

K E N D E L S E

Dubex A/S  
(cand. merc. jur. Peter Dann Jørgensen, København)

mod

Danske Spil A/S  
(advokat Julia Vorgod, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 123-204550 af 27. juni 2011 udbød indklagede, Danske Spil A/S, som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en kontrakt vedrørende support og opdatering af indklagedes netværksudstyr.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 17. august 2011 havde tre virksomheder anmodet om prækvalifikation, herunder klageren, Dubex A/S. Indklagede prækvalificerede alle tre virksomheder.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 31. oktober 2011 havde klageren og Snex A/S afgivet tilbud. Den 16. november 2011 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Snex A/S. Kontrakt er senere indgået.

Den 28. november 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 22. december 2011 besluttede klagenævnet med henvisning til, at betingelsen

om »uopsættelighed« ikke var opfyldt, ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved at have anvendt delkriterier til underkriteriet »Kvalitet«, som har karakter af udvælgelseskriterier, uanset at disse kriterier ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

#### Påstand 2 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke i udbudsbetingelserne klart at have anført, hvad der ville blive vægtet positivt under evalueringen af underkriteriet »Kvalitet«.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved at have anvendt en pointmodel, som ikke afspejler spredningen i de indkomne tilbud, med den konsekvens, at vægtningen af underkriteriet »Pris« bliver illusorisk.

#### Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 16. november 2011 om at indgå kontrakt med Snex A/S.

#### Påstand 5

Klagenævnet skal udstede et påbud om indklagedes lovliggørelse af udbudsforretningen, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, stk. 1, nr. 3.

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

### Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.3) om teknisk kapacitet står der:

»Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere, om kravene er opfyldt:

1. Referenceoversigt med op til 10 relevante kontrakter for tilsvarende ydelser som virksomheden har på nuværende tidspunkt, eller har haft inden for de seneste 36 måneder. Referenceoversigten skal kun angive følgende:
  - Kundens navn.
  - Kontraktens løbetid (start- og slutdato).
  - Beskrivelse af de leverede ydelser.
2. Erklæring om tilbudsgivers nuværende antal beskæftigede, der beskæftiger sig med opgaver indenfor samme område som den udbudte opgave.
3. Oversigt over de i forhold til den udbudte kontrakt relevante certificeringer som ansøgerens virksomhed besidder. Såfremt virksomheden er certificeret partner for Check Point, F5 Networks, Blue Coat eller Palo Alto Networks, skal disse certificeringer angives på oversigten. ...

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves

Ad 3. Det er påkrævet, at leverandøren er certificeret partner for mindst 2 ud af følgende 3: Check Point, F5 Networks, Blue Coat.«

Ifølge udbudsbetingelserne ville indklagedes identificering af »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« ske på grundlag af underkriterierne:

- Pris (20 %)
- Kvalitet (80 %)

Underkriteriet »Pris« var nærmere beskrevet som følgende:

»Evalueringen af underkriteriet pris baseres på oplysningerne angivet i bilag 3 inklusiv appendiks A. Priserne for hver af de 3 ydelser udgør hver især et delkriterium til underkriteriet pris. Vægtningen af de 3 delkriterier er angivet straks nedenfor.

- Akut support (40 %)

- Konsulentydelser (40 %)
- Telefonsupport i arbejdstid (20 %)

For hvert af de 3 delkriterier vil priserne blive indekseret på en 10 point skala, hvor laveste pris modtager 10 point, og øvrige tilbud indekseres i forhold hertil. Det antal point som den enkelte tilbudsgiver tildeles ved hvert delkriterium, indgår herefter i den samlede prisberegning med den ovenfor oplyste vægtning. Resultatet der opnås ved sammenlægning af de 3 delkriteriers vægtede resultater, indgår herefter med 20 % (se punkt 2.2) i den samlede evaluering.«

Delkriterierne blev ved rettelsesblad af 7. oktober 2011 ændret til:

- Support (40 %)
- Konsulentydelser (40 %)
- Maintenance (20 %)

Underkriteriet »Kvalitet« var beskrevet således i udbudsbetingelserne:

»Ved evalueringen af underkriteriet kvalitet vil der blive lagt vægt på de tilbudte medarbejderes kvalifikationer og kompetencer, herunder applikationserfaring, i forhold til ydelserne i kravspecifikationens punkt 3.2.2 og 3.3. Vurderingen af kvalifikationer indbefatter medarbejdernes uddannelse og certificeringer, mens vurderingen af kompetencer indbefatter medarbejdernes CV.«

I kravspecifikationen er det bl.a. anført:

»Samtlige formulerede krav i pkt. 3 nedenfor er at betragte som mindstekrav. Herudover vil flere af kravene ligeledes indgå i Danske Spils vurdering af tilbuddene.

...

#### 3.2.2 Akut support

Akut support skal leveres i situationer, hvor en fejl har væsentlig indflydelse på Danske Spils drift og produktion med deraf følgende tab af indtjening eller omdømme. Den akutte support skal leveres hele døgnet alle ugens dage for alle enheder, undtagen de enheder, der hører under 8-timers support. Sidstnævnte skal kun have support inden for normal arbejdstid. Udbedring af fejl skal være påbegyndt inden for 2 timer, regnet fra Danske Spils henvendelse. Medarbejdere fra Danske Spil vil bistå med viden og koordinering i forbindelse med udbedring af fejl.

Akut support kan udføres eksternt i form af telefonisk support eller onsite afhængigt af situationen.

Danske Spil stiller krav om at samtlige af tilbudsgivers medarbejdere, der skal udgøre en del af den akutte support ydelse, skal være velkvalificerede og besidde stærke kompetencer i relation til akut support af det konkrete netværk.

...

### 3.3 Konsulenttydelser

Konsulenttydelserne leveres ved problemer, der kan omgås uden væsentlige gener eller tab af indtjening, ved spørgsmål om funktionalitet, samt konfiguration af software og lignende eller en ad-hoc udførelse af mindre support projekter. Endvidere vedrører konsulenttydelserne også opdatering og videreudvikling af Danske Spils netværk, som ikke har direkte indvirkning på driften af netværket. Ydelsen indbefatter rådgivning om videreudvikling af netværket, samt behandling af Danske Spils forespørgsler om ændringer og implementering af nye funktioner. Gennemførelsen af selve ændringen og/eller implementeringen af nye funktioner i netværket, udføres efter aftale, af enten Danske Spils medarbejdere eller af leverandøren.

Fastlæggelse af konsulentopgaver vil ske i henhold til kontraktens punkt 5.

Danske Spil stiller krav om at samtlige tilbudsgivers medarbejdere, der skal udføre konsulenttydelserne, skal være velkvalificerede og besidde stærke kompetencer i relation til arbejdet forbundet med det konkrete netværk.«

I tilbuddet skulle tilbudsgiverne afgive følgende oplysninger i relation til ydelserne »Akut support« og »Konsulenttydelser«:

#### »Medarbejdere til rådighed ved akut support

Tilbudsgiveren bedes i dette afsnit beskrive hvilke medarbejdere, herunder deres kvalifikationer og kompetencer i relation til den konkrete opgave, der vil levere den akutte support. Beskrivelsen vil indgå i grundlaget for den kvalitative vurdering.«

#### »Medarbejdere til rådighed ved levering af konsulenttydelser

Tilbudsgiveren bedes i dette afsnit beskrive hvilke medarbejdere, herunder deres kvalifikationer og kompetencer i relation til den konkrete opgave, der vil levere de efterspurgte konsulenttydelser. Beskrivelsen vil indgå i grundlaget for den kvalitative vurdering.«

Indklagede besvarede bl.a. følgende spørgsmål fra tilbudsgiverne:

»2.

Det fremgår ikke hvilken detaljegråd der ønskes i medarbejder CV'er. Kan Danske Spil venligst uddybe dette?

Svar:

Tilbudsgiver afgør selv hvilken detaljeringsgrad man ønsker at levere medarbejder CV'erne i. CV'erne bør inkludere alle relevante forhold omkring kvalifikationer og kompetencer, der er sigende for den kvalitet Danske Spil vil modtage i relation til udførelsen af de af kontrakten omfattede ydelser.

6.

I Bilag 1 – Kravspecifikation, 3.2.2 står »Danske Spil stiller krav om at samtlige af tilbudsgivers medarbejdere, der skal udgøre en del af den akutte support ydelse, skal være velkvalificerede og besidde stærke kompetencer i relation til akut support af det konkrete netværk«. Hvordan forventes supportleverandøren at få kvalifikationer i det konkrete netværk?

Svar:

Med kravspecifikationens punkt 3.2.2 gør Danske Spil det klart, at de medarbejdere, der skal udføre den akutte support skal være velkvalificerede og besidde stærke kompetencer i forhold til udførelse af akut support på Danske Spils netværk.

Supportleverandørens kvalifikationer består af medarbejdernes respektive uddannelsesmæssige baggrund. Kvalifikationerne vil indgå i vurderingen af hvilket niveau de efterspurgte ydelser vil blive leveret på, da gennemførelse af relevant uddannelse påvirker niveauet for den enkelte medarbejders udførelse af de ydelser der skal leveres. Kvalifikationerne opnås således ved gennemførelse af uddannelse, der forbedrer den enkelte medarbejders evne til at udføre akut support på et netværk af en type som Danske Spils.«

Indklagede har udarbejdet skemaet nedenfor vedr. evalueringen af underkriteriet »Pris«:

|           | Maintenance<br>(20 %)                                                       | Akut support<br>(40 %)                                                                                | Konsulentydelse<br>(40 %)                                                         | Underkriteriet<br>pris samlet vægtning<br>(20 %)                                |
|-----------|-----------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------|
| Dubex A/S | 5.168.758,62<br><br>Klager har afgivet laveste pris for dette delkriterium: | 1.349.999,79<br><br>Klager har ligeledes afgivet laveste pris for dette delkriterium: 10 point X 40 % | 2.920,00<br><br>Klager har ligeledes afgivet laveste pris for dette delkriterium: | 2+4+4 = 10 point X 20 %<br><br><b>= 2 vægtede point for underkriteriet pris</b> |

|                                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                         |
|------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------|
|                                    | 10 point X 20 %<br>= <b><u>2 vægtede point</u></b>                                                                                                                                                                                                                                    | = <b><u>4 vægtede point</u></b>                                                                                                                                                                                                                                                                 | um:<br>10 point X 40 %<br>= <b><u>4 vægtede point</u></b>                                                                                                                                                                                                           |                                                                                         |
| <b>Snex A/S</b>                    | 5.338.419,00<br><br>5.168.758,62 / 5338.419 X 10 X 20 %<br>= <b><u>1,94 vægtede point</u></b>                                                                                                                                                                                         | 3.208.500,21<br><br>1.349.999,79 / 3208.500,21 X 10 X 40 %<br>= <b><u>1,68 vægtede point</u></b>                                                                                                                                                                                                | 3.615,00<br><br>2.920,00 / 3.615 X 10 X 40 %<br>= <b><u>3,23 vægtede point</u></b>                                                                                                                                                                                  | 1,94 + 1,68 + 3,23 X 20 %<br>= <b><u>1,37 vægtede point for underkriteriet pris</u></b> |
| <b>Prisforskel og pointforskel</b> | <u>Prisforskellen</u> mellem laveste pris og højeste pris er 169.660,38, hvilket svarer til en prisforskel på 3 % (169.660,38 / 5.168.758,62 X 100) = <b><u>3 %</u></b><br><br>Prisforskellen afspejles ligeledes i <u>pointforskellen</u> , da 0,06 X 100 / 1,94 = <b><u>3 %</u></b> | <u>Prisforskellen</u> mellem laveste pris og højeste pris er 1.858.500,21, hvilket svarer til en prisforskel på 138 % (1.858.500,21 / 1.349.999,79 X 100) = <b><u>138 %</u></b><br><br>Prisforskellen afspejles ligeledes i <u>pointforskellen</u> , da 2,32 X 100 / 1,68 = <b><u>138 %</u></b> | Prisforskellen mellem laveste pris og højeste pris er 695, hvilket svarer til en prisforskel på ca. 24 % (695 / 2.920 X 100) = <b><u>ca. 24 %</u></b><br><br>Prisforskellen afspejles ligeledes i pointforskellen da, da 0,77 X 100 / 3,23 = <b><u>ca. 24 %</u></b> |                                                                                         |

Indklagedes indstillingsnotat har følgende opsummering:

|          | Pris | Kvalitet | Total |
|----------|------|----------|-------|
| Snex A/S | 1,37 | 5,6      | 6,97  |
| Klageren | 2,00 | 3,2      | 5,2   |

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at delkriterierne til underkriteriet »Kvalitet« vedrører tilbudsgivernes erfaring med lignende projekter samt tilbudsgivernes kompetencer. Kriterierne er ikke forbundet med kontraktens genstand, og kriterierne er ikke egnede til at sige noget om værdien af det afgivne tilbud. Da indklagede ikke har stillet krav til indholdet af oplysningerne om de medarbejdere, som der skulle levere ydelserne, synes oplysningerne ikke

at relatere sig til den udbudte opgave. Oplysningerne siger således mere om erfaringen og referencerne i de virksomheder, som de pågældende medarbejdere har været ansat i, end det siger noget om de pågældende medarbejders reelle erfaring.

Indklagede har gjort gældende, at de anvendte delkriterier til underkriteriet »Kvalitet« ikke har karakter af udvælgelseskriterier. Det er i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed at vurdere de tilbudte medarbejders kompetencer og erfaring, således som den konkrete tilbydes anvendt i udførelsen af den konkrete udbudte opgave. Vurderingsgrundlaget er knyttet op på udførelsen af den konkrete kontrakt, idet det baserer sig på de tilbudte medarbejders udførelse af den udbudte opgave, idet det er fuldstændigt afgørende for indklagede, at de tilbudte medarbejdere til løsning af den konkrete opgave besidder de nødvendige kvalifikationer og kompetencer. Det bestrides, at der er fastsat utilstrækkelige krav til indholdet af de oplysninger, som tilbudsgiverne skulle afgive om de tilbudte medarbejdere.

#### Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede skulle have oplyst, hvilke præcise elementer indklagede ville tillægge betydning ved evalueringen af underkriteriet »Kvalitet«. Udbudsbetingelserne indeholdte ikke oplysninger om, hvordan tilbudsgiverne kunne opfylde og imødekomme indklagedes behov, idet indklagede alene oplyste, at der ville blive lagt vægt på kvalifikationer og kompetencer i form af uddannelse, certificeringer og CV'er, uden at kravene til niveau og indhold for disse oplysninger var oplyst.

Indklagede har gjort gældende, at udbudsbetingelserne klart og tilstrækkeligt fastsatte vurderingsgrundlaget for underkriteriet »Kvalitet«. Udbudsbetingelserne angav, hvilke forhold indklagede ville tillægge positiv vurdering, og det fremgår med al tydelighed, hvilke helt konkrete forhold indklagede ville evaluere og vægte positivt.

#### Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at klageren i relation til alle tre delkriterier har tilbudt den laveste pris. Den vindende tilbudsgiver er næsten 25 % dyrere, men denne tilbudsgiver har kun fået en marginal lavere pointtildeling. An-



vendelse af en pointmodel, hvor den laveste pris får den højeste karakter og efterfølgende tilbud med højere priser fastsættes på baggrund af en retlinet interpolation, er utvivlsomt fuldt forenelig med udbudsdirektiverne, dog alene under den forudsætning, at den anvendte pointmodel er egnet til at adskille tilbuddene fra hinanden og udskille tilbuddet med den bedste pris. Det forhold, at indklagede har anvendt pointmodellen korrekt, er ikke ensbetydende med, at underkriteriet har opnået en vægtning, som faktisk afspejler den spredning i de tilbudte priser, som tilbudsgiverne med rette kunne forvente. At prismodellen ikke har været egnet, dokumenteres af, at klageren på trods af sin lavere tilbudspris som minimum skulle have samme score som Snex A/S vedrørende underkriteriet »Kvalitet«, førend klageren ville have opnået en højere samlet score end Snex A/S. Indklagedes anbringende om, at klagerens tilbud er tildelt 45 % højere point vedrørende underkriteriet »Pris« end Snex A/S, savner mening.

Indklagede har gjort gældende, at den anvendte model indebærer, at de tilbudte priser for de enkelte delkriterier og samlet set vurderes i forhold til hinanden, og at de laveste priser, der blev tilbudt af klageren, er bestemmende for pointtildelingen til Snex A/S. Modellen afspejler netop prisforskellene mellem de tilbudte priser. Prisforskellen mellem tilbuddene har medført en forskel i pointtildelingen på 45 %. Med den valgte vægtning af underkriterierne er det tydeligt illustreret, at priskriteriet ikke var det, der vægtede højest. Priskriteriet ville imidlertid have været afgørende, hvis klageren havde tilbudt samme eller en bedre kvalitet end Snex A/S. Underkriteriet »Pris« er derfor ikke illusorisk.

#### Ad påstand 4 og påstand 5

Klageren har gjort gældende, at klagenævnet som følge af de begåede overtrædelser skal annullere tildelingsbeslutningen og udstede pålæg om lovliggørelse.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen og for at udstede påbud.

### Klagenævnet udtaler:

#### Ad påstand 1

Det er ikke i strid med udbudsdirektivets artikel 2 eller artikel 53 at vurdere virksomhedens generelle erfaring med lignende opgaver i forbindelse med prækvalifikation af ansøgerne og desuden at fastsætte et delkriterium til underkriteriet »Kvalitet«, hvorefter evalueringen af underkriteriet »Kvalitet« skal ske på baggrund af CV'er for de medarbejdere, der konkret skal arbejde med opgaven. Et sådant delkriterium er således efter karakteren af den udbudte tjenesteydelse egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstanden tages ikke til følge.

#### Ad påstand 2

I udbudsbetingelserne er det angivet, hvorledes tilbuddene vil blive bedømt i relation til underkriteriet »Kvalitet«. Selvom beskrivelsen er kortfattet, er den sammenholdt med oplysningerne i kravspecifikationens punkt 3.2.2 og 3.3 samt kravene til tilbuddets beskrivelse af de tilbudte medarbejdere en tilstrækkelig angivelse af, hvilke forhold der vil blive tillagt vægt ved bedømmelsen af tilbuddene i relation til underkriteriet »Kvalitet«.

Påstanden tages ikke til følge.

#### Ad påstand 3

Som beskrevet i udbudsbetingelserne har indklagede anvendt en retlinet pointmodel, der som anført i klagenævnets kendelse af 9. januar 2012, Reno-Norden mod Skive Kommune, i visse konkrete tilfælde er i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53. I den foreliggende situation, hvor der alene er to tilbudsgivere, og hvor underkriteriet »Pris« vægter 20 %, afspejler pointmodellen dog i tilstrækkelig grad spredningen i de indkomne tilbud, og vægtningen af underkriteriet »Pris« er ikke derved blevet gjort illusorisk som påstået.

På denne baggrund tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 4 og påstand 5

Allerede som følge af det, der er anført ad påstand 1 – 3, tages påstandene ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Mette Frimodt Hansen  
fuldmægtig