

K E N D E L S E

Backbone Aviation A/S
(advokat Karsten Steen Jensen, Esbjerg)

mod

Danmarks Meteorologiske Institut
(Kammeradvokaten v/ advokat Anni Noes Westergaard)

Klagenævnet har den 22. marts 2016 modtaget en klage fra Backbone Aviation A/S.

Klagen angår et af Danmarks Meteorologiske Institut (i det følgende DMI) ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 007-007475 af 8. januar 2016 iværksat offentligt udbud efter udbudsloven (lov nr. 1564 af 15. december 2015) om chartring af luftfartøj inklusive besætning til brug for isrekognoscering i Sydgrønland.

Backbone Aviation A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

DMI har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 4, Backbone Aviation A/S' supplerende bemærkninger af 29. marts 2016, Backbone Aviation A/S' korrigerede påstand af 4. april 2016 og svarskrift med bilag A – G.

Klagens indhold:

Backbone Aviation A/S har, udover påstanden om opsættende virkning og en påstand om erstatning, nedlagt følgende påstand:

”DMI påbydes at annullere udbudsforretningen i henhold til udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 007-007475 om offentlig kontrakt om chartring af luftfartøj, inklusiv besætning, til brug for isrekognoscering i Sydgrønland, idet

- a) udbuddet er i strid med kriterierne for tildeling af kontrakter i lov om udbud, § 164 jf. § 2.

Uanset DMI i udbudsmaterialet har beskrevet de kriterier og den evalueringsmetode, der er anvendt ved den efterfølgende bedømmelse af de indkomne tilbud, viser det sig først ved afgørelsen den 18. marts, at metoden er tilrettelagt således, at uanset Klager har opnået den højeste score i de kriterier, der vægter langt mest (80 %), opnår den foretrukne tilbudsgiver (Air Greenland) ved en uigenomsigtig og ulogisk beregning alligevel den højeste, samlede, vægtede score.

De praktiske konsekvenser af evalueringsmetoden er ikke beskrevet i udbudsmaterialet, og det er ikke umiddelbart klart for en tilbudsgiver, at den vægtning, der indgår i metoden, vil have/kan have de ovenfor beskrevne konsekvenser.

Evalueringsmetoden må derfor anses for at stride med kravene om gennemsigtighed og ligebehandling.

- b) udbuddet er tilrettelagt med henblik på at favorisere én tilbudsgiver (Air Greenland) hvilket er i strid med princippet om ligebehandling i § 2. Det ønskede resultat af udbuddet er opnået ved, at kriterier der er i Air Greenlands disfavør er udeladt som tildelingskriterium (miljø), mens det eneste kriterium, hvor ordregiver kunne give Air Greenland en højere score end Klager, er tillagt en unaturlig høj vægtning ved den efterfølgende sammenligning af, tilbudsgivernes score inden for hver af de kriterier, der er opstillet i udbudsmaterialet.
- c) det endvidere må anses for at stride mod kravet i § 2 om ligebehandling og gennemsigtighed, at den matematiske model, der benyttes til sammenligning af tilbudsgivernes score inden for hver af de opstillede kriterier, er udformet således, at til trods for at Air Greenland kun har opnået højeste score i kriteriet ”leveringssikkerhed”, som

vægtes med 20 %, opnår Air Greenland den højeste, samlede, vægtede score.

Vægtningen af underkriterierne er fastlagt således, at alene kriteriet om leveringssikkerhed er afgørende ved tilbudsevalueringen hvilket stider mod gennemsigtighedsprincippet. Der henvises til noten til § 165 (nr. 721) i Karnov.

- d) den matematiske model der er anvendt, ikke er gennemskuelig for tilbudsgiverne jf. § 164, stk. 1 ligesom modellen ikke giver et retvisende billede af, hvordan tilbudsgiverne reelt opfylder kriterierne i udbudsmaterialet.
- e) det ikke fremgår af udbudsmaterialet, efter hvilke kriterier ordregiver fordeler scoren inden for hver enkelt af de opstillede kriterier. Den anvendte metode giver herved reelt ordregiver valgfrihed mellem tilbuddene, hvilket er i strid med § 164, stk. 1, 1. pkt. Dette forhold understreges af, at hvis Klager havde opnået scoren 4 i stedet for 3 i ”leveringssikkerhed” havde Klager opnået højeste, samlede, vægtede score, samt at ordregiver ved tildelingen af scoren 3 i ”leveringssikkerhed” har lagt vægt på en oplysning om, at Klager skal hente en helikopter udefra i tilfælde af tekniske problemer med Klagers egen helikopter. Denne oplysning har Klager ikke afgivet, og den er ikke i overensstemmelse med den erfaring Ordregiver har med Klager fra den forløbne koncessionsperiode.”

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

Andre oplysninger i sagen:

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår bl.a.:

”DMI kan ikke tilbyde hangar til tilbudsgivers luftfartøj, hvorfor tilbudsgiver enten bør sikre sig aftale om leje af hangar i Grønland, eller flyve ind i overensstemmelse med de ugentlige flyveplaner inklusiv eventuelle ad hoc-flyvninger.”

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a.:

”4.6 Kriterier for vurdering af tilbud

Ordregiver vil herefter vurdere tilbuddene på grundlag af tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”.

Ordregiver vil i den forbindelse lægge følgende underkriterier til grund:

- 1) Pris 50 %
bedømt på grundlag af følgende delkriterier:
 - Timepris v. ca. 225 årlige flyvetimer
 - Standing fee
- 2) Kvalitet 30 %
bedømt på grundlag af følgende delkriterier:
 - I hvor høj grad tilbudsgiver har sandsynliggjort at kunne opfylde de i Kravspecifikationen angivne kompetitive krav nr. 7, 8, 9, 10 og 11.
- 3) Leveringssikkerhed 20 %
bedømt på grundlag af følgende delkriterier:
 - I hvor høj grad tilbudsgiver har sandsynliggjort at kunne opfylde det i Kravspecifikationen angivne kompetitive krav nr. 12.

4.7 Evalueringsmodel

Beskrivelse af evalueringsmetoden:

...

Kravene omfattet af underkriteriet Kvalitet vægtes indbyrdes som anført nedenfor

<u>Krav</u>	<u>Vægt</u>
Krav 7: Luftfartøjets egnethed	20 %
Krav 8: Piloterfaring	20 %
Krav 9: Udsyn	30 %
Krav 10: Flyvehøjde	10 %
Krav 11: Flyvehastighed	20 %

Vurderingen af underkriterierne sker som følger:

Leveringssikkerhed og Kvalitet:

Kravene under Leveringssikkerhed og Kvalitet vurderes i overensstemmelse med de under kravene anførte evalueringspræferencer på følgende overordnede skala:

<u>Vurdering</u>	<u>Point</u>
Særdeles tilfredsstillende	5
Meget tilfredsstillende	4
Tilfredsstillende	3
Mindre tilfredsstillende	2
Ikke tilfredsstillende	1

Pris:

Prisen indgår i tilbudsevalueringen med den i prisbilaget anførte evalueringstekniske pris.

Sammenstilling af pris og den samlede kvalitative vurdering:

Til brug for sammenstillingen af pris og den samlede kvalitative vurdering udregnes en samlet kvalitetsscore for hver tilbudsgiver baseret på den indbyrdes vægtning mellem de kvalitative underkriterier ved brug af følgende formel:

$$\text{Kvalitetsscore} = \frac{(\text{Point på Kvalitet} \times \text{vægt på Kvalitet}) + (\text{point på Leveringssikkerhed} \times \text{vægt på Leveringssikkerhed})}{\text{summen af vægtene på Kvalitet og Leveringssikkerhed}}$$

Det bedste forhold mellem pris og den samlede kvalitative vurdering identificeres ved at fastslå om den procentvise forskel i den vægtede kvalitetsscore (vægt 50 %) kan opvejes af den vægtede procentvise forskel i pris (vægt 50 %). Ved sammenstillingen tages altid udgangspunkt i den af tilbudsgiverne, der har den højeste kvalitetsscore.

[herefter følger 2 eksempler]”

Af kravspecifikationen fremgår bl.a.:

”Krav 8: Piloterfaring (Kompetitivt krav)

Leverandøren stiller piloter til rådighed for opgaven, som har erfaring med den i kravspecifikationen nævnte type flyoperationer.

Evalueringspræference: Evalueringen vil afspejle mængden og relevansen af de til opgavens løsning allokerede piloters erfaring, således at mere relevant erfaring evalueres mere positivt end mindre relevant erfaring. Evalueringen vil både afspejle mængden og relevansen af erfaringen.

Tilbudsgivers løsningsbeskrivelse (max 10 A4 sider):

...

Krav 12: Leveringssikkerhed og -stabilitet (Kompetitivt krav)

Tilbudsgiver skal kunne udføre kontrakten med en høj grad af leveringssikkerhed og –stabilitet.

Evalueringspræferencer: Tilbudsgivers beskrivelse af, hvorledes leveringssikkerhed og -stabilitet vil blive tilsikret under kontraktens udførelse, vil danne baggrund for ordregivers evaluering. En høj grad af leveringssikkerhed og –stabilitet evalueres mest positivt.”

Ved tilbudsfristens udløb havde DMI modtaget tilbud fra Air Greenland A/S og Backbone Aviation A/S. Af Backbone Aviation A/S' tilbud fremgår bl.a.:

”Backbone Aviation A/S tilbud på opgaveløsningen indeholder opfyldelse af alle de fremsatte 6 mindstekrav samt de 6 fremsatte kompetitive krav.

Tilbuddet angiver desuden anvendelse af en meget miljøvenlig helikopter EC120, der sammenlignet med den mest gængse helikopter på Grønland, AS350, sparer 47 kilo brændstof pr. Flyvetime, hvilket svarer til en besparelse i udledningen af CO₂ på 148 kilo pr. Flyvetime.

...

Krav 8: Piloterfaring (kompetitivt krav)

...

BackBone anvender kun piloter til løsning af opgaven ved Iscentralen, som har gennemgået et uddannelsesforløb, der er sammensat af BackBone i samarbejde med Trafik og byggestyrelsen. Forløbet indebærer bl.a. flyvning i Bjergrigt og Alpint terræn, træning i landinger i alle former for alpint terræn, også under fænomenet ”white out” hvor sigtbarheden er væsentligt reduceret og visuelle referencer er ikke eksisterende. Kurset foregår i de schweiziske Alper, der er at sammenligne med Grønlandske vilkår. Der trænes også i at imødegå de kraftige turbulente vilkår som bjerge og fjelde kan afstedkomme ved forskellige vindhastigheder og retninger. Derudover gennemføres der et ”Operators Conversion Course” i Narsarsuaq, hvor BackBones chefpilot gennemfører uddannelse i de faktuelle omgivelser, og der gennemføres supervise-rede flyvninger inden nye piloter tillades at flyve selvstændigt for Iscentralen.

...

Krav 12 Leveringssikkerhed og –stabilitet (kompetitivt krav)

...

Backbone har altid prioriteret kunden og kundens ønsker som det højeste, og vi bestræber os på at yde en kontinuerlig stabilitet og leveringssikkerhed hele tiden. BackBone har erfaret at ved at mindske kommunikations gangen mest muligt mellem kunden og operatør, opnås det mest tilfredsstillende produkt for begge parter. Måden at BackBone gør dette på er, ved at i stedet for at have en charter afdeling som kommunikationen kører igennem, så er der direkte kontakt mellem den tilstedeværende pilot og kunden. Det betyder at, i dette tilfælde, DMI/Iscentralen koordinerer det ugentlige flyveprogram direkte med BackBone piloten. Dette giver en helt anden form for fleksibilitet, da ændringer i det planlagte flyveprogram grundet vejr eller ændring i skibstrafikken, tages hånd om med det samme fra den tilstedeværende pilot, således at DMI får det produkt som kontrakten tilsiger. Den direkte kommunikation med piloten gør også at respons tiden for en ikke planlagt flyvning, til at man er i luften, kan ske med utrolig kort varsel, således at skibstrafik-

ken får den mest opdaterede ismelding. BackBone vil hele året rundt have Helikopteren og minimum en pilot placeret i Narsarsuaq området, som kan kontaktes 24 timer i døgnet, og som er til fuld disposition for DMI. Dette er med til at sikre et stabilt og leveringsdygtigt produkt overfor DMI.

Helikopteren som BackBone stiller til rådighed for DMI, skal eftersynes hver 100 fløjne timer. Helikopteren vil ikke forlade Narsarsuaq området, men BackBone vil derimod få et mekaniker hold fløjet op, og eftersynet vil blive lavet hvor helikopteren er placeret. Dette planlægges i god tid, og vil blive koordineret med DMI således at det ikke påvirker de planlagte isrekognosceringer.”

Ved brev af 18. marts 2016 til Backbone Aviation A/S meddelte DMI at der var modtaget 2 tilbud, og at Backbone Aviation A/S ikke havde afgivet tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Af brevet fremgår bl.a.

”BackBone Aviation A/S har tilbudt en løsning med et meget højt kvalitativt niveau, men med mindre tilfredsstillende opfyldelse af kravet vedrørende leveringssikkerhed og -stabilitet.

Underkriteriet ”Kvalitet” (30 % vægtning)

...

Krav 8: Piloterfaring

Backbone aviation sikrer piloternes færdigheder og uddannelse gennem kurser i flyvning under alpine forhold i Schweiz, et conversion course i Narsarsuaq, samt periodevis træning hver 6 måned. Der tilbydes imidlertid ikke piloter med nogen særskilt erfaring i den type operationer, der er angivet i kravspecifikationen. Da mængden og relevansen af de allokerede piloters erfaring - ikke deres uddannelsesmæssige niveau - udgør evalueringspræferencen for krav 8, jf. kravspecifikationen, og da ordregiver på basis af BackBones tilbud ikke har kunnet konstatere en bestemt mængde erfaring, har tilbudsgiver alene opfyldt kravet tilfredsstillende og opnår derfor karakteren 3.

...

Underkriteriet ”Leveringssikkerhed” (20 % vægtning)

...

Krav 12: Leveringssikkerhed

Indholdet af løsningens funktioner vurderes at være tilfredsstillende, idet tilbudsgiver tilbyder helikopter og pilot til rådighed i Narsarsuaq, såvel som et højt serviceniveau og koordinering af eftersyn med ordregivers flyveprogram. Teknisk assistance og – om nødvendigt - erstatningshelikopter skal dog hentes til Grønland ved behov, hvilket kan afstedkomme driftshindringer af kortere eller længere varighed. Tilbuds-

giver evalueres derfor alene til at kunne yde tilfredsstillende for så vidt angår leveringssikkerhed og -stabilitet. Tilbudsgiver opnår derved karakteren 3.

...

Evaluerings: Air Greenland A/S

...

Underkriteriet ”Kvalitet” (30 % vægtning)

...

Krav 8: Piloterfaring

Tilbudsgiver tilbyder opgaven løst af piloter, der er uddannet og trænet i Grønland. Da mængden og relevansen af de allokerede piloters erfaring – ikke deres uddannelsesmæssige niveau – udgør evalueringspræferencen for krav 8, jf. kravspecifikationen – har tilbudsgiver alene opfyldt kravet tilfredsstillende. Det bemærkes, at der i tilbudsevalueringen ikke kan lægges vægt på formuleringer, som ikke er egnet til at bære retlige forpligtelser, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 3.2.2.5, hvorfor der ikke er lagt vægt på Air Greenlands hensigtserklæring om i videst muligt omfang at bemane helikopteren med de samme piloter. Af samme årsag er de indsatte udtalelser fra andre kunder ikke fundet relevant i nærværende sammenhæng. Da mængden og relevansen af relevant erfaring, jf. evalueringspræferencen til krav 8, ikke er beskrevet i et sådant omfang, at ordregiver har kunnet konstatere en bestemt mængde af erfaring, er kravet alene beskrevet tilfredsstillende, og opnår derfor karakteren 3

...

Underkriteriet ”Leveringssikkerhed” (20 % vægtning)

...

Krav 12: Leveringssikkerhed:

Indholdet af løsningens funktioner vurderes at være særdeles tilfredsstillende, idet tilbudsgiver har rådighed over en større flåde af helikoptere og vil ofte kunne stille erstatningshelikopter til rådighed med meget kort varsel. Tilbudsgiver har samtidig mekaniker og reservedele til rådighed i Narsarsuaq, samt aftale med leverandører af hovedkomponenter om levering til Air Greenland indenfor 24 timer. Tilbudsgiver opnår derved karakteren 5.

...

Tilbudsevalueringen har således samlet vist følgende uvægtede gennemsnitspoint:

Tilbudsgiver	Kvalitet 30 %	Pris 50 %	Leveringssikkerhed 20 %
Air Greenland A/S	4,3	3.847.500	5
BackBone Aviation A/S	4,6	3.487.500	3

På baggrund af ovenstående har DMI foretaget følgende samlede vurdering af tilbuddene:

Udregning af samlet kvalitetsscore (Kvalitet + Leverancesikkerhed)

$$\text{A.G. Kvalitetsscore } \frac{(5 * 20 \%) + (4,3 * 30 \%) }{50 \%} = 4,58 \text{ point}$$

$$\text{B.B. Kvalitetsscore } \frac{(3 * 20 \%) + (4,6 * 30 \%) }{50 \%} = 3,96 \text{ point}$$

Air Greenland har en kvalitetsscore, der er 15,66 % bedre end Backbone Aviation $((4,58-3,96)/3,96) = 0,1566 = 15,66 \%$, svarende til en vægtet forskel på 7,83 %. Air Greenland har tilbudt en pris, der er 10,32 % dyrere end Backbone $((3.847.500-3.487.500)/3.487.500 = 0,1032 = 10,32 \%)$, svarende til en vægtet forskel i prisen på 5,16 %.

Henset til, at Air Greenland har opnået en kvalitetsscore, der er 7,83 % bedre end Backbone og har tilbudt en pris, der kun er 5,16 % dyrere, har Air Greenland tilbudt det bedste forhold mellem pris og kvalitet.”

Det fremgår af brevet, at tilbudsgiverne på kriteriet ”kvalitet” fik følgende point på de fastsatte delkriterier:

	Krav 7	Krav 8	Krav 9	Krav 10	Krav 11
Backbone Aviation A/S	5	3	5	5	5
Air Greenland A/S	5	3	4	5	5

DMI meddelte ved afslagsbrev den 18. marts 2016, at Air Greenland A/S var blevet tildelt kontrakten. På dette tidspunkt havde Air Greenland A/S ikke forelagt egentlig dokumentation i overensstemmelse med udbudslovens § 152 for de oplysninger, der var afgivet i det fælles europæiske udbudsdokument i henhold til udbudslovens § 148. På den baggrund har DMI ved e-mail af 30. marts 2016 tilbagekaldt tildelingsbeslutningen med det formål at rette op på den manglende dokumentation. Air Greenland A/S er givet frist til udgangen af onsdag den 27. april 2016 til at fremkomme med den nødvendige dokumentation.

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Backbone Aviation A/S har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Backbone Aviation A/S har vedrørende påstand 1 gjort gældende, at udbuddet ikke opfylder betingelsen i udbudslovens § 2 om ligebehandling, idet udbuddet og den efterfølgende bedømmelse af de indkomne tilbud favoriserer Air Greenland A/S, uden at denne favorisering er saglig begrundet. Det gøres i relation hertil gældende, at udbudsmaterialet burde have indeholdt et kriterium vedrørende de miljømæssige forhold, når henses til, at DMI hører ind under Energi-, Forsynings- og Klimaministeriet, og at opgaven skal udføres i de arktiske egne, som er særlig påvirkelig overfor miljøgener, og at det af Miljøbeskyttelsesloven fremgår, at spild af råstoffer skal begrænses. Backbone Aviation A/S' helikoptere udleder 178 kg CO₂ mindre i timen end Air Greenland A/S' helikoptere. At miljømæssige forhold ikke er tillagt betydning indikerer således, at DMI har ønsket at favorisere Air Greenland A/S, idet det på forhånd var klart, at Air Greenland A/S ikke ville kunne opfylde et sådant kriterium. Det giver særlig anledning til en formodning om, at der er varetaget usaglige hensyn, når det tages i betragtning, at miljøhensyn blev tillagt stor vægt ved udbud af opgaven i 2012.

At der ved formuleringen af udbudsmaterialet og de kriterier, der er opstillet, har været et ønske om at favorisere en part fremgår endvidere af, at DMI har anvendt en matematisk metode til at sammenligne den score, de to tilbudsgivere har opnået inden for de respektive kriterier. Denne metode fører til, at selvom Backbone Aviation A/S har højeste score i kriterier, der tilsammen vægter 80 %, opnår den anden tilbudsgiver, Air Greenland A/S, en højere, samlet, "vægtet" score.

DMI har i sin vurdering af kriterierne "Piloterfaring" og "Leveringssikkerhed" valgt at se bort fra de erfaringer, DMI havde med Backbone Aviation A/S fra det hidtidige samarbejde. At DMI ved sin bedømmelse af disse to kriterier giver Backbone Aviation A/S en lavere score, forekommer således at ske mod bedrevidende og som en favorisering af den anden tilbudsgiver.

I afslaget til Backbone Aviation A/S har DMI redegjort for, i hvilket omfang Backbone Aviation A/S efter DMI's opfattelse "har sandsynliggjort at kunne opfylde de i kravsspecifikationen angivne krav". For underkriteriet "Leveringssikkerhed", som er det eneste kriterium, hvor Backbone Aviation A/S ikke har opnået højeste scorer, har DMI anført, at det vurderes negativt,

at der muligt i visse situationer skal hentes erstatningshelikopter til Grønland.

Backbone Aviation A/S har imidlertid ikke i sit tilbud anført, at man i tilfælde af driftsforstyrrelser forudsætter, at det bliver nødvendigt at hente en erstatningshelikopter til Grønland.

Backbone Aviation A/S har haft opgaven på isrekognoscering i Sydgrønland siden 2012. I den 4-årige periode, hvor Backbone Aviation A/S har serviceret DMI, har det ikke været nødvendigt at hente en erstatningshelikopter til Grønland, idet Backbone Aviation A/S har sikret sig adgang til at leje en helikopter for det tilfælde, at der måtte opstå tekniske problemer med selskabets egen helikopter. I perioden fra 2012 til 2016 er der således kun et eksempel på, at en opgave er blevet forsinket ganske kortvarigt på grund af tekniske problemer med Backbone Aviation A/S' helikopter. Backbone Aviation A/S har dermed under den hidtidige udførelse af opgaven dokumenteret, at man leverer den højeste leveringssikkerhed, og det synes at være mod bedre vidende, når DMI i sin afgørelse forudsætter, at en erstatningshelikopter skal hentes "udefra" med forsinkelse og leveringsusikkerhed til følge.

DMI skal inddrage sine erfaringer fra den foregående opgaveperiode i bedømmelsen af Backbone Aviation A/S' evne til at yde den nødvendige leveringssikkerhed. Hverken forløbet af den seneste opgaveperiode eller Backbone Aviation A/S tilbud giver grundlag for at antage, at Backbone Aviation A/S i mindre grad vil kunne opfylde kravet til leveringssikkerhed.

Ved tildelingen af karakteren 3 til Backbone Aviation A/S i "leveringssikkerhed og -stabilitet" er der iagttaget usaglige hensyn, idet karaktergivning er vilkårlig og beror på en forudsætning om, at Backbone Aviation A/S for at opfylde sine kontraktlige forpligtelser er nødt til at hente eventuelle erstatningshelikoptere udefra. Denne forudsætning er ikke korrekt, hvilket DMI vidste eller burde have vidst. Hvis Backbone Aviation A/S havde opnået scoren 4 i "Leveringssikkerhed og -stabilitet", havde Backbone Aviation A/S opnået en højere, vægtet score end Air Greenland A/S.

Uanset at DMI i udbudsmaterialet har beskrevet de kriterier og den evalueringsmetode, der er anvendt ved den efterfølgende bedømmelse af de indkomne tilbud, viser det sig først ved afgørelsen den 18. marts 2016, at me-

toden er tilrettelagt således, at uanset Backbone Aviation A/S opnår højeste score i de kriterier, der vægter langt mest (80 %), kan den foretrukne tilbudsgiver (Air Greenland A/S) alligevel opnå den højeste, vægtede score. De praktiske konsekvenser af evalueringsmetoden er ikke beskrevet i udbudsmaterialet, og det er ikke umiddelbart klart for en tilbudsgiver, at den vægtning, der indgår i metoden, vil have/kan have de ovenfor beskrevne konsekvenser. Evalueringsmetoden må derfor anses for at stride med kravene til gennemsigtighed og til ligebehandling.

Udbudsmaterialet indeholder desuden ikke en beskrivelse af, hvilke krav tilbudsgiverne skal opfylde for at opnå de enkelte karakterer. I forhold til udbudsmaterialet forekommer det således vilkårligt, om Backbone Aviation A/S i det foreliggende tilfælde opnår karakteren 3 eller 4 i "Leveringssikkerhed og -stabilitet".

Backbone Aviation A/S har endvidere afgivet det i økonomisk henseende mest favorable tilbud, hvilket er et kriterium, der vægtede med 50 %.

Til støtte for, at udbuddet om chartring af luftfartøj m.m. favoriserer en part og derfor er i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsloven, gøres det endvidere gældende, at den omstændighed, at Air Greenland A/S har indgået aftale med de grønlandske luftfartsmyndigheder om leje af alle til rådighed værende hangarfaciliteter på Grønland fører til, at en anden operatør end Air Greenland A/S i realiteten ikke vil have mulighed for at opfylde aftalen, medmindre det lykkes operatøren at opnå aftale med Air Greenland A/S om midlertidig fremleje af de nødvendige faciliteter. Dette forhold er der ikke taget højde for i udbudsmaterialet.

Endeligt gøres det gældende at udbudsmaterialet er mangelfuldt, idet det ikke indeholder den foreskrevne klagevejledning.

DMI har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 gjort gældende, at betingelsen om "fumus boni juris" ikke er opfyldt. Såfremt klagenævnet på det foreliggende grundlag måtte vurdere, at de påklagede forhold ikke kan forkastes på dette trin, må en konkret væsentlighedsvurdering dog føre til, at betingelserne om "fumus boni juris" ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har DMI gjort gældende, at DMI i overensstemmelse med udbudslovens § 160, stk. 1, i udbudsmaterialet klart havde

i) angivet kriterierne for tildeling, ii) beskrevet evalueringsmetoden samt iii) beskrevet, hvad der ville blive tillagt betydning ved tilbudsevalueringen. I relation til fastlæggelse af evalueringsmetoden er en ordregiver indrømmet et meget vidt skøn jf. bemærkningerne til udbudslovens § 160, stk. 1, side 183.

Den anvendte evalueringsmetode var klart beskrevet i udbudsbetingelserne endog med forskellige eksempler, der udførligt illustrerede den praktiske anvendelse af evalueringsmetoden. Det fremgik derfor også, hvordan de kvalitative kriterier over for priskriteriet ville indgå for at identificere tilbuddet med ”det bedste forhold mellem pris og kvalitet” i overensstemmelse med den vægtning, der var angivet i udbudsbetingelserne. Evalueringsmetoden fremstod derfor så tilstrækkelig klart, at en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver helt åbenbart kunne udlede evalueringsmetodens praktiske konsekvenser for den indbyrdes vægtning mellem kriterierne.

DMI havde fastsat kriterier for tildeling, der var både gennemsigtige, og som forhindrede DMI i at foretage et ubetinget frit valg mellem tilbuddene. DMI var i overensstemmelse med udbudslovens § 165, stk. 1, berettiget til at fastsætte den konkrete vægtning af underkriterierne som sket. Vægtningen af kriterierne er således ikke fastlagt på en måde, som strider mod gennemsigthedsprincippet..

Resultatet af tilbudsevalueringen var baseret på, som det også fremgik af afslagsbrevet, at Air Greenland A/S samlet set havde afgivet ”det bedste forhold mellem pris og kvalitet”. Backbone Aviation A/S havde tilbudt den laveste ”Pris”, samt tilbudt den bedste ”Kvalitet”, som vægtede 30 %, mens Air Greenland A/S dog havde tilbudt den bedste ”Leveringssikkerhed”, som vægtede 20 %. Det er således korrekt, at underkriteriet ”Leveringssikkerhed”, blev afgørende ved tilbudsevalueringen. At underkriteriet ”Leveringssikkerhed” viste sig at have afgørende betydning for vurderingen af, hvilken tilbudsgiver der havde afgivet det tilbud, med ”det bedste forhold mellem pris og kvalitet”, var dog et udslag af, at Backbone Aviation A/S kun havde tilbudt en lidt lavere pris end Air Greenland A/S, og en kun lidt bedre kvalitet end Air Greenland A/S. Air Greenland A/S havde derimod tilbudt en meget bedre leveringssikkerhed.

At Backbone Aviation A/S har afgivet tilbuddet med den laveste pris, er isoleret set uden betydning for resultatet af tilbudsevalueringen, når prisen ikke var det eneste tildelingskriterium.

Det bestrides, at udbuddet er tilrettelagt med henblik på at favorisere én tilbudsgiver (Air Greenland A/S) samt at DMI har varetaget usaglige hensyn, idet miljømæssige forhold ikke indgik som en del af tildelingskriterierne. Udbudsforretningen er tilrettelagt og gennemført fuldt ud i overensstemmelse med de udbudsretlige regler og principper.

DMI var i overensstemmelse med udbudslovens § 162, stk. 3, og udbudslovens § 164 berettiget til at fastlægge underkriterierne, herunder deres vægtning, som sket. Kriterierne og den anførte vægtning var både proportionale og relevante i forhold til anskaffelsens karakter og fastlagt med henblik på at identificere tilbuddet med ”det bedste forhold mellem pris og kvalitet”. Endvidere var de valgte underkriterier forbundet med kontraktens genstand, således som dette er reguleret i udbudslovens § 163, stk. 1. Det forhold, at DMI henhører under Energi-, Forsynings- og Klimaministeriet, kan ikke føre til, at DMI skulle have været forpligtet til at fastsætte et kriterium vedrørende ”miljømæssige forhold”. At dette kan have været et element i tidligere udbudsforretninger, er uden betydning for denne udbudsforretning.

Endeligt bestrides det, at udbuddet i øvrigt generelt var fastlagt med henblik på at favorisere Air Greenland A/S. Det bemærkes her særligt, at udbudsmaterialet blev udformet således, at det ikke var et krav, at leverandøren er baseret i Narsarsuaq eller Grønland, eller at leverandøren under kontraktens udførelse skulle anvende en helikopter. Dette netop for at understøtte den størst mulige konkurrence omkring den udbudte kontrakt.

DMI har været forpligtet til udelukkende at evaluere tilbuddene i overensstemmelse med de evalueringspræferencer, som var anført i kravspecifikationen jf. bemærkningerne til udbudslovens § 160, side 184, og var ikke berettiget til at lægge vægt på DMI's tidligere erfaring med Backbone Aviation A/S.

At DMI ved tilbudsevalueringen skal lægge vægt på forholdene angivet i udbudsmaterialet og at DMI ikke er berettiget til at lægge vægt på sine tidligere erfaring med en tilbudsgiver støttes af såvel EU-praksis som klagenævnspaksis jf. bl.a. EU-domstolens dom af 24. januar 2008 i C-532/06,

Lianakis, Rettens kendelse af 12. december 2012 i T-457/07, Evropaiki Dynamiki mod EFSA, klagenævnets kendelse af 15. marts 2013 Cowi A/S mod SKI A/S, og klagenævnets kendelse af 28. september 2015, OpenBet Technologies Ltd. mod Danske Spil A/S.

Det fremgik klart af de beskrevne ”evalueringspræferencer”, hvad DMI ville tillægge betydning ved tilbudsevalueringen af kravene. Det er således ikke korrekt, at udbudsmaterialet ikke angav en beskrivelse af, ”hvilke krav tilbudsgiverne [skulle] opfylde for at opnå de enkelte karakterer”. Det forhold at DMI i sin evaluering eksempelvis specifikt bemærkede forholdet omkring erstatningshelikopteren, er netop baseret på indholdet af Backbone Aviation A/S’ tilbud sammenholdt med den anførte evalueringspræference. Det følger i den forbindelse af praksis fra klagenævnet, at en tilbudsgiver bærer risikoen for uklarheder i sit tilbud, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 18. juni 2014, Unitron AB mod Amgros I/S. Det forhold, at det i det supplerende klageskrift er anført, at Backbone Aviation A/S ”har sikret sig adgang til at leje en helikopter for det tilfælde, at der måtte opstå tekniske problemer med selskabets egen helikopter”, kan i sagens natur ikke tillægges betydning i relation til tilbudsevalueringen, idet denne oplysning ikke var bekendt for DMI ved tilbudsfristens udløb. Oplysningen understøtter derimod, at Backbone Aviation A/S ikke har sikret sig, at alle relevante oplysninger vedrørende opfyldelsen af ”Krav 12” fremgik af virksomhedens tilbud.

Kravene til ordregivers klagevejledning følger af de almindelige forvaltningsretlige krav til klagevejledning. Der er redegjort for klageproceduren i udbudsbekendtgørelsens afsnit VI.4). I afslagsbrevet er der henvist til afsnit VI.4) i udbudsbekendtgørelsen. Der er således givet tilstrækkelig klagevejledning.

Ad uopsættelighed

Backbone Aviation A/S har ikke anført forhold til støtte for, at denne betingelse er opfyldt.

DMI har gjort gældende, at Backbone Aviation ikke har godtgjort, og endog ikke forsøgt at godtgøre, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt. At der ikke foreligger et uopretteligt tab, som ikke kan kompenseres ved erstatning, understøttes endvidere af det forhold, at Backbone Aviation A/S selv har nedlagt en påstand om erstatning.

Ad interesseafvejning

Backbone Aviation A/S har gjort gældende, at virksomheden uden økonomiske omkostninger eller andre omkostninger for de involverede parter kan fortsætte med at opfylde opgaverne med isrekognoscering som hidtil, indtil endelige afgørelse af klagesagen foreligger. DMI's interesse i at indgå en hurtig kontrakt overstiger derfor ikke hensynet til Backbone Aviation A/S' ønske om at få prøvet, om udbuddet er gennemført i overensstemmelse med reglerne herfor.

DMI har gjort gældende, at en interesseafvejning ikke kan føre til, at klagenævnet skal tillægge klagen opsættende virkning. Manglende flyvninger vil føre til mangelfuldt navigationsmateriale for skibe, der skal passere igennem de berørte farvande. Den afledte effekt heraf vil være, at risikoen for skibsforlis i området vil øges. Perioden fra april til august udgør den mest kritiske del af året i relation til isrekognoscering, idet det er i denne del af året, at flest skibe passerer igennem de berørte farvande, hvorfor det også af den grund er væsentligt for DMI at kunne indgå kontrakten om levering af rekognosceringsflyvningerne. Det forhold, at DMI af hensyn til udbudslovens § 152 har tilbagekaldt tildelingsbeslutningen, indtil Air Greenland A/S har forelagt egentlig dokumentation af det i ESPD'et anførte, har ikke nogen sammenhæng med det ovenfor anførte.

Klagenævnet udtaler:

DMI har ved e-mail af 30. marts 2016 tilbagekaldt den tildelingsbeslutning, der blev meddelt tilbudsgiverne ved e-mail af 18. marts 2016. Hvis Backbone Aviation A/S' påstand om annulation alene havde angået selve tildelingsbeslutningen, ville anmodningen om opsættende virkning som følge heraf have været uden genstand. Påstanden angår imidlertid annulation af udbuddet. Påstanden vedrørende opsættende virkning må således antages at indebære, at det foreløbigt skal påbydes DMI ikke at træffe en ny tildelingsbeslutning og tildele kontrakten i overensstemmelse med denne nye beslutning.

Klagen er indgivet, inden DMI tilbagekaldte tildelingsbeslutningen, og klagenævnet træffer derfor afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

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

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

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

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

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

Ad påstand 1a, 1c, 1d og 1e.

Som påstandene 1a og 1e er formuleret, angår de spørgsmålet om, hvorvidt udbudslovens § 164, jf. § 2, er tilsidesat.

Udbudslovens § 164 er udtryk for, at de kriterier, en ordregiver fastsætter som afgørende for vurderingen af tilbuddene, skal sikre muligheden for effektiv konkurrence, skal være gennemsigtige for tilbudsgiverne og tilstrækkelig klare og tydelige til, at der sikres mulighed for en effektiv kontrol med opfyldelsen.

DMI har i udbudsbetingelserne fastsat tre underkriterier ”Pris”, ”Kvalitet” og ”Leveringssikkerhed”. Alle underkriterier er specificeret med delkriterier, og delkriterierne er yderligere beskrevet i kravspecifikationen. Det fremgår af udbudsmaterialet, hvordan underkriterier og delkriterier vægtes.

Der er derfor på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke udsigt til, at klagenævnet vil tage påstanden om overtrædelse af udbudslovens § 164 til følge.

Påstandene 1a, 1c, 1d og 1e angår endvidere spørgsmålet om den valgte evalueringsmetodes gennemsigtighed og konkrete anvendelse.

Det følger af fast praksis fra såvel EU-domstolen som Retten i første instans og klagenævnet, at ordregivers evaluering af de modtagne tilbud skal ske på grundlag af de enkelte tilbuds indhold, og at de eventuelle fordele, en hidtidig samarbejdspartner måtte have som følge af det hidtidige samarbejde, skal søges udlignet, således at eventuelle konkurrencefordele, en hidtidig samhandelspartner har, minimeres mest muligt. Det er en konsekvens heraf og af det almindelige ligebehandlingsprincip, at en ordregiver ikke kan inddrage tidligere erfaringer med en konkret tilbudsgiver til fordel for denne tilbudsgiver, hvis ikke der er konkret grundlag herfor i det indleverede tilbud. De erfaringer, som DMI måtte have med Backbone Aviation A/S, og som ikke var kommet til udtryk i tilbuddet, kunne derfor ikke lovligt indrages. At Backbone Aviation A/S ifølge processkrifterne har sikret sig adgang til at leje en helikopter for det tilfælde, at deres egen helikopter måtte få tekniske problemer, og om man påtænker at bruge de samme piloter, som servicerede DMI under den tidligere aftale, ses på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke at være kommet til udtryk i det tilbud, Backbone Aviation A/S indleverede.

DMI har i udbudsbetingelserne beskrevet, hvordan tilbuddene ville blive evalueret, herunder hvordan DMI ville sikre, at den vægtning af kriterierne, der fremgik af udbudsbetingelserne, blev overholdt. Beskrivelsen indeholdt bl.a. to detaljerede regneeksempler. Det fremgår af DMI's meddelelse til tilbudsgiverne om evalueringens resultat, at evalueringen er sket i overensstemmelse med den beskrivelse, der fremgår af udbudsbetingelserne.

De konkrete tilbud lå prismæssigt og i relation til underkriteriet ”Kvalitet” endog meget tæt, således at den væsentligste afvigelse var på underkriteriet ”Leveringssikkerhed”. Under de omstændigheder er det ikke uigennemsigtigt, at det kriterium, som tilbuddene afviger på, vil få afgørende betydning, selvom kriteriet isoleret set kun vægtede 20 %.

Der er således på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke udsigt til, at påstandene 1a, 1 c, 1d og 1e vil blive taget til følge.

Påstand 1b

Påstanden angår dels om DMI var forpligtet til at fastsætte et under- og/eller delkriterium ”miljøforhold”, dels om et andet kriterium er tillagt en unaturlig høj vægtning af hensyn til Air Greenland A/S.

Der tilkommer ordregivere et endog meget vidt skøn ved vurderingen af, hvilke kvalitative kriterier ordregiveren anvender til identifikation af, hvilket tilbud ordregiveren anser for bedst egnet til at opfylde ordregiverens behov, så længe kriterierne er proportionale og relevante i forhold til anskaffelsens karakter og fastlagt med henblik på at identificere ”det bedste forhold mellem pris og kvalitet”. Der er ikke på det foreløbige grundlag, der foreligger, indikationer af, at DMI har varetaget usaglige hensyn ved ikke at vælge ”miljømæssige forhold” som en del af underkriterierne.

På det foreløbige grundlag, der foreligger, er det uklart, hvilket ”andet” kriterium Backbone Aviation A/S henviser til som det ”eneste kriterium hvor ordregiver kunne give Air Greenland en højere score end Klager”. Såfremt der er tale om ”Leveringssikkerhed” og/eller spørgsmålet om adgangen til hangarfaciliteter bemærkes foreløbigt, at der på det grundlag, der foreligger, ikke er oplysninger, der støtter Backbone Aviation A/S’ antagelse om, at DMI ved evalueringen, i strid med udbudsbetingelsernes angivelser, har lagt vægt på adgangen til hangarfaciliteter/tilstedeværelse på Grønland.

Der er på den baggrund ikke udsigt til, at påstand 1b vil blive taget til følge.

Backbone Aviation A/S har fremsat et anbringende om, at udbudsmaterialet er mangelfuldt, idet det ikke indeholder den foreskrevne klagevejledning. Anbringendet ses ikke at være knyttet til en påstand. Det bemærkes, at der på det foreliggende grundlag ikke ses at være givet en mangelfuld klagevejledning, ligesom en eventuel mangelfuld klagevejledning under alle om-

stændigheder, i en situation som den foreliggende, hvor klage er indgivet indenfor de fastsatte klagefrister og ydermere indenfor standstillfristen, ikke ville kunne føre til annullation af udbudsforretningen.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at det efter de foreliggende oplysninger ikke kan antages, at erstatning – hvis betingelserne herfor er opfyldt – ikke vil kunne kompensere Backbone Aviation A/S for det tab, som selskabet muligt vil lide, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, og DMI herefter indgår kontrakt, hvorefter det efterfølgende konstateres, at DMI har begået overtrædelser som angivet i påstand 1.

Betingelse nr. 1 og nr. 2 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig