstand 3

Klageren har navnlig anført, at indklagede har tilsidesat gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a, ved i udbudsbetingelserne at fastsætte de delkriterier, der er nævnt i påstand 3.1 – 3.5 som sket, idet de var uegnede som delkriterier til underkriterierne »*Kvalitet*« og »*Leveringssikkerhed*«. Klageren har herved navnlig anført, at det følger af udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a, at når

tildelingen af en offentlig kontrakt sker på grundlag af tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, skal ordregiver identificere dette tilbud på grundlag af ordregivers nærmere fastsatte og offentliggjorte underkriterier. Der må herved efter Domstolens praksis alene vælges under- og delkriterier, som er forbundet med kontraktens genstand, ikke tillægger den ordregivende myndighed et ubetinget frit valg, er udtrykkeligt nævnt i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen, og som overholder de grundlæggende principper i EU-retten, herunder bl.a. princippet om ligebehandling. Der kan endvidere alene fastsættes kriterier, som kan vurderes på grundlag af de oplysninger og beviser, der fremlægges af tilbudsgiverne.

De delkriterier, der er omfattet af påstanden, overholdt ikke kravet om at være forbundet med kontraktens genstand, og indklagede var derfor ikke berettiget til at lægge vægt på dem. Om de enkelte delpåstande har klageren i den forbindelse navnlig anført følgende:

- Indklagede fastsatte delkriteriet »*Krav til fakturering*« til underkriteriet »*Kvalitet*«, jf. påstand 3.1, uagtet at de tilbudte betalingsvilkår er uegnede til at vurdere den indholdsmæssige kvalitet af de leverede ydelser. Det forhold, at fakturahåndteringen havde en vis betydning for indklagede i forhold til den fremadrettede administration af kontrakten, ændrer ikke på, at kravet ikke har relevans for kvaliteten af den leverede ydelse.
- Indklagede fastsatte delkriteriet »*Vedligeholdelse*« til underkriteriet »*Kvalitet*«, jf. påstand 3.2, uagtet, at servicering, vedligeholdelse og kalibrering udgør selvstændige tjenesteydelser til vareleverancen af ATK-udstyret og dermed ikke knytter sig til leverancens egenskaber.
- Indklagede fastsatte delkriteriet »*Licensbetingelser*« til underkriteriet »*Kvalitet*«, jf. påstand 3.3, uagtet, at brugsretten til ATK-udstyrets programmel alene fastsætter de immaterialretlige rammer og dermed ikke knytter sig til leverancens egenskaber.
- Indklagede fastsatte delkriteriet »*Tidsplan*« til underkriteriet »*Leveringssikkerhed*«, jf. påstand 3.4, uagtet, at tidsplanen – herunder i relation til hvor tidligt eller sent en ydelse kan leveres – ikke giver et billede af leveringsrisikoen, hvorfor det er et uegnet delkriterium til underkriteriet »*Leveringssikkerhed*«.
- Indklagede fastsatte delkriteriet »*Kundens medvirken*« til underkriteriet »*Leveringssikkerhed*«, jf. påstand 3.5, uagtet at tilbudsgivernes

krav til kundens medvirken alene vedrører ordregivers forhold og således ikke kan anvendes som et egnet delkriterium til fastlæggelse af, hvorvidt tilbudsgiverne kan levere de påtænkte anskaffelser til rette tid, hvorfor »*Kundens medvirken*« er et uegnet delkriterium til underkriteriet »*Leveringssikkerhed*«.

Indklagede og intervenienten har navnlig anført, at der tilkommer en ordregivende myndighed et vidt skøn i relation til udformningen af udbudsbetingelserne, herunder ved fastsættelsen af tildelingskriterier og delkriterier, og klagenævnet erstatter ikke myndighedens skøn med sit eget, hvis de overordnede udbudsretlige regler i øvrigt er overholdt. Indklagede har ved fastsættelsen af de omtvistede delkriterier ikke overskredet denne skønsmargin. De fastsatte delkriterier var ikke uegnede i forhold til indklagedes bedømmelse af underkriterierne »*Kvalitet*« og »*Leveringssikkerhed*«. Indklagede var ikke udbudsretligt forpligtet til kun at vurdere kvaliteten af det leverede udstyr i snæver forstand.

Vedrørende de enkelte delpåstande har indklagede navnlig anført følgende:

- Som anført i påstand 3.1 fastsatte indklagede delkriteriet »*Krav til fakturering*« til underkriteriet »*Kvalitet*« med henblik på at evaluere, om tilbudsgiveren var i stand til at opfylde det af indklagede i udbudsmaterialets bilag 3 - Priser og betalingsbetingelser stillede krav til fakturering. Disse krav indeholdt en liste over ønsket fakturaindhold. I den vejledende tekst i pkt. 9.1 var det angivet, at tilbudsgiver kunne slette enkelte eller flere af de fakturaoplysninger, der var oplyst, men at dette i så fald ville trække ned ved tilbudsvurderingen. Baggrunden for indklagedes valg af delkriteriet var, at fakturahåndteringen havde en vis betydning for indklagede i forhold til den fremadrettede administration af kontrakten, idet indklagede ønskede umiddelbart via fakturaen at være i besiddelse af de tilstrækkelige oplysninger til at kunne ekspedere fakturaen, uden at indklagede skulle konsultere eventuelle medarbejdere fra færdselsområdet herom.
- Indklagede fastsatte delkriteriet »*Vedligeholdelse*« til underkriteriet »*Kvalitet*«, som anført i påstand 3.2, således, at det ved evalueringen af dette krav skulle indgå, om tilbudsgiveren er i stand til at opfylde de af indklagede i udbudsbetingelsernes bilag 7 – »*Vedligeholdelse*« stillede krav til løbende vedligeholdelse af udstyret og programmel

mv. Kontrakten omfattede, som også anført i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.1 både »*levering og vedligeholdelse af et system til automatisk trafikkontrol*«, og kvaliteten af den tilbudte vedligeholdelse var derfor også en del af ydelsens kvalitet.

- Som anført i påstand 3.3 fastsatte indklagede delkriteriet »*Licensbetingelser*« til underkriteriet »*Kvalitet*«. Det skulle således indgå i evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »*kvalitet*«, i hvilket omfang tilbudsgiveren var i stand til at opfylde de krav til licensbetingelserne, som indklagede havde fastsat i udbudsbetingelserne, jf. betingelsernes bilag 9 – Licensbetingelser og kontraktens pkt. 25 og licensbilaget, pkt. 1, hvor det angives, at såfremt tilbudsgiver udnytter de i kontrakten beskrevne muligheder for at anføre begrænsninger i kundens rettigheder, vil det trække fra i tilbudsevalueringen. Det havde således betydning, i hvilket omfang tilbudsgiverne var i stand til at tilbyde visitationssoftware, ATK-programmel samt statistikprogrammel uden brugsbegrænsninger for indklagede. Forhold vedrørende licensbetingelser er en integreret del af den samlede leverance.
- Som anført i påstand 3.4 fastsatte indklagede delkriteriet »*Tidsplan*« til underkriteriet »*Leveringssikkerhed*«. Det skulle således indgå i evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »*leveringssikkerhed*«, i hvilket omfang tilbudsgiveren var i stand til at opfylde de krav til milepæle, jf. tidsplanen, herunder hvor tidligt/hurtigt tilbudsgiveren kunne levere. Det er ikke korrekt, at tidsplanen ikke giver et billede af leveringsrisikoen, idet det var af betydning for indklagedes vurdering af eventuelle risici ved rettidig levering. Leveringssikkerheden var større, hvis tilbudsgiverne kunne levere på tidligere tidspunkter end de i tidsplanen angivne ønskede tidspunkter for overtagesdag, pilotdrift og driftsprøve.
- Som anført i påstand 3.5 fastsatte indklagede delkriteriet »*Kundens medvirken*« til underkriteriet »*Leveringssikkerhed*«. Det skulle således indgå i evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »*Leveringssikkerhed*«, i hvilket omfang tilbudsgiveren var i stand til at opfylde de krav til løbende at inddrage indklagede og omvendt ikke stille uforholdsmæssige krav til indklagedes ressourcer, herunder

»særlige krav« til indklagedes fysiske forhold/faciliteter mv. Jo flere »særlige krav« tilbudsgiverne måtte stille til indklagedes medvirken, desto større risiko ville der være for forsinkelse.

Ad påstand 4

Klageren har navnlig anført, at der – udover de krav til under- og delkriterier, der er nævnt vedrørende påstand 3 – også gælder et krav om, at de fastsatte under- og delkriterier giver mulighed for reel konkurrence, og at dette ikke har været tilfældet for de krav, der er omfattet af påstand 4, idet de udtømmende eller i det væsentlige er kravspecificeret af ordregiver. Indklagede tilsidesatte derfor gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a, ved i udbudsbetingelserne at fastsætte de omhandlede delkriterier som sket.

Tilbudsgiverne kunne heller ikke konkurrere ved i højere eller mindre grad at opfylde de stillede krav. Det skyldes, at manglende (eller kun delvis) opfyldelse af kravene måtte anses for og evalueres som (delvise) forbehold for de stillede krav, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 9. Klageren har herved henvist til, at indklagede i udbudsbetingelsernes pkt. 8.2 om »krav« blandt andet havde fastsat, at behov formuleret som et »krav er ikke et mindstekrav, og tilbudsgiver kan derfor tage forbehold herfor, forudsat bestemmelserne i pkt. 9 ... overholdes«, ligesom indklagede i udbudsbetingelsernes pkt. 9 havde anmodet tilbudsgiverne om at angive et forslag til kapitalisering af eventuelle forbehold. Indklagede havde således fastsat, at krav, hvis manglende opfyldelse udgjorde et forbehold, skulle indgå i tilbudsvurderingen, selvom de krav, som klageren har opregnet i påstanden, ikke nærmere angav, hvordan disse krav ville indgå i den kvalitative vurdering udover kravopfyldelsen. Bestemmelsen i udbudsbetingelsernes pkt. 9 om, at tilbudsgivers »udfyldelse af bilagene ikke i sig selv betragtes som forbehold, når dette sker i overensstemmelse med de retningslinjer, der fremgår af dette dokument og de enkelte bilag« må forstås som en formel bestemmelse om den blotte udfyldelse af bilagene mv.

Om baggrunden for de enkelte overtrædelser, der er nævnt i påstanden, har klageren gjort gældende, at indklagede i udbudsbetingelserne havde fastsat, at der ved vurderingen af underkriteriet »Kvalitet« vil blive lagt vægt på »opfyldelse« af de enkelte K1- og K2-krav i udbudsbetingelsernes kravspecifikation.

- Som nævnt i påstand 4.1 fastsatte indklagede krav nr. 5 således: *»Før spændingsniveauet i batterierne når under det funktionsdygtige niveau, skal udstyret afgive alarm om lavt spændingsniveau«*, uagtet at dette krav udtømmende regulerede kontraktgenstanden, idet fastsættelse af en alarmaktivering på et højere eller lavere batterispændingsniveau ikke kan antages at udløse en bedre evaluering. Der er ikke i formuleringen holdepunkter for at antage, at alarmens beskaffenhed, herunder om den ikke var nem at overhøre eller overse, ville blive tillagt vægt.
- Som nævnt i påstand 4.2 fastsatte indklagede i kravspecifikationen krav nr. 17 således: *»Kunden skal kunne sætte udstyret op, så der automatisk dannes en ny fil (med ny fil ID), hvor billede-ID starter fra 001 igen, hvis der i en hastighedskontrol tages mere end 999 billeder«*, uagtet at dette krav udtømmende regulerede kontraktgenstanden i relation til automatisk dannelse af nye filer- og billeder. Der var ikke med formuleringen holdepunkter for at lægge vægt på indklagedes mulighed for selv at konfigurere funktionaliteten, og indklagede har ved at lægge vægt på dette forhold tiltaget sig et ubetinget frit valg under evalueringen af kravet.
- Som nævnt i påstand 4.3 fastsatte indklagede i kravspecifikationen krav nr. 25 således: *»30 dage efter eksport af data fra udstyret skal de eksporterede data automatisk slettes fra udstyret«*, uagtet at dette krav udtømmende regulerede kontraktgenstanden i relation til automatisk sletning af allerede eksporterede data.
- Som nævnt i påstand 4.4 fastsatte indklagede i kravspecifikationen krav nr. 26 således: *»Sprog på billedscriptet skal være dansk«*, uagtet dette krav udtømmende regulerede kontraktgenstanden i relation til sprogvalg på billedscriptet.
- Som nævnt i påstand 4.5 fastsatte indklagede i kravspecifikationen krav nr. 27 således: *»Udstyret skal automatisk kunne skifte fra sommertid til vintertid«*, uagtet, at dette krav udtømmende regulerede kontraktgenstanden i relation til udstyrets skifte fra sommer- til vintertid.

- Som nævnt i påstand 4.6 fastsatte indklagede i kravspecifikationen krav nr. 28 således: »*Kamera skal kunne udløses af en operatør i kundens målebil*«, uagtet at dette krav udtømmende regulerede kontraktgenstanden i relation til udstyrets udløsning af én operatør, og idet der ikke er holdepunkter for at antage, at opfyldelse af kravet med flere eller færre end én operatør vil medføre en bedre kravopfyldelse. Kravet angår ikke omfanget af betjeningstrin, som operatøren skal igennem for at udløse et billede, hvilket indklagede har oplyst at have lagt vægt på, og indklagede har herved tiltaget sig et ubetinget frit valg ved evalueringen af kravet.
- Som nævnt i påstand 4.7 fastsatte indklagede i kravspecifikationen krav nr. 29 således: »*Brugergrænseflade i måleudstyr skal være på dansk*«, uagtet at dette krav udtømmende regulerede kontraktgenstanden i relation til sprogvvalg for udstyrets brugergrænseflade.
- Som nævnt i påstand 4.8 fastsatte indklagede i kravspecifikationen krav nr. 30 således: »*Blitz skal være forsynet fra andet batteri end det, der forsyner den øvrige del af udstyret*«, uagtet at dette krav udtømmende regulerede kontraktgenstanden i relation til muligheder for blitzens forsyningskilde. Indklagede ville ikke have været berettiget til som oplyst at foretage en kvalitativ vurdering, hvis der var andre tilbudsgivere, som tilbød mindre hensigtsmæssige løsninger, idet manglende opfyldelse af kravet i stedet måtte kvalificeres som et forbehold, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 9.
- Som nævnt i påstand 4.9 fastsatte indklagede i kravspecifikationen krav nr. 42 således: »*Udstyret skal kunne opstilles og igangsættes i normal drift af én operatør*«, uagtet at dette krav udtømmende regulerede kontraktgenstanden i relation til udstyrets opstilling og igangsætning af én operatør, idet der ikke er holdepunkter for, at opfyldelse af kravet med flere - eller færre - end én operatør vil medføre en bedre kravopfyldelse. Indklagede ville ikke have været berettiget til som oplyst at foretage en kvalitativ vurdering, hvis der var andre tilbudsgivere, som tilbød udstyr, som krævede opstilling og igangsætning af flere operatører.
- Som nævnt i påstand 4.10 fastsatte indklagede i kravspecifikationen krav nr. 62 således: »*Hvert fotonr. til målingen (3 fotos pr. måling)*

skal have navnet: [kredsnummer]-[filmnummer]-[løbenummer for målingen]-[fotonummer]», uagtet at dette krav udtømmende regulerede kontraktgenstanden i relation til navngivning og litrering af fotonummer til måling. Indklagede ville ikke have været berettiget til som oplyst at foretage en kvalitativ vurdering, hvis der var andre tilbudsgivere, som tilbød en løsning med færre oplysninger.

- Som nævnt i påstand 4.11 fastsatte indklagede i kravspecifikationen krav nr. 67 således: *»Brugergrænseflade i visitationssoftwaren skal være på dansk«,* uagtet at dette krav udtømmende regulerede kontraktgenstanden i relation til sprogvalget for visitationssoftwaren.
- Som nævnt i påstand 4.12 fastsatte indklagede i kravspecifikationen krav nr. 71 således: *»Der må ikke foregå 'peer to peer kommunikation', defineret som dataudveksling direkte mellem 2 eller flere pc'ere uden at involvere en central computer«,* uagtet, at dette krav udtømmende regulerede kontraktgenstanden i relation til dataudveksling, idet dette alene kan ske med anvendelse af en central computer.
- Som nævnt i påstand 4.13 fastsatte indklagede i kravspecifikationen krav nr. 79 således: *»Transaktions- og sikkerhedslog skal kunne slettes ved udløb af opbevaringstiden«,* uagtet at dette krav udtømmende regulerede kontraktgenstanden i relation til transaktions- og sikkerhedslogging, idet sletningskravet ikke rummer mulighed for graduering af sletningen.
- Som nævnt i påstand 4.14 fastsatte indklagede i kravspecifikationen krav nr. 84 således: *»Programmet skal kunne afvikles uden adgang til internet«,* uagtet at dette krav udtømmende regulerede kontraktgenstanden i relation til offline programafvikling.
- Som nævnt i påstand 4.15 fastsatte indklagede i kravspecifikationen krav nr. 86 således: *»Det skal være muligt, at systemet installeres på det drev og i den mappe, kunden ønsker«,* uagtet at dette krav udtømmende regulerede kontraktgenstanden, i relation til hvilke elektroniske drev og mapper systemet kan installeres på.

Indklagede og intervenienten har navnlig anført, at der tilkommer en ordregivende myndighed et vidt skøn i relation til udformningen af udbudsbetin-

gelserne, herunder ved fastsættelsen af underkriterier og delkriterier, og klagenævnet erstatter ikke myndighedens skøn med sit eget, hvis de overordnede udbudsretlige regler i øvrigt er overholdt. Indklagede har ved udformningen af de omtvistede krav ikke overskredet denne skønsmargin. Indklagede bestrider, at kravene i påstandene ikke gav mulighed for reel konkurrence. Manglende eller delvis opfyldelse af kravene kan ikke anses for et forbehold reguleret af udbudsbetingelsernes pkt. 9, idet det udtrykkeligt her fremgik, at tilbudsgivernes udfyldelse af bilagene ikke i sig selv ville blive anset for forbehold, hvis dette skete i overensstemmelse med de retningslinjer, der fremgik af udbudsbetingelserne og de enkelte bilag. Under alle omstændigheder var der en reel konkurrence på »Kvalitet«, da de af klagerne problematiserede krav alene udgjorde en mindre del af konkurrencegrundlaget. Det fremgik også af evalueringsskemaet vedrørende krav, at der faktisk var en reel konkurrence på flere af de problematiserede krav.

Om de enkelte delpåstande har indklagede navnlig anført:

- Indklagede har med krav nr. 5, der er nævnt i påstand 4.1, lagt vægt på, om udstyret giver en alarm, når spændingsniveauet er lavt. Der er lagt vægt på, om der gives en alarm, som ikke er nem over overhøre/overse, og om nedlukning efterfølgende sker automatisk, eller – med risiko for at udstyret lukker ned ukontrolleret – skal ske manuelt. Det fremgår af evalueringsskemaet over opfyldelsen af krav, at det var genstand for en kvalitativ vurdering, idet Unitraffic AB svarede, at udstyret ikke gav alarm, men at der var automatisk nedlukning, og at Unitraffic AB blev derfor alene tildelt 6 point.
- Indklagede har med krav nr. 17, der er nævnt i påstand 4.2, lagt vægt på, om udstyret automatisk danner en ny ID-fil ved mere end 999, eller om indklagede selv kan konfigurere funktionaliteten. Indklagedes sagsbehandlingssystem tillader alene et billednummer med tre cifre, og kravet er således begrundet i hensynet til indklagedes eksisterende it-system. Det fremgår af evalueringsskemaet over opfyldelsen af krav, at kravet har været genstand for en kvalitativ vurdering, idet SWARCO Danmark A/S ikke kunne levere en løsning, hvor der automatisk blev dannet en ny fil. Da det fremgik af besvarelsen, at dette var konfigurerbart, fik SWARCO Danmark A/S alene tildelt 12 point.

- Indklagede har med krav nr. 25, der er nævnt i påstand 4.3, lagt vægt på, hvordan de pågældende eksporterede data slettes fra udstyret, herunder om de slettes straks ved eksport, bevares i 30 dage efter eksport, eller om de skal slettes ved en aktivering fra indklagedes side. Det blev tillagt positiv vægt, at de eksporterede data blev slettet automatisk, men det mest optimale var, at dette først skete efter 30 dage. Det fremgår af evalueringsskemaet over opfyldelsen af krav, at det er indgået i indklagedes vurdering, hvordan udstyret har været i stand til at håndtere data efter eksport. SWARCO Danmark A/S blev således alene tildelt 8 point, da de pågældende data blev slettet ved eksport til andet medie, og således ikke blev bevaret i de ønskede 30 dage.
- Indklagede har med krav nr. 26, der er nævnt i påstand 4.4, lagt vægt på, om sproget på billedscriptet udelukkende var dansk, idet andre sprog ville blive tillagt en lavere vægtning. Begge de to konditionsmæssige tilbudsgivere var i denne sammenhæng i stand til at opfylde kravet.
- Indklagede har med krav nr. 27, der er nævnt i påstand 4.5, lagt vægt på, hvor lidt manuel betjening udstyret måtte kræve ved overgang fra sommertid til vintertid, herunder om udstyret automatisk kunne overgå fra sommertid til vintertid, evt. med en visuel oplysning herom, eller om der ville skulle foretages en manuel indstilling. Begge de to konditionsmæssige tilbudsgivere har i denne sammenhæng været i stand til at opfylde kravet.
- Indklagede har medtaget krav nr. 28, der er nævnt i påstand 4.6, fordi operatøren i en målebil også skal kunne fotografere et køretøj, der ikke overskrider detektionsgrænsen, eller mangler den forreste nummerplade. En manuel fotografering skal for at opfylde sit formål kunne ske hurtigt, så det kan nås, inden køretøjet er væk. Indklagede har derfor lagt vægt på tilbudsgivernes beskrivelse af omfanget af betjeningstrin, som operatøren skal igennem for at udløse et billede. Begge de to konditionsmæssige tilbudsgivere opfyldte kravet, men indklagede ville kunne have foretaget en kvalitativ evaluering, hvis der var andre tilbudsgivere, der havde tilbudt udstyr med flere og mere besværlige betjeningstrin.

- Indklagede har med krav nr. 29, der er nævnt i påstand 4.7, lagt vægt på, om sproget på brugergrænsefladen udelukkende var dansk, idet andre sprog ville blive tillagt en lavere vægtning. Begge de to konditionsmæssige tilbudsgivere opfyldte kravet.
- Indklagede har med krav nr. 30, der er nævnt i påstand 4.8, lagt vægt på, at blitzen til udstyret blev forsynet fra andet batteri. Begge de to konditionsmæssige tilbudsgivere har i denne sammenhæng været i stand til at opfylde kravet, men indklagede ville have foretaget en kvalitativ evaluering, hvis der var andre tilbudsgivere, som tilbød mindre hensigtsmæssige løsninger.
- Indklagede har med krav nr. 42, der er nævnt i påstand 4.9, lagt vægt på, hvorvidt det var muligt for alene én operatør at opstille og igangsætte udstyret. Det blev herunder tillagt en dårligere vurdering, hvis opstillingen af udstyret krævede hjælpemidler eller flere operatører. Begge de to konditionsmæssige tilbudsgivere har i denne sammenhæng været i stand til at opfylde kravet, men Unitraffic AB er alene blevet tillagt 8 point på grund af den manglende gennemførelse af verifikation.
- Indklagede har med krav nr. 62, der er nævnt i påstand 4.10, lagt vægt på, i hvor høj grad tilbudsgiverne var i stand til at opfylde kravet, idet enhver ændring i de angivne oplysninger ville medføre, at indklagede ville skulle ændre i det eksisterende sagsbehandlingssystem. Begge de to konditionsmæssige tilbudsgivere har opfyldt kravet.
- Indklagede har med krav nr. 67, der er nævnt i påstand 4.11, lagt vægt på, om sproget på brugergrænsefladen udelukkende var dansk, idet andre sprog ville blive tillagt en lavere vægtning. Begge de to konditionsmæssige tilbudsgivere har i denne sammenhæng været i stand til at opfylde kravet.
- Indklagede har med krav nr. 71, der er nævnt i påstand 4.12, lagt vægt på, i hvor høj grad tilbudsgiverne var i stand til at opfylde kravet, idet delvis opfyldelse kunne forekomme alt afhængig af det til-

budte programmel. Begge de to konditionsmæssige tilbudsgivere har i denne sammenhæng været i stand til at opfylde kravet.

- Indklagede har med krav nr. 79, der er nævnt i påstand 4.13, lagt vægt på, i hvor høj grad tilbudsgiverne var i stand til at opfylde kravet, idet delvis opfyldelse kunne forekomme alt afhængig af det tilbudte programmel. SWARCO Danmark A/S er i denne sammenhæng alene blev tildelt 12 point, idet virksomheden oplyste, at funktionen først skulle implementeres.
- Indklagede har med krav nr. 84, der er nævnt i påstand 4.14, lagt vægt på, i hvor høj grad tilbudsgiverne var i stand til at opfylde kravet, idet delvis opfyldelse kunne forekomme alt afhængig af det tilbudte programmel, herunder om manglende adgang til internettet ville give en dårligere afvikling af en eller flere dele af programmet. Begge de to konditionsmæssige tilbudsgivere har været i stand til at opfylde kravet.
- Indklagede har med krav nr. 86, der er nævnt i påstand 4.15, lagt vægt på, i hvor høj grad tilbudsgiverne var i stand til at opfylde kravet, idet særlige vilkår ville trække ned ved vurderingen. Kvaliteten blev således vurderet ud fra, om der f.eks. af tilbudsgiverne var fremsat særlige krav eller ønsker til navngivning af mapper, forbud mod mellemrum i navnet på et fil-drev mv. Begge de to konditionsmæssige tilbudsgivere har været i stand til at opfylde kravet.

Ad påstand 5

Klageren har navnlig anført, at delkriterierne ikke gav mulighed for reel konkurrence, og at de derfor ikke kunne indgå som lovlige delkriterier til underkriteriet »*Leveringssikkerhed*«. Manglende eller delvis opfyldelse af kravene måtte kvalificeres som forbehold og evalueres som sådanne. Det var derfor i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a, at fastsætte disse delkriterier som sket.

Om de enkelte elementer i påstanden har klageren navnlig gjort gældende:

- Indklagede havde, jf. påstand 5.1, i udbudsbetingelserne anført, at der ved vurderingen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »*Leve-ringssikkerhed*« ville blive lagt vægt på opfyldelse af de enkelte krav i udbudsmaterialets bilag 1, »*Tidsplan*«. Indklagede havde i tidsplanen generelt fastsat, at tilbudsgiverne ikke var berettigede til at ændre i teksten i dette bilag, som skulle betragtes som mindstekrav, og at det herunder i kravet ID 3 var fastsat, at kunden »*skal have 5 arbejdsdage til gennemsyn af testplanen*«. Det fremgik af udbudsbetingelsernes pkt. 8 – 8.1, at udtrykket »*krav*« omfattede såvel mindstekrav som K1- og K2-krav. Indklagede havde således fastsat, at der ved evalueringen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »*Leve-ringssikkerhed*« ville blive lagt vægt på tilbudsgivernes opfyldelse af et mindstekrav, der ikke kunne konkurreres på. Det kunne derfor ikke lovligt indgå som delkriterium som sket.
- Indklagede havde, jf. påstand 5.2, i udbudsbetingelserne fastsat, at der ved evaluering af tilbuddene i henhold til underkriteriet »*Leve-ringssikkerhed*« ville blive lagt vægt på opfyldelse af de enkelte krav i udbudsmaterialets bilag 10, »*Servicemål*«. I dette bilags pkt. 3.3 om »*Måling af svartider i visitationssoftware*« havde indklagede fastsat, at »*Svartiderne skal måles automatisk via funktionalitet i måleværktøj (programmel), som leverandøren stiller til rådighed*«, uagtet at dette udtømmende krav udelukkede muligheden for konkurrence på måling af servicemål.

Indklagede og intervenienten har navnlig anført, at der tilkommer en ordregivende myndighed et vidt skøn i relation til udformningen af udbudsbetingelserne, herunder ved fastsættelsen af underkriterier og delkriterier, og klagenævnet erstatter ikke myndighedens skøn med sit eget, hvis de overordnede udbudsretlige regler i øvrigt er overholdt. Indklagede har ved udformningen af de omtvistede krav ikke overskredet denne skønsmargin. Det bestrides, at kravene i påstandene ikke var egnede til reel konkurrence, jf. ovf. ad påstand 4. Det fremgik også af evalueringsskemaet vedrørende krav, at der faktisk var en reel konkurrence på flere af de problematiserede krav.

Om de enkelte elementer i påstanden har indklagede og intervenienten navnlig gjort gældende:

- Klagernes henvisning i påstand 5.1 til tidsplanens ID 3 svarer ikke til indholdet af påstanden om et krav om, at »[Kunden] skal have 5 arbejdsdage til gennemsyn af testplanen«, idet der heri alene er anført, at der »Ønskes afholdt 2-3 arbejdsdage efter referencebesøg«. Det formodes derfor, at klagerne rettelig henviser til tidsplanens ID 8, hvoraf fremgår: »Der skal afsættes 5 arbejdsdage til denne aktivitet«. Klagerens påstand må i øvrigt bero på en misforståelse. Teksten anført i kolonnen »Bemærkninger« i tidsplanen var i henhold til den vejledende tekst udtryk for mindstekrav. Indklagede har således ikke foretaget nogen kvalitativ evaluering af dette krav.
- Indklagede havde ved kravet i udbudsmaterialets bilag 10, »Service-mål«, pkt. 3.3 lagt vægt på, i hvor høj grad tilbudsgiverne var i stand til at opfylde kravet. Hvis eksempelvis en tilbudsgiver havde ændret i teksten i udbudsbetingelserne, idet tilbudsgiveren forudsatte, at indklagede selv tilvejebragte måleværktøjet, eller forudsatte at svar-tiderne skulle måles manuelt, ville dette trække ned i vurderingen. Begge de to konditionsmæssige tilbudsgivere har i denne sammenhæng været i stand til at opfylde kravet, jf. evalueringsskemaet for opfyldelse af krav.

Ad påstand 6

Klageren har navnlig anført, at indklagede har handlet i strid med gennem-sigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2. Gennemsigtighedsprin-cippet indebærer, at ordregiver fastsætter klare regler for sammenligningen af de modtagne tilbud, jf. artikel 53, og at ordregiver følger de fastsatte reg-ler for tilbudssammenligning. EU-domstolens har ved dommen i sag C-532/06, Lianakis, endvidere fastslået, at tilbudsgiverne allerede på det tids-punkt, hvor de forbereder deres bud, skal have kendskab til »*alle forhold som den ordregivende myndighed tager i betragtning ved udvælgelsen af det økonomisk mest fordelagtige bud, og disse forholds relative betydning*«. Indklagede fastsatte imidlertid i kravspecifikationens vejledende tekst, at »*Rigspolitiet foretrækker, at kravopfyldelsen beskrives, uanset om tilbuds-giver har skrevet ja/delvist/nej. Dvs. tilbudsgiver opfordres til at uddybe sit svar med en beskrivelse. En sådan beskrivelse kan påvirke vurderingen af tilbuddet*«. Med denne formulering havde indklagede alene forbeholdt sig at lade tilbudsgivernes opfyldelsesbeskrivelser indgå i tilbudsvurderingen,

uanset at det i udbudsbetingelserne er anført, at disse beskrivelser vil indgå i evalueringen af underkriteriet »*Leveringssikkerhed*«.

Indklagede og intervenienten har navnlig anført, at indklagede ikke ved den i kravspecifikationen angivne formulering alene har forbeholdt sig at lade tilbudsgivernes opfyldelsesbeskrivelser indgå i tilbudsevalueringen. Den formulering, som klagerne problematiserer, måtte forstås således, at beskrivelsen – alt afhængigt af svaret på spørgsmålet »*ja/delvist/nej*« – kunne indgå i tilbudsvurderingen.

Ad påstand 7

Klageren har navnlig gjort gældende, at indklagede kun kunne lade oplysninger indgå i tilbudsevalueringen, som tilbudsgiverne havde afgivet under dette udbud, og at indklagede derfor var afskåret fra at lægge vægt på resultaterne af verifikationsproceduren. Da indklagede fastsatte, at resultaterne ville indgå med forrang, handlede indklagede derfor i strid med gennemsigtighedsprincippet. Unitraffic AB undgik – i modsætning til de øvrige tilbudsgivere – byrden ved at fremlægge endelige eksemplarer af det kravspecificerede ATK-udstyr til verifikation den 3. – 5. juli 2012, og indklagedes beslutning om ikke at gennemføre en fornyet teknisk afklaring under udbuddet med forhandling medførte dermed, at Unitraffic AB i strid med ligebehandlingsprincippet har fået en fordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere. Det er herved uden betydning, at Unitraffic AB har fået en dårligere kvalitativ bedømmelse på de af verifikationen omfattede krav. Klageren har endvidere anført, at deltagelse i verifikationsproceduren under det forudgående offentlige udbud var et krav for deltagelse i dette udbud, hvorfor indklagede også af denne grund under det forudgående offentlige udbud havde været forpligtet til at afvise tilbuddet fra Unitraffic AB. Klageren har herved henvist til, at det fremgik af udbudsbetingelsernes pkt. 14, at verifikationen ville »*forløbe som specificeret i verifikationsdrejebogen uden mulighed for afvigelser*«, og at det af tidsplanen for udbuddet som krav ID 5 var fastsat, hvornår verifikationen skulle afholdes.

Indklagede og intervenienten har navnlig anført, at deltagelse i verifikationsproceduren ikke var et mindstekrav under udbuddet. Det var blot tale om en slags produktdemonstration af, hvorledes kravene ville blive opfyldt. Formålet var alene at betrygge indklagede og at give indklagede et overordnet indtryk af udstyret. Det forhold, at en eller flere tilbudsgivere ikke har

en færdig løsning, de kan demonstrere, er efter klagenævnets praksis ikke til hinder for gennemførelse af produktdemonstrationer med de resterende tilbudsgivere. Unitraffic AB har ikke opnået nogen fordel. Tværtimod har selskabet til dels fået en dårligere kvalitativ evaluering, fordi det ikke deltog i verifikationsproceduren. Indklagede var ikke forpligtet til under forhandlingsudbuddet at gennemføre en ny verifikationsproces, og det ville være formalistisk og uproportionalt at stille krav om en ny verifikation af de samme 16 krav under forhandlingsudbuddet.

Ad påstand 8

Klageren har navnlig anført, at de overtrædelser af udbudsreglerne, der er anført under påstandene 1 – 7, har en sådan karakter, at udbuddet ikke kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Klagenævnet skal derfor annullere hele udbuddet.

Indklagede og intervenienten har navnlig anført, at Rigspolitiet ikke har overtrådt udbudsreglerne som anført af klageren, og at der derfor hverken er grundlag for at annullere udbuddet eller tildelingsbeslutningen. Såfremt klagenævnet måtte nå frem til, at indklagede har været uberettiget til (med forrang) at lægge vægt på resultaterne af verifikationsprocedurerne under det forudgående offentlige udbud, gøres det gældende, at dette ikke har haft nogen konkret betydning for resultatet af tilbudsevalueringen.

Ad påstand 9

Klageren har navnlig anført, at indklagede som anført under påstand 2 i strid med udbudsreglerne har indgået kontrakt med Unitraffic AB uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Klagenævnet er ikke afskåret fra at anvende sanktionen uden virkning, da klageren først meningsfuldt kunne nedlægge påstand om, at den indgåede kontrakt erklæres for uden virkning på det tidspunkt, hvor kontrakten reelt var indgået mellem indklagede og Unitraffic AB. Standstill-perioden efter håndhævelseslovens § 4, stk. 1, nr. 2, må tjene samme formål som stand still-perioden efter håndhævelseslovens § 3, stk. 1. Indsigelser under denne stand still periode må herefter betyde, at beskyttelse mod sanktionen uden virkning afskæres, idet procedurebestemmelsen ellers ville være indholdsløs. Klagen var i dette tilfælde indgivet inden 10-dagesfristen i håndhævelseslovens § 4, stk.1. Der er tale om en af de allergroveste overtrædelser af udbudsreglerne, jf.

påstand 2, og hensynet til en effektiv klageadgang må derfor være udslagsgivende. Klagenævnet skal på den baggrund erklære den indgåede kontrakt med Unitraffic AB for uden virkning, jf. håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 1.

Indklagede og intervenienten har navnlig anført, at indklagede som anført i relation til påstand 2 ikke i strid med de udbudsretlige regler har indgået en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Betingelserne for at erklære kontrakten uden virkning i håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 1, er allerede af den grund ikke opfyldt. Da indklagede endvidere inden indgåelsen af kontrakten med Unitraffic AB havde offentliggjort en bekendtgørelse efter håndhævelseslovens § 4, stk. 1, er det også af den grund udelukket at erklære kontrakten for uden virkning. Beskyttelsen efter § 4, stk. 1, er ikke indholdsløs i den foreliggende situation. Klagerne havde – inden kontrakten blev indgået – indgivet klage, og klagenævnet havde også inden kontraktens indgåelse truffet bestemmelse om ikke at tillægge klagen opsættende virkning. På den baggrund er klageren afskåret fra at få medhold i en påstand om uden virkning, jf. håndhævelseslovens § 3, stk. 1, og § 12, stk. 2. Indklagede har herved blandt andet henvist til, at de effektivitetshensyn til håndhævelsen af udbudsreglerne, der ligger bag reglerne om uden virkning-sanktionen, til fulde er sikret, når kontrakten først indgås efter udløbet af stand still-perioden og efter, at klagenævnet har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning. Stand still-perioden i henhold til håndhævelseslovens § 4, stk. 1, har ikke helt samme formål som stand still-perioden efter lovens § 3, stk. 1, og en klage indgivet i denne periode er således heller ikke i henhold til håndhævelsesloven tillagt automatisk opsættende virkning.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Der er ikke i udbudsdirektivet fastsat sådanne positive krav til fremgangsmåden ved de forhandlinger, som ordregiveren gennemfører efter udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, som klageren gør gældende. Rigspolitiet havde i pkt. 3 i udbudsbetingelserne til udbuddet med forhandling udtrykkeligt fastsat, at dette udbud ville forløbe ved *»én forhandlingsrunde, der består i, at tilbudsgiver får mulighed for at afgive et justeret tilbud«*, således som det også skete.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2

En vis udskydning af frister må i den situation, som udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, omhandler, som udgangspunkt anses for en naturlig og forudseelig følge af, at en ordregiver overgår til udbud med forhandling, og kan normalt ikke anses for en væsentlig ændring omfattet af bestemmelsens 1. led. Det gælder, uanset om ordregiveren under det forudgående udbud havde fastsat mindstekrav i tidsplanen, og disse krav under det efterfølgende forhandlingsudbud fraviges. Der er ikke konkrete holdepunkter for, at de foretagne ændringer af tidsplanen ville have haft væsentlig betydning for de virksomheder, der i forbindelse med det forudgående offentlige udbud overvejede at afgive tilbud. De nævnte ændringer kan på den baggrund ikke anses for væsentlige afvigelser fra de oprindelige udbudsbetingelser, jf. udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 3

Af de grunde, der er anført af indklagede, må de omtvistede delkriterier anses for at være tilstrækkeligt forbundet med kontraktens genstand.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 4

I udbudsbetingelsernes pkt. 9 om *»Tilbudsgivers forbehold«* var det fastsat, *»at tilbudsgivers udfyldelse af bilagene ikke i sig selv betragtes som forbehold, når dette sker i overensstemmelse med de retningslinjer, der fremgår af dette dokument og de enkelte bilag«*. Indklagede havde således fastsat, at en korrekt udfyldelse af et bilag, der viste, at en tilbudsgiver ikke eller kun delvist opfyldte et bestemt krav, ikke ville blive anset for et forbehold.

Indklagede havde i udbudsbetingelsernes pkt. 12.2 *»Kvalitet«* fastsat, at der ved evalueringen af tilbuddene i relation til dette underkriterium blandt andet ville blive lagt vægt på *»overholdelse af K1-krav i bilag 2 (Kravspecifi-*

kation)« og »K2-krav i bilag 2 (kravspecifikation)«. Det var således udtrykkeligt angivet, at der ved evalueringen af tilbuddene i henhold til dette underkriterium ville blive lagt vægt på, om de omtvistede krav var opfyldt. Det følger heraf, at manglende eller kun delvis opfyldelse af et krav ville blive vurderet som led i kvalitetsbedømmelsen af tilbuddene. Det var således muligt for tilbudsgiverne at konkurrere på (graden af) opfyldelsen af de nævnte krav.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 5

Indklagede havde i udbudsbetingelserne fastsat, at teksten i tidsplanen havde karakter af et mindstekrav. Det gjaldt således også kravet om, at der skulle afsættes 5 arbejdsdage til kundens gennemsyn af testplanen, jf. påstand 5.1. I udbudsbetingelsernes pkt. 12 var det fastsat, at »Opfyldelse af mindstekrav indgår ikke i vurderingen, selvom det ikke specifikt fremgår nedenfor«. Uanset formuleringen af udbudsbetingelsernes pkt. 12.3 om indholdet af underkriteriet »Leveringssikkerhed«, fulgte det således klart af pkt. 12, at det omstridte krav ikke ville indgå i evalueringen af tilbuddene.

Indklagede havde i udbudsbetingelsernes pkt. 12.3 om »Leveringssikkerhed« fastsat, at der ved evalueringen af tilbuddene i relation til dette underkriterium blandt andet ville blive lagt vægt på opfyldelsen af de enkelte krav i bilag 10 (Servicemål), og herunder kravet i bilagets pkt. 3.3 om automatisk måling af svartider, der er nævnt i påstand 5.2. Det var således udtrykkeligt angivet, at det under dette underkriterium ville blive lagt vægt på, om det omtvistede krav var opfyldt. Det følger heraf, at manglende eller kun delvis opfyldelse af et krav ligeledes ville blive vurderet som led i kvalitetsbedømmelsen af tilbuddene. På den baggrund og under hensyn til det, der er anført vedrørende påstand 4 om, at manglende eller kun delvis opfyldelse af de pågældende krav ikke skulle anses for forbehold, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 9, var det muligt for tilbudsgiverne også at konkurrere på opfyldelsen af dette krav.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 6

Af de grunde, som indklagede har anført, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 7

Indklagede havde i udbudsbetingelsernes pkt. 12.2 under forhandlingsudbuddet fastsat, at resultaterne »af verifikationen vil indgå (med forrang) i Rigspolitiets vurdering af disse krav«. Det var således klart for tilbudsgiverne, at disse resultater ville indgå, og indklagede har ikke herved tilsidesat gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2.

Uanset at Unitraffic AB under det forudgående offentlige udbud undgik byrden ved at deltage i verifikationsproceduren, har det forhold, at indklagede under forhandlingsudbuddet lagde vægt på oplysningerne fra verifikationen, ikke medført en konkurrencemæssig fordel for Unitraffic AB under dette udbud, idet indklagede var forpligtet til at lade dette komme Unitraffic AB til skade ved evalueringen af tilbuddet. Dermed er heller ikke ligebehandlingsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, tilsidesat som anført af klageren.

Herefter og da det, klageren i øvrigt har anført, ikke kan føre til et andet resultat, tager klagenævnet ikke påstanden til følge.

Ad påstand 8

Klagenævnet har ikke taget påstand 1-7 til følge.

Klagenævnet tager derfor heller ikke annullationspåstanden til følge.

Ad påstand 9

Klagenævnet har ikke taget klagerens påstand 2 til følge. Allerede derfor er betingelserne i håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 1, for at erklære kontrakten for uden virkning ikke opfyldt.

Påstanden tages ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagebyret tilbagebetales ikke.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Thomas Schapiro
kontorfuldmægtig