

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor nævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

COWI A/S
(advokat Anja Piening, København)

mod

Vejdirektoratet
(advokat Christian Clausen og erhvervsjuridisk rådgiver Kent Raun Moritzen, København)

Klagenævnet har den 23. april 2018 modtaget en klage fra COWI A/S over Vejdirektoratet. Den 1. maj 2018 annullerede Vejdirektoratet imidlertid sin tildelingsbeslutning af 13. april 2018, og Vejdirektoratet bad herefter om udsættelse af skriftvekslingen, indtil der var truffet en ny tildelingsbeslutning. Den 11. juni 2018 traf Vejdirektoratet en ny tildelingsbeslutning, og klagenævnet modtog den 21. juni 2018 en revideret klage fra COWI A/S med blandt andet klage vedrørende tildelingen af den 11. juni 2018.

COWI A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger den reviderede klage opsættende virkning.

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

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig revideret klageskrift med bilag 1 - 16 og svarskrift med bilag A.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder foruden anmodningen om opsættende virkning følgende påstande:

”Påstand 1a

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudslovens § 165 samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke i sit udbudsmateriale at have fastsat en vægtning mellem underkriteriet ”Pris” og underkriteriet ”Medarbejderkompetencer” selvom indklagede havde oplyst at ville evaluere tilbuddene efter tildelingskriteriet ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet”.

Påstand 1b

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at have fastsat en vægtning mellem underkriteriet ”Pris” og underkriteriet ”Medarbejderkompetencer” og dermed ikke at have anvendt en egnet prismodel, som kunne danne grundlag for lovlig tildelingsbeslutning.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1 samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, ved ikke i sit udbudsmateriale at have beskrevet sin evalueringsmetode tilstrækkeligt klart.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagedes udbudsmateriale er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i sine konkurrenceparametre at have ladet tilbudsgivere konkurrere om forhold, som i kontrakten samtidig er opstillet som ufravigelige krav, med det resultat, at Rambøll Danmark A/S har vundet førstepladsen på rammeaftalen uanset at det er dokumenteret af indklagede i evalueringen af tilbuddet fra Rambøll Danmark A/S, at de ikke kan leve op til de kontraktuelle krav til de tilbudte medarbejderes kompetencer.

Påstand 4

Klagenævnet skal i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 2 annullere indklagedes tildelingsbeslutning af 11. juni 2018 om at tildele de udbudte rammeaftaler til hhv. Rambøll Danmark A/S og COWI A/S.”

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

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse 2018/S 029-063258 af 9. februar 2018 som berigtiget den 19. februar 2018 iværksatte Vejdirektoratet et offentligt udbud efter udbudsloven af en 2-årig rammeaftale med mulighed for forlængelse i to gange 12 måneder vedrørende rådgivning inden for trafikteknisk drift af trafiksignalanlæg på statsvejnettet. Rammeaftalen har en estimeret værdi på 6.000.000 kr. eksklusiv moms. Af berigtigelsen fremgår, at Vejdirektoratet ønskede at indgå rammeaftaler med to leverandører vedrørende rådgivningen.

Det økonomisk mest fordelagtige tilbud skulle identificeres på grundlag af ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”. Tildelingskriteriet var delt op i underkriterierne ”pris” og ”medarbejderkompetencer”.

I Bestemmelser om udbud og tilbud (herefter BUT) pkt. 3.6.3 stod der:

”Tildelingsmodel

Tildelingsmodellen er af typen prismodeller, og den indebærer, at der for hvert tilbud beregnes en samlet evalueringspris, som er tilbudssummen korrigeret med et fiktivt tillæg eller fradrag for hvert af de kvalitative underkriterier.

Disse tillæg/fradrag fastsættes ud fra tilbuddets kvalitet således, at ved middel kvalitet sker der ingen korrektion af tilbudssummen, ved kvalitet over middel gives der et fradrag i tilbudssummen, og ved kvalitet under middel gives der et tillæg til tilbudssummen.

Den samlede evalueringspris er fiktiv og kun til brug for evalueringen, og den er således ikke et udtryk for kontraktsummen.

Kontrakten tildeles den tilbudsgiver, der har opnået den laveste samlede evalueringspris.

Kvaliteten af de kvalitative underkriterier bedømmes ud fra følgende karakterskala:

Karakter	Beskrivelse	Fiktivt tillæg til tilbudssum eller fradrag i tilbudssum (kr., ekskl. moms)
		Underkriterium B
10	Gives for det fremragende tilbud som bedst muligt opfylder underkriteriet med ingen eller få uvæsentlige undtagelser	$\div 5 \times 310.000$
9	Gives for tilbud med særdeles tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet	$\div 4 \times 310.000$
8	Gives for tilbud med meget tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet	$\div 3 \times 310.000$
7	Gives for tilbud med god opfyldelse af underkriteriet	$\div 2 \times 310.000$
6	Gives for tilbud med lidt over middel opfyldelse af underkriteriet	$\div 310.000$
5	Gives for tilbud med middel tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet	0
4	Gives for tilbud med lidt under middel opfyldelse af underkriteriet	$+ 310.000$
3	Gives for tilbud med mindre tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet	$+ 2 \times 310.000$
2	Gives for tilbud med utilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet	$+ 3 \times 310.000$
1	Givet for tilbud med meget utilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet	$+ 4 \times 310.000$
0	Gives for tilbud, som kun netop er konditionsmæssigt (underkriteriet lige netop opfyldt)	$+ 5 \times 310.000$

Underkriterium B: Medarbejderkompetencer

Ved bedømmelsen af dette underkriterium vil det blive vurderet i hvilket omfang og på hvilket niveau medarbejderkompetencerne, der indgår i den tilbudte ressourcepulje på minimum 4 og maksimum 8 medarbejdere, understøtter løsningen af de opgaver, der er beskrevet i Bilag 1: Ydelsesbeskrivelse, på et højt niveau.

Det vil blive tillagt positiv vægt, at den enkelte tilbudte medarbejder har brede kompetencer dvs. erfaring med flere af de opgavetyper, som er beskrevet i Bilag 1: Ydelsesbeskrivelse.

...”

Af BUT pkt. 6 fremgik videre følgende om bilag til tilbuddet:

” ...

Bilag vedr. underkriterium B oplistes:

- Underkriterium B: Der vedlægges:

- En oversigt over til tilbudte ressourcepulje af medarbejdere, der vil blive allokeret til løsningen af opgaver under rammeaftalen. Oversigten ønskes begrænset til 1 side.
- CV'er for de min. 4 og maks. 8 medarbejdere, der indgår i den tilbudte ressourcepulje. Der skal som minimum være 1 CV pr. medarbejderkategori, der gives pris på bortset fra kategori E.
CV'erne bør som minimum indeholde oplysninger om medarbejderkategori, uddannelse, ansættelser samt yderligere opgaver/projekter, herunder hvilken rolle medarbejderen har udfyldt i denne sammenhæng.
Hvert CV ønskes begrænset til 3 sider.

...

I udbudsmaterialet indgik udkast til rammeaftale med bilag. Om tildelingen af konkrete opgaver under rammeaftalen fremgik følgende af rammeaftalens pkt. 2:

”Tildeling af opgaver sker via en kaskademodel, hvor den rådgiver på rammeaftalen, som i forbindelse med udbuddet af rammeaftalen afgav tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet, som den første vil blive kontaktet med henblik på indgåelsen af en rekvisition for en konkret opgave.

Såfremt rådgiveren ikke ser sig i stand til at tage i mod opgaven, tilbydes opgaven til den anden rådgiver på rammeaftalen.”

Af rammeaftalens pkt. 3 b fremgik generelle krav til rådgiverens medarbejdere som følger:

”b) Generelle krav til rådgiverens medarbejdere

Kompetencer svarende til CV'er, som indgår i rådgiverens tilbud på rammeaftalen, skal være til rådighed for løsning af de konkrete opgaver i hele aftaleperioden.

Medarbejdere opdeles i følgende kategorier, for hvilke nedenstående krav gælder.

Kategori B: Seniorrådgiver

- Videregående uddannelse, som f.eks. ingeniør end 10 års relevant erfaring,
- velformuleret i dansk skrift og tale,

- min. 5 års dokumenteret erfaring indenfor den udbudte fagdisciplin,
- erfaring med gennemgang og kontrol af projekter,
- erfaring med udarbejdelse af udbudsmateriale iht. vejsektorens udbudsforskrifter,
- erfaring med anlægsentreprisers tekniske, økonomiske og juridiske aspekter,
- kendskab til tegningsstandards, anvendt indenfor vejsektoren,
- erfaring med tilsyn under arbejdets udførelse,
- erfaring med afholdelse af byggemøder, andre entrepriserelaterede møder og deltagelse i afleveringsforretninger
- erfaring med løbende styring og opfølgning på økonomi,
- erfaring med coaching og vejledning af mindre erfarne kolleger.

Kategori C: Rådgiver

- Videregående uddannelse, som f.eks. ingeniør eller anden erfaring, med mellem 5 og 10 års relevant erfaring,
- velformuleret i dansk skrift og tale,
- min. 5 års erfaring indenfor den udbudte fagdisciplin,
- erfaring med gennemgang og kontrol af projekter,
- kendskab til udarbejdelse af udbudsmateriale iht. vejsektorens udbudsforskrifter
- kendskab til tegningsstandards, anvendt indenfor vejsektoren
- erfaring med tilsyn under arbejdets udførelse,
- erfaring med afholdelse af byggemøder, andre entrepriserelaterede møder og deltagelse i afleveringsforretninger,
- erfaring med løbende styring og opfølgning på økonomi,

Kategori D: Juniorrådgiver

- Videregående uddannelse, som f.eks. ingeniør med mindre end 5 års relevant erfaring,
- velformuleret i dansk skrift og tale,
- erfaring indenfor den udbudte fagdisciplin,
- kendskab til gennemgang og kontrol af projekter,
- kendskab til tegningsstandards, anvendt indenfor vejsektoren,
- erfaring med tilsyn under arbejdets udførelse,

Kategori E: Assistent

- Mellemlang uddannelse som f.eks. teknisk assistent, teknisk designer, teknisk tegner
- erfaring med anvendte tegne- og beregningssystemer indenfor de udbudte fagdiscipliner,
- kendskab til tegningsstandards, anvendt indenfor vejsektoren,”

Af tilbudslistens side 3 om priser for medarbejdere i de forskellige kategorier fremgik blandt andet:

”Hvis tilbudsgiver ikke kan tilbyde medarbejdere i kategori D, anføres samme timesats som for kategori C. Der skal kunne tilbydes medarbejdere indenfor de øvrige kategorier.”

Af Ydelsesbeskrivelse, bilag 1, til rammeaftalen fremgik følgende om rådgiverens ydelser:

”Rådgiverens ydelser

Rammeudbuddet omfatter opgaver i relation til gennemførelse af trafikteknisk drift af signalanlæg herunder:

- Indhentning af baggrundsmateriale, data og informationer relevant for opgaven
- Gennemførelse af besigtigelser i de enkelte anlæg for vurdering af trafikafviklingen og signalanlæggene på stedet
- Udarbejdelse af oplæg til optimering af signalanlæg og evt. samordninger, herunder beskrivelse af forventet effekt
- Udarbejdelse af oplæg til evt. hændelsesprogrammer til håndtering af trafikale hændelser på det omkringliggende vejnet
- Detailprojektering af ændringer
- Udarbejdelse af prisoverslag samt indhentning af tilbud eller udbud af opgaven
- Bistand ved projektgranskning, hvis signalleverandør forestår projektering
- Bistand ved implementering af ændringer i signalanlæggene, bl.a. med kontrol og kvalitetssikring, herunder evt. deltagelse ved FAT (Factory Acceptance Test) og SAT (Site Acceptance Test)
- Kontrol af anlægsdokumentation leveret af signalleverandør
- Evaluering og dokumentering af effekten af udførte optimeringer

Der er i udgangspunktet ikke tale om detailprojektering af løsninger, som omfatter større geometriske ændringer i de enkelte anlæg. Optimeringerne vil typisk omhandle signalanlæggenes funktion samt afmærkning i krydset, herunder optimering af signalopstillingen og evt. kørebaneafmærkning samt skiltning.

I forbindelse med løsning af opgaverne kræves et indgående kendskab til vejregler om trafiksignalanlæg samt geometri og afmærkning i signalregulerede kryds.

Rådgiveren skal benytte leverandørernes overvågningssystemer som supplement til kontrol og analyse af signalanlæggenes funktion. Vejdi-

rektoratet benytter følgende overvågningssystemer: CIBOS (ITS Teknik), OMNIA (Swarco) og RMS (Dylniq). Vejdirektoratet sikrer rådgiverens adgang til systemerne.

Det vil være en fordel, at rådgiveren har et godt kendskab til leverandørernes forskellige styreapparater og de tekniske løsninger disse muliggør. Ligeledes vil det være en fordel, hvis rådgiveren har godt kendskab til brug af radardetektorer med ETA-funktion.

Rådgiveren skal forvente, at besigtigelser i de enkelte signalanlæg skal udføres af medarbejdere i kategori B eller C. Eventuelt suppleret med medarbejdere i kategori D f.eks. i større eller komplicerede anlæg.

De af rådgiverens medarbejdere, som skal gennemføre besigtigelser eller tilsyn i signalanlæggene skal have gennemgået VEJ-EU kurserne ”Pas på – på vejen” og / eller ”Vejen som arbejdsplads”, sidstnævnte minimum på trin 1.

Til løsning og afrapportering af opgaverne vil der være behov for gode skriftlige formuleringsevner på dansk”.

Fem tilbudsgivere afgav konditionsmæssige tilbud. Den samlede tilbuds-sum var beregnet på grundlag af tilbudsgivernes timepriser for de enkelte medarbejderkategorier i forhold til et fastsat antal timer.

Det blev ved tildelingsbeslutning den 11. juni 2018 meddelt, at Rambøll Danmark A/S og COWI A/S var bedste, henholdsvis næstbedste bydende. Af licitationsskema af 11. juni 2018 fremgik følgende resultat:

”

Tilbudsgiver	Forbehold	Bemærkninger	Tilbud ekskl. moms (kr.)		Samlet evaluerings- pris (kr.)	Tilbud
COWI		Karakter: 8	4.675.500,00	-	3.745.500,00	X
Rambøll		Karakter: 6	3.942.000,00	-	3.632.000,00	X
Viatrafik		Karakter: 6	4.172.000,00	-	3.862.000,00	
Sweco		Karakter: 4	4.905.000,00	-	5.215.000,00	
AF Infrastructure Planning		Karakter: 7	4.533.100,00	-	3.913.100,00	

”

Af evalueringsskema for Rambøll Danmark A/S fremgik endvidere:

”Som positivt fremhæves:

- CV’er for de 3 tilbudte kategori B medarbejdere dokumenterer samlet set kompetencer på et meget tilfredsstillende niveau.
- CV’er for de 3 tilbudte kategori C medarbejdere dokumenterer samlet set kompetencer på et godt niveau.

- 5 af de tilbudte medarbejdere har dokumenteret brede kompetencer og har kun på nogle få områder ikke dokumenteret kompetencer eller erfaring.

Som negativt fremhæves:

- CV'er for de 2 tilbudte kategori D medarbejdere dokumenterer samlet set kompetencer på et mindre tilfredsstillende niveau.
- Ingen medarbejdere har dokumenteret erfaring med evaluering og dokumentering af effekten af udførte optimeringer.

Samlet vurdering:

Samlet vurderes tilbuddet at være af lidt over middel kvalitet.”

Af evalueringsskema for COWI A/S fremgik følgende:

”Som positivt fremhæves:

- CV'er for de 4 tilbudte kategori B medarbejdere dokumenterer samlet set kompetencer på et meget tilfredsstillende niveau.
- CV'er for de 2 tilbudte kategori C medarbejdere dokumenterer samlet set kompetencer på et særdeles tilfredsstillende niveau.
- CV'er for de 2 tilbudte kategori D medarbejdere dokumenterer samlet set kompetencer på middel niveau.
- 7 af de tilbudte medarbejdere har dokumenteret brede kompetencer og har kun på nogle få områder ikke dokumenteret kompetencer eller erfaring.
- Samlet set har COWI dokumenteret at kunne levere på alle opgaver omfattet af Bilag 1, Ydelsesbeskrivelse.

Som negativt fremhæves:

- Intet at fremhæve.

Samlet vurdering:

Samlet vurderes tilbuddet at være af meget tilfredsstillende kvalitet.”

Af evalueringsskemaerne fremgik i øvrigt:

”Ved bedømmelsen af underkriterium B. Kompetencer er det vurderet i hvilket omfang og på hvilket niveau medarbejderkompetencerne understøtter løsningen af de opgaver, der er beskrevet i Bilag 1: Ydelsesbeskrivelse, på et højt niveau.

Det er tillagt positiv vægt, at den enkelte tilbudte medarbejder har brede kompetencer dvs. erfaring med flere af de opgavetyper, som er beskrevet i Bilag 1: Ydelsesbeskrivelse.”

Det fremgik videre, at evalueringen af kompetencerne var sket ved en bedømmelse baseret på følgende:

”0 – CV dokumenterer ikke kompetencer.

X – CV dokumenterer kompetencer, som understøtter løsning af opgave.

H – CV dokumenterer kompetencer, som understøtter løsning af opgave på højt niveau”.

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

COWI A/S har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 – 4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Vejdirektoratet har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 – 4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 a har COWI A/S gjort gældende, at Vejdirektoratet har handlet i strid med udbudslovens § 165 og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at have fastsat en vægtning mellem underkriteriet ”pris” og underkriteriet ”medarbejderkompetencer”. Det følger direkte af udbudslovens § 165, at ordregiver i udbudsmaterialet skal angive, hvordan ordregiveren vil vægte de fastsatte underkriterier. Når det fremgår af udbudsmaterialet, at tildelingskriteriet er bedste forhold mellem pris og kvalitet, er Vejdirektoratet forpligtet til at foretage en vægtning af de to underkriterier. Da direktoratet hverken har oplyst om den relative vægtning mellem de to kriterier, eller at der er tale om en situation, som objektivt kan begrunde, at underkriterierne ikke har kunnet vægtes, således at disse alene er opstillet i prioriteret rækkefølge, må det konkluderes, at det ikke har været umuligt at foretage en vægtning, og at det ikke var hensigten, at underkriterierne skulle opstilles i prioriteret rækkefølge. Da der intet sted er anført en vægtning, har Vejdirektoratet handlet i strid med udbudslovens § 165. Vejdirektoratet har derfor også reelt haft frit valg mellem de indkomne tilbud på den måde, som det er beskrevet i forarbejderne, at ordregiver ikke lovligt må have. Da det ikke har været klart for tilbudsgiverne, hvordan de skulle sammensætte deres tilbud for at sikre sig at være konkurrencedygtige, har udbudsmateriale været i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2. Det følger af fast praksis, at ordregiveren alene bærer risikoen for uklarheder i udbuds-

materialet, og at det ligeledes er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, hvis ordregiver reelt har et frit valg mellem de indkomne tilbud, jf. EU-Domstolens dom i sag C-6/15 TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest.

Det har ikke været muligt efterfølgende at regne sig frem til hvilken vægtning der har været anvendt, hvorfor tildelingsmodellen har været uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Tildelingsmodellen har derudover været uforudsigelig, idet prisen har vægtet næste 2/3 i forhold til kvalitet, hvilket er usædvanligt for en rådgiverkontrakt.

Særligt vedrørende påstand 1 b har COWI A/S henvist til det, der er anført under påstand 1 a, og har gjort gældende, at den offentliggjorte og anvendte prismodel ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig evaluering og derfor heller ikke en lovlig tildelingsbeslutning. Da evalueringsmetoden er i strid med de grundlæggende principper, er den ikke beskyttet mod klagenævnets prøvelse, jf. udbudslovens § 160, stk. 2.

Særligt vedrørende påstand 1 a og b har Vejdirektoratet bestridt, at der er sket en overtrædelse af udbudslovens § 2 og § 165. Vejdirektoratet har anvendt en prismodel, hvor vurderingen af det kvalitative underkriterium omregnes til pristillæg/-fradrag, alt efter hvilken score, der er opnået ved den kvalitative vurdering. Det fremgår af BUT pkt. 3.6.3, at der ved evalueringen ville blive opgjort en evalueringsteknisk pris, som er den af tilbudsgiver tilbudte pris korrigeret med et tillæg/fradrag for vurderingen af de kvalitative underkriterium. Tilbuddet med den laveste evalueringstekniske pris er tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet. Der er oplyst en matematisk omregningsmetode, således at det står klart, hvordan Vejdirektoratet vil omregne den kvalitative vurdering, og det har derfor været tydeligt, hvordan underkriterierne vægter over for hinanden. Vejdirektoratet har allerede af den grund opfyldt sine forpligtelser i henhold til udbudsloven. Vægtningen følger tillægs-/fradragsbeløbet, og der er ikke krav om, at vægtningen skal angives i procent.

COWI A/S har tidligere deltaget i ca. 12-14 udbud, hvor Vejdirektoratet har anvendt en tilsvarende model, og COWI A/S har ikke tidligere været i tvivl om forståelsen af evalueringsmetoden, ligesom COWI A/S hverken har stillet spørgsmål til evalueringsmetoden ved dette udbud eller tidligere. Klagenævnet har ved kendelse af 3. september 2015, Flex Cap v/Lars Henrik

Hirsch og JV Bilen v/Jørgen Vork mod Nordjyllands Trafikselskab godkendt en tilsvarende evalueringsteknisk pris.

Vejdirektoratet har bestridt, at COWI A/S' beregninger vedrørende de relative andele mellem pris og kvalitet indebærer, at evalueringsmetoden er ugenomsigtig. Det er en fejlslutning fra COWI A/S' side, at der skal sikres samme forhold mellem de relative andele mellem pris og kvalitet. Det ville indebære, at forskellige priser og identisk kvalitet skulle behandles på samme måde, hvorefter tilbuddet med den bedste pris ikke ville blive belønnet for den relative fordel, som var tilbudt i forhold til et tilbud med samme kvalitet og en højere pris. Vejdirektoratet har offentliggjort evalueringsmodellen i alle detaljer, hvorfor det var muligt på forhånd at fastslå, hvordan de to underkriterier vægtede over for hinanden. Evalueringsmetoden kunne derfor lovligt danne grundlag for en tildeling.

Særligt vedrørende påstand 2 har COWI A/S henvist til det, der er anført under påstand 1 a, og har yderligere gjort gældende, at ordregiveren i henhold til udbudslovens § 160, stk. 1, skal angive kriterierne for tildelingen, beskrive evalueringsmetoden og beskrive, hvad der tillægges betydning ved evalueringen. Udbudslovens § 160 stiller et krav, der går videre end til at oplyse den indbyrdes vægtning.

COWI har henvist til BUT pkt. 3.6.3 og har anført, at Vejdirektoratet intet sted har oplyst, om det vurderes positivt eller negativt, om der tilbydes 4 eller 8 medarbejderressourcer i puljen, selvom det synes åbenbart, at det burde have positiv effekt på evalueringen, at der tilbydes flere medarbejdere. Det fremgår heller ikke, hvad det vil sige at "understøtte løsningen af de opgaver, der er beskrevet i Bilag 1: Ydelsesbeskrivelse," på højt niveau. Den opstillede evalueringsmetode har derfor været i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, og det har været meget frit for Vejdirektoratet, om der var tale om "et højt niveau" eller ej. Det er ikke beskrevet i udbudsmaterialet, at der ville blive anvendt en trepunkt-skala, således som det fremgår af evalueringsskemaerne i forbindelse med den fornyede evaluering. De tre parametre, som ikke er beskrevet i udbudsmaterialet, indsnævrer den offentliggjorte pointskala og fortæller ikke, hvad der skal til for at opnå de tre scorere. Samtidig er det sidste punkt i evalueringsskemaerne vurderet ud fra i hvert fald fire punkter. Det er ikke muligt at udlede, hvordan der er sket en konvertering til pointskalaen, ligesom det ikke har været muligt at vide præcist, hvad der skulle til for at opnå kva-

litetspoint på pointskalaen, der blev omregnet til fiktivt tillæg eller fradrag til tilbudssummen. Det er i strid med udbudslovens § 160 og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, at Vejdirektoratet ikke har beskrevet, hvordan omregningsbeløbet er fremkommet. Det fremgår heller ikke, hvordan det fiktive beløb på 310.000 kr. er fremkommet.

Særligt vedrørende påstand 2 har Vejdirektoratet gjort gældende, at Vejdirektoratet har opfyldt sin forpligtelse til at offentliggøre sin evalueringsmetode, jf. udbudslovens § 160, og at der ikke har været et uklart evalueringsgrundlag. Det følger af BUT pkt. 3.6, at det tilbudte antal medarbejdere inden for intervallet mellem 4 og 8 ikke i sig selv vægtede positivt eller negativt. Der er foretaget en samlet vurdering af de tilbudte medarbejders kompetencer.

Vejdirektoratet har bestridt, at direktoratet har haft frit valg mellem tilbudene. Det fremgår klart af BUT pkt. 3.6.3, at kvaliteten af de kvalitative underkriterier bedømmes ud fra karakterskalaen med karaktererne 0-10, og at ”højt niveau” samlet set vil være udtrykt i den karakter, som tilbudsgiveren tildeles. Det fremgår klart, at den centrale vurdering konkret går på, om medarbejderkompetencerne ”understøtter løsningen af de opgaver, der er beskrevet i Bilag, Ydelsesbeskrivelsen”. Når rådgiverens ydelser sammenholdes med evalueringsskemaet, kan det ses, at samtlige punkter i afsnittet om ydelserne er anført i skemaet, bortset fra de tre sidste afsnit, som efter deres ordlyd ikke er relevante for tilbudsevalueringen, da disse i højere grad blot indeholder oplysninger om krav, der skal overholdes, når opgaven udføres. Hvert af de 13 punkter i evalueringsskemaet er vurderet individuelt i forhold til hvert CV fra de tilbudte medarbejdere. Det er vurderet, om CV’et slet ikke dokumenterer kompetencer, dokumenterer kompetencer, der understøtter løsning af opgaven, eller dokumenterer kompetencer, der understøtter løsning af opgaven på højt niveau. Derudover er der lagt vægt på, om det enkelte CV demonstrerer brede kompetencer i overensstemmelse med det i BUT pkt. 3.6.3 anførte. Dette er vurderet på en 4-punktsskala. Det er derfor bestridt, at den anvendte metode indsnævrer den offentliggjorte pointskala.

Vejdirektoratet har på baggrund af de mange individuelle ”punkt-vurderinger” foretaget et samlet skøn for herefter at vurdere den samlede karakter for underkriteriet. Der er hertil anvendt et internt støtteværktøj for at sikre rigtige og saglige skøn. Vejdirektoratet har til støtte for, at tilde-

lingskriterierne og evalueringsmetoden er i overensstemmelse med klagenævnets praksis henvist til nævnets kendelse af 25. april 2018, Bilbutikken A/S mod Randers Kommune, og kendelse af 13. april 2018, Københavns Sprogcenter og Fonden Studieskolen Business mod Københavns Kommune. Vejdirektoratet har gjort gældende, at tildelingskriterierne og evalueringsmetoden har været beskrevet tilstrækkeligt klart, og at der ikke er lagt vægt på forhold, som tilbudsgiverne ikke efter en naturlig sproglig forståelse af tildelingskriterierne kunne forvente.

Vejdirektoratet havde valgt en prismodel, som var baseret på et på forhånd fastsat fast omregningsbeløb. Det er ordregiver, som fastlægger evalueringsmetoden, og den anvendte prismodel er af en type, som er beskrevet i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om evalueringsmetoder fra marts 2018 afsnit 4.3. Der er ikke en forpligtelse til at beskrive, hvordan omregningsbeløbet, som reelt udgør vægtningen, er opgjort.

Vejdirektoratet har i øvrigt henvist til klagenævnets kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland, og har anført, at direktoratet har beskrevet sin evalueringsmetode på en måde, som sikrer, at de tre formål bag udbudslovens § 160 var opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 3 har COWI A/S gjort gældende, at Vejdirektoratets udbudsmateriale er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at lade tilbudsgiverne konkurrere om forhold, der i kontrakten samtidig var opstillet som ufravigelige krav, med det resultat, at Rambøll Danmark A/S vandt førstepladsen, selvom det er dokumenteret i evalueringen, at Rambøll Danmark A/S ikke kan leve op til de kontraktuelle krav til de tilbudte medarbejderes kompetencer. Det fremgår af rammeaftalens pkt. 3, hvilke krav der gælder for medarbejderkategorierne, og det fremgår samtidig af bilag 1, Ydelsesbeskrivelse, under punktet Rådgiverens ydelser, at der konkurreres på kompetencer vedrørende de deri nævnte opgaver.

Der er et stort sammenfald mellem de ufravigelige krav og de opstillede konkurrenceparametre. Når det fx fremgår, at ”ingen medarbejdere har dokumenteret erfaring med evaluering og dokumentering af effekten af udførte optimeringer” i evalueringsskemaet for Rambøll Danmark A/S, indebærer det, at Rambøll Danmark A/S ikke lever op til kravet om 5 års erfaring. Det indebærer også, at Rambøll Danmark A/S allerede fra kontraktindgåel-

sen vil misligholde kontrakten. Det fremgår også af CV'er fra Rambøll Danmark A/S, at flere af de tilbudte medarbejdere ikke lever op til kontraktkravet om erfaring med tilsyn under udførelsen og kravet om erfaring med coaching og vejledning af mindre erfarne kollegaer. Når Rambøll Danmark A/S' juniormedarbejdere ikke lever op til kravene i kategori D, medfører det, at Rambøll Danmark A/S ikke kan levere medarbejdere i kategori D, som lever op til kravene. Dette vil få betydning for evalueringsresultatet, da prisen, som Rambøll Danmark A/S tilbød for de tilbudte kategori D medarbejdere skulle have været prisen for kategori C medarbejderne i henhold til tilbudslisten. Kompetencerne skal tilbydes i form af navngivne medarbejdere, da det ikke er muligt at tilføre de tilbudte medarbejdere kompetencer og erfaring, som de ikke har på tidspunktet for tilbudsafgivelsen, således at kontraktens krav er opfyldt på tidspunktet for kontraktens ikrafttræden. Konkurrencen har dermed ikke været afholdt på lige vilkår, ligesom udbudsmaterialet har været i strid med gennemsigtighedsprincippet.

Særligt vedrørende påstand 3 har Vejdirektoratet bestridt, at udbudsmaterialet skulle være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedskravet ved at lade tilbudsgiverne konkurrere om forhold, der samtidig er opstillet som ufravigelige kontraktkrav, og at Rambøll Danmark A/S ikke opfylder kontraktkravene. Vejdirektoratet har ikke i udbudsmaterialet anmodet tilbudsgiverne om at dokumentere opfyldelsen af hvert enkelt af kravene i rammeaftalens pkt. 3. Både COWI A/S og Rambøll Danmark A/S har anført "ingen forbehold" i deres tilbud, og begge har bekræftet samme sted i tilbudslisten, at opgaven tilbydes udført "på de i udbudsmaterialet af februar 2018 angivne grundlag", og at tilbuddet er "afgivet i henhold til udbudsmaterialet, herunder eventuelle rettelsesblade". Herved har tilbudsgiverne bekræftet, at deres medarbejdere vil opfylde de generelle krav i rammeaftalen for hver medarbejderkategori. Hvis det senere måtte vise sig ikke at være tilfældet, er det et kontraktligt spørgsmål mellem Vejdirektoratet og kontraktparten. Det følger blandt andet af klagenævnets kendelse af 18. maj 2017, Scan Office A/S mod Moderniseringsstyrelsen, at ordregiver kan håndtere opfyldelse af kravene på denne måde. Det er også i overensstemmelse med klagenævnspraksis, at Vejdirektoratet kan evaluere på opfyldelsen af mindstekrav, jf. klagenævnets kendelse af 4. marts 2016, Biblioteksmedier A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

Generelt kan manglende dokumentation i de tilbudte CV'er ikke føre til en konstatering af, at et krav i rammeaftalen ikke er opfyldt, da Vejdirektoratet

ikke har krævet dokumentation herfor. Tilbudsgiverne har udarbejdet CV'er med henblik på opfyldelse af tildelingskriterierne og ikke for at dokumentere kontraktkrav. Derudover har den manglende dokumentation af fx erfaring med "evaluering og dokumentering af effekten af udførte optimeringer" ikke noget med kravet om 5 års erfaring inden for den "udbudte fagdisciplin" at gøre. Den udbudte fagdisciplin skal forstås bredt, som rådgivning vedrørende trafiksignalanlæg og ikke blot en enkel, specifik del af ydelsen.

Vejdirektoratet har gjort gældende, at der ikke er sket en sammenblanding af mindstekrav og konkurrenceparametre i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Særligt vedrørende påstand 4 har COWI A/S gjort gældende, at Vejdirektoratets tildelingsbeslutning skal annulleres af de grunde, der er anført under påstand 1 a – 3.

Særligt vedrørende påstand 4 har Vejdirektoratet gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen, da Vejdirektoratet ikke har overtrådt udbudslovens regler.

COWI A/S har i øvrigt til støtte for påstanden om opsættende virkning gjort gældende, at det er uden betydning, at COWI A/S er tildelt position 2, da tildelingsmekanismen under rammeaftalen er en kaskademodel, der medfører, at der alene tilfalder leverandøren på position 2 opgaver, i det omfang leverandøren på position 1 ikke kan påtage sig den konkrete opgave.

Ad uopsættelighed

COWI A/S har gjort gældende, at COWI A/S ikke kan påvise et tab, og derfor kan kränkelsen ikke repareres med erstatning. Betingelsen om uopsættelighed er derfor opfyldt.

Vejdirektoratet har gjort gældende, at det er klageren, som skal godtgøre, at klageren vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klageren skal afvente afgørelse i hovedsagen, og at dette ikke er sket. Vejdirektoratet har videre anført, at der efter fast praksis ikke foreligger et sådant tab, hvis tabet er økonomisk, og der senere kan betales erstatning herfor. COWI A/S har heller ikke godtgjort en sådan interesse i sagen, som ikke kan tilgodeses ved

økonomisk kompensation. Vejdirektoratet har henvist til, at COWI A/S faktisk har fået tildelt en rammeaftale, og at klagen tilsyneladende alene er begrundet i ønsket om en bedre placering ved tildelingen af konkrete opgaver. Et tab i en sådan situation kan i endnu mindre grad anses for uopsætteligt. Endeligt har direktoratet anført, at der ikke foreligger et uopretteligt tab, som ikke kan kompenseres ved erstatning, hvilket også følger af, at COWI A/S har taget forbehold om erstatning. Betingelse nr. 2 om uopsættelighed er derfor samlet set ikke opfyldt.

Ad interesseafvejning

COWI A/S har gjort gældende, at hensynet til COWI A/S' interesse bør veje tungest som følge af, at der er tale om en rådgiverkontrakt. Vejdirektoratet har kun besvær ved at afvente sagens færdigbehandling, mens COWI A/S står over for en krænkelse, som ikke kan repareres med erstatning. Situationen skærpes af, at der er tale om en 4-årig rammeaftale, der udelukker COWI A/S fra de pågældende opgaver i en tid, hvor der netop er fokus på og midler til den udbudte type opgaver. At COWI A/S er tildelt position 2 på rammeaftalen indebærer erfaringsmæssigt, at den opstillede kaskademodel overlader det fuldt ud til Rambøll Danmark A/S at vurdere, om der er opgaver, som skal tilfalde COWI A/S. Interesseafvejningen taler derfor tungest til fordel for COWI A/S.

Vejdirektoratet har gjort gældende, at den udbudte rammeaftale er et vigtigt led i at begrænse trængslen på vejene, som er et stigende problem, der koster samfundet mange penge. Dette hensyn vejer tungere end COWI A/S' interesse i at få klagen tillagt opsættende virkning, når der henses til, at COWI A/S har fået tildelt en rammeaftale. Betingelse nr. 3 om interesseafvejning er derfor ikke opfyldt.

Klagenævnet udtaler:

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

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen

skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

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

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

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at der efter karakteren af den overtrædelse, som COWI A/S har påberåbt sig og det i øvrigt foreløbigt oplyste, ikke foreligger en sådan særlig alvorlig *”fumus boni juris”*, at der er grundlag for at slække på uopsættelighedsbetingelsen. COWI A/S er under alle omstændigheder ikke fremkommet med oplysninger, der kan føre til, at det fastslås, at COWI A/S vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. COWI A/S vil efter omstændighederne have mulighed for at gøre et erstatningskrav gældende, og COWI A/S har ikke nærmere redegjort for, hvori tabet vil bestå. COWI A/S’ henvisning til, at der er anvendt en kaskademodel med de dermed forbundne usikkerheder for COWI A/S som næstbedste tilbudsgiver og oplysningen om, at der ikke kan opgøres en erstatning, kan ikke føre til et andet resultat.

Betingelse 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.

Charlotte Hove Lasthein

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig