

K E N D E L S E

Infomedia Huset A/S
(advokat Pernille Nørkær, København)

mod

VisitDenmark
(advokat Maria Haugaard og cand.merc.jur. Peter Dann Jørgensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 138-249960 af 18. juli 2016 udbød VisitDenmark som offentligt udbud en kontrakt om tilrådighedsstillelse samt drift, vedligeholdelse og support af et medieovervågningssystem til en anslået værdi af 4 mio. kr. Kontraktens varighed var 48 måneder med mulighed for forlængelse i op til 2 gange 12 måneder.

VisitDenmark modtog tilbud fra Retriever Danmark A/S og Infomedia Huset A/S.

Den 14. september 2016 meddelte VisitDenmark de to tilbudsgivere, at VisitDenmark havde besluttet at tildele kontrakten til Retriever Danmark A/S.

Klagenævnet har den 26. september 2016 modtaget en klage fra Infomedia Huset A/S (Infomedia).

Infomedia har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

VisitDenmark 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 - 5 og svarskrift med bilag A - I.

Klagens indhold:

Infomedia har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at VisitDenmark har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakt om tilrådighedsstillelse af et medieovervågningssystem til Retriever Danmark A/S, idet beslutningen om tildeling af kontrakten er foretaget ud fra en fejlagtig vægtning af tildelingskriterier, herunder kriterier, delkriterier og underkriterier.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at VisitDenmark har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til Retriever Danmark A/S, idet beslutningen om tildeling af kontrakten er behæftet med fejl, idet VisitDenmark ikke har bedømt Infomedias tilbud på lige vilkår med Retriever Danmark A/S'.

Påstand 3

Såfremt der indgås kontrakt mellem VisitDenmark og Retriever Danmark A/S, anmodes klagenævnet om at annullere VisitDenmarks beslutning af den 14. september 2016 om at tildele den udbudte kontrakt til Retriever Danmark A/S, jf. lov om Klagenævnet for Udbuds § 13, stk. 1, nr. 2.

Andre oplysninger i sagen:

Af udbudsbetingelsernes punkt 11 fremgår, at tildelingskriteriet er ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” på grundlag af underkriterierne Pris (40 %), Kvalitet (50 %) og Implementering (10 %).

Om underkriteriet Pris fremgår, at den tilbudte pris vurderes på grundlag af den evalueringstekniske totalsum.

Om underkriteriet Kvalitet fremgår, at tilbuddenes kvalitet vurderes på grundlag af delkriterierne Funktionalitet (40 %), Brugervenlighed (40 %) og Support (20 %).

Om underkriteriet Implementering fremgår, at tilbuddene vurderes ud fra delkriterierne Tidsplan (50 %) og Kundens deltagelse (50 %).

Om de kvalitative kriterier oplyses, at tilbuddene evalueres på en skala fra 0 til 5 point, hvor 5 point gives for den bedst tænkelige opfyldelse, 4 point for en meget god opfyldelse, 3 point (over middel vurdering) for en mere end acceptabel grad af opfyldelse, 2 point (under middel vurdering) for en mindre end acceptabel opfyldelse, 1 point for meget ringe opfyldelse og 0 point for ingen opfyldelse. De enkelte trin på skalaen er desuden beskrevet med ord. Skalaen er absolut.

Kravspecifikationen fremgår af bilag 2 til kontrakten, som tilbudsgiverne skulle besvare. Det var angivet, at den tilbudte opfyldelse af kravene, som var opdelt i Mindstekrav, Krav og Infokrav, ville indgå i tilbudsevalueringen. Tilbudsgiverne skulle angive, om et krav var opfyldt helt, delvist eller ikke opfyldt, ved at angive henholdsvis ”J”, ”D” eller ”N”.

Ved alle Infokrav fremgår endvidere af bilag 2, hvad der vægter positivt ved besvarelse af de enkelte Infokrav. Eksempelvis er ved Infokrav 1.7, ”Medieovervågning af trykte medier”, angivet:

”Det vægtes positivt, at der tilbydes overvågning af et bredt dækkende udvalg af trykte medier, som sandsynliggør at overvågningen dækker de enkelte Markeders mediebillede.”

Tilbudsgivernes opfyldelse af kravene i kontraktens bilag 2 indgik i tilbudsevalueringen under delkriteriet funktionalitet.

I VisitDenmarks underretning af Infomedia af 14. september 2016 er bl.a. anført:

”Tilbuddet fra Infomedia A/S har opnået en lavere vurdering end den vindende tilbudsgiver i forhold til underkriterierne ”Kvalitet” og ”Implementering”, mens tilbuddet fra Infomedia A/S har opnået en højere vurdering i forhold til underkriteriet ”Pris”.

Tilbuddet fra Infomedia A/S har i forhold til underkriterierne ”Kvalitet” og ”Implementering” opnået en vurdering over middel, mens den vindende tilbudsgiver opnåede den bedst mulige vurdering.

I forhold til underkriteriet ”Pris” opnåede Infomedia A/S den bedst mulige vurdering, mens den vindende tilbudsgiver opnåede en middel vurdering.”

I underretningen af 14. september 2016 er den samlede vurdering af de to tilbud sammenfattet således:

Tilbudsgiver	Pris	Kvalitet	Implementering	Samlet vægtet point
Infomedia A/S	2,00	1,50	0,30	3,80
Retriever Danmark A/S	0,96	2,50	0,50	3,96

Underretningen af 14. september 2016 var desuden vedlagt en ”Redegørelse for tilbudsevalueringen” med bl.a. en udførlig beskrivelse af de to tilbudsgiveres opfyldelse af de 36 krav og de 23 infokrav, og hvorledes opfyldelsen af de enkelte krav var vurderet. Redegørelsen, der er på 15 sider, gengives ikke i sin helhed i denne kendelse. Eksempelvis er om opfyldelsen af ”Krav” i tilbuddet fra Infomedia anført:

”Det vægter positivt, at [Infomedia] har en høj kravopfyldelsesgrad, da 26 krav er opfyldt fuldt ud.

Det vægter dog negativt, at [Infomedia] ved flere af Kravene har indsat løsningsbeskrivelser, som ikke stemmer fuldstændig overens med Kundens krav, hvorfor det fremstår som om at nogle krav alene er delvist opfyldt.

Det vægter mindre positivt, at 10 krav alene er delvist opfyldt.

Det vægter dog positivt, at [Infomedia] kommer med gode og meningsfyldte forklaringer på, hvorfor kravene alene er delvist opfyldt.

Det vægter dog negativt, at Krav 1:35 er anført som delvist opfyldt.

...

Det vægter positivt, at 34 Krav er indeholdt i den leverede løsning som standard samt allerede afprøvet og implementeret hos andre kunder.

Det vægter negativt, at der ved et krav er anført ”J” samt at der ved et andet krav mangler anførelse af type, hvorfor disse kravs opfyldelsestype ikke kan kontrolleres.”

I ”Redegørelse for tilbudsevalueringen” er tilsvarende om Retriever Danmark A/S’ opfyldelse af krav angivet:

”Det vægter positivt, at [Retriever Danmark A/S] har en høj kravopfyldelsesgrad, da 31 Krav er opfyldt fuldt ud.

Det vægter mindre positivt, at 5 Krav alene er delvist opfyldt.

Det vægter dog positivt, at [Retriever Danmark A/S] kommer med gode og meningsfyldte forklaringer på, hvorfor kravene alene er delvist opfyldt.

Det vægter positivt, at 34 Krav er indeholdt i den leverede løsning som standard samt allerede afprøvet og implementeret hos andre kunder.

Det vægter mindre positivt, at 2 Krav er opfyldt og er indeholdt i den leverede løsning, men kræver tilpasning og/eller ikke allerede er afprøvet og implementeret hos andre kunder.”

I ”Redegørelse for tilbudsevalueringen” er eksempelvis vedrørende Infokrav 1.7, ”Medieovervågning af trykte medier” om tilbuddet fra Infomedia anført:

”Det vægter positivt, at der tilbydes overvågning af et bredt udvalg af trykte medier.

Det vægter negativt, der på flere markeder er betydeligt mangler i de tilbudte medier, så udvalget ikke fremstår bredt, og det dermed ikke er sandsynliggjort, at overvågningen dækker enkelte af Markedernes mediebillede.”

I ”Redegørelse for tilbudsevalueringen” er vedrørende samme Infokrav 1.7, ”Medieovervågning af trykte medier”, om tilbuddet fra Retriever Danmark A/S anført:

”Det vægter positivt, at der tilbydes overvågning af et bredt udvalg af trykte medier, da dette sandsynliggør, at overvågningen dækker de enkelte Markeders mediebillede.”

Parternes anbringende:

Ad ”fumus boni juris”

Infomedia har under henvisning til det, som er anført nedenfor, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

VisitDenmark har under henvisning til det, som er anført nedenfor, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 og 2 har Infomedia gjort gældende, at VisitDenmark har tilsidesat gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, idet tilbudsevalueringen ikke gennemsigtigt angav, hvordan tilbudsgivernes opfyldelse af under- og delkriterier er blevet tildelt point ud fra pointskalaen fra 0-5 point i henhold til udbudsbetingelserne.

Infomedia har i klageskriftet detaljeret gennemgået ”Redegørelse for tilbudsevalueringen” på udvalgte punkter, herunder navnlig vedrørende 9 af de 23 Infokrav. Eksempelvis har Infomedia om Infokrav 1.7, Medieovervågning af trykte medier”, gjort gældende, at tilbudsevalueringen om Infomedias tilbud angav, at det ”vægte negativt, at der på flere markeder er betydelige mangler i de tilbudte medier, så udvalget ikke fremstår bredt”, mens det om Retriever Danmark A/S’ tilbud ”vægte positivt, at der tilbydes overvågning af et bredt udvalg af trykte medier”. Infomedias tilbud samt fremsendelse af kildelister angav imidlertid, at Infomedia besad bredere dækning end Retriever Danmark A/S på det danske marked, herunder en vurderet 20-25 % bredere dækning vedrørende printkilder. Tilbudsevalueringen vurderede således ikke tilbudsgivernes besvarelse af Infokrav 1.7 på et ligeligt grundlag. Det fremgik ikke klart eller gennemsigtigt, hvorfor Infomedias kildelister ikke fremstår bredt.

Infomedia har herefter konkluderet, at Infomedias tilbud er vurderet til at være 40 % dårligere end tilbuddet fra Retriever Danmark A/S, uanset at Infomedia vedrørende kvalitetskriteriet har opnået omtrent samme antal point under delkriteriet funktionalitet, der vægter 40 % af kvalitetskravet. Point-

givningen vedrørende delkriteriet support var ikke gennemsigtig, og Infomedia opnåede 3 point mod Retriever Danmark A/S' 5 point vedrørende delkriteriet implementering. Tilbudsevalueringen af den 14. september 2016 blev derfor ikke foretaget på et klart og gennemsigtigt grundlag for tilbudsgiverne.

VisitDenmark har ligeledes tilsidesat ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, idet VisitDenmark ikke har inddraget Infomedias tilbud på lige vilkår med tilbuddet fra Retriever Danmark A/S ved en række underkriterier og delkriterier. VisitDenmark har i tilbudsevalueringen flere steder angivet, at det vægter negativt, at Infomedia ikke har opfyldt det ønskede krav, uagtet at Infomedias tilbud opfyldte kravene. Tilbudsevalueringen af den 14. september 2016 blev derfor ikke foretaget under iagttagelse af ligebehandlingsprincippet.

Særligt vedrørende påstand 3 har Infomedia gjort gældende, at VisitDenmark har foretaget ulovlige beslutninger ved manglende inddragelse og ligebehandling af Infomedias tilbud samt ved tilsidesættelse af gennemsigtighedsprincippet. Tildelingsbeslutningen skal derfor annulleres, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

Særligt vedrørende påstand 1 og 2 har VisitDenmark gjort gældende, at VisitDenmark ikke har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2. VisitDenmark har både i udbudsbetingelserne og de enkelte bilag klart redegjort for, hvad der blev tillagt positiv vægt ved vurderingen af tilbuddene, og dermed hvorledes der blev tildelt point ud fra pointskalaen fra 0-5 point. Det fremgår af såvel evalueringsrapporten som VisitDenmarks skriftlige underretning til Infomedia af 14. september 2016, at VisitDenmark har fulgt den systematik og evalueringsmetode, som der er redegjort for i udbudsmaterialet.

VisitDenmark har endvidere fastholdt den vægtning af tildelingskriteriets under- og delkriterier, som er beskrevet i udbudsmaterialet. Tildelingsbeslutningen er ikke behæftet med fejl, eftersom VisitDenmark har vurderet begge tilbud på baggrund af det, der er anført i udbudsmaterialet, og således på lige vilkår. Begge tilbud er vurderet ud fra samme absolutte pointskala og ud fra de enkelte bilags instruktioner til tilbudsgiverne, hvoraf fremgår, hvad der ville blive tillagt positiv vægt ved tilbudsevalueringen.

Infomedia har fået en bedre vurdering end Retriever Danmark A/S i forhold til underkriteriet "Pris", da Infomedia havde afgivet en lavere evalueringsteknisk totalsum end Retriever Danmark A/S. Omvendt har Infomedia fået en dårligere vurdering i forhold til de to kvalitative kriterier, da det er VisitDenmarks vurdering, at Infomedia har afgivet et kvalitativt dårligere tilbud end den vindende tilbudsgiver.

VisitDenmark har i svarskriftet detaljeret gennemgået de udvalgte punkter i "Redegørelse for tilbudsevalueringen", som Infomedia har fremdraget, for at tilbagebevise, at VisitDenmark har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2. Eksempelvis har VisitDenmark om Infokrav 1.7, "Medieovervågning af trykte medier", gjort gældende, at VisitDenmark har vurderet, at den vindende tilbudsgiver tilbyder et bredere dækkende udvalg af trykte medier end Infomedia. VisitDenmark har i forbindelse med gennemgang af listerne vurderet, at den vindende tilbudsgiver på bedst mulig vis har sandsynliggjort, at overvågningen dækker de enkelte markeders mediebillde. VisitDenmark har ligeledes vurderet, at Infomedia på enkelte markeder har betydelige mangler i de tilbudte medier, så udvalget ikke fremstår bredt, ligesom det ikke er sandsynliggjort, at overvågningen dækker alle de enkelte markeders mediebillder. VisitDenmark har som oplyst i udbudsmaterialets bilag 2 lagt vægt på bredden af medier og på, hvordan de dækker de enkelte markeders mediebillder og ikke alene på antallet af medier. Henset hertil har VisitDenmark vurderet, at tilbuddet fra Infomedia havde betydeligt mangler, som gjorde, at udvalget ikke fremstod bredt i forhold til at dække VisitDenmarks mediebillde.

Samlet set er det VisitDenmarks opfattelse, at de forskellige vurderinger ligger inden for det saglige skøn, som VisitDenmark er berettiget til at udøve i forhold til at vurdere de to tilbuds kvalitative forskelle.

VisitDenmark har nærmere om påstand 3 gjort gældende, at der ikke er handlet i strid med udbudslovens regler eller almindelige udbudsretlige principper, og at klagenævnet derfor ikke har grundlag for at annullere beslutningen om at indgå kontrakt med Retriever Danmark A/S, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, nr. 2.

Ad uopsættelighed

Infomedia har gjort gældende, at dansk rets almindelige erstatningsregler ikke effektivt sikrer Infomedia mod tab.

VisitDenmark har gjort gældende, at det følger af fast EU-praksis og klagenævnsspraksis, at det påhviler Infomedia at godtgøre, at klagens opsættende virkning er nødvendig for at afværge, at Infomedia lider et alvorligt og uopsætteligt tab. Der foreligger ikke et sådant tab, hvis tabet er økonomisk, og der senere kan betales erstatning herfor.

Infomedia lider muligvis et tab, da Infomedia er den nuværende leverandør af en del af de udbudte opgaver, men det er ikke bevist, at der vil være tale om et alvorligt eller uopsætteligt tab, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Ad interesseafvejning

Infomedia har gjort gældende, at VisitDenmarks interesse tilsigter at tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. VisitDenmarks korrekte inddragelse af tildelingskriterierne samt iagttagelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet vil netop sikre dette.

VisitDenmark har gjort gældende, at VisitDenmarks interesse i at indgå kontrakt med den valgte leverandør, førend klagenævnet har taget endelig stilling til klagen, klart opvejer Infomedias interesse i at udsætte udbudsforretningen.

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 fore-

ligger. 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, at det fremgår, at evalueringen er foregået i overensstemmelse med det, der var fastsat i udbudsbetingelserne. Der er i den forbindelse efter det foreløbigt foreliggende ikke grundlag for at tilsidesætte det skøn, som VisitDenmark har udøvet i forbindelse med evalueringen af de to tilbud i relation til de kvalitative kriterier. VisitDenmarks har således ikke handlet uden for de vide grænser for det skøn, som ordregiveren har, eller i øvrigt usagligt. Der er herefter ikke grundlag for at fastslå, at VisitDenmark i forbindelse med evalueringen har tilsidesat ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2. Der er derfor ikke på det foreløbige grundlag, som foreligger, udsigt til, at klagenævnet ved en endelig afgørelse vil tage påstand 1 og 2 til følge. Heraf følger, at der heller ikke er udsigt til, at klagenævnet vil annullere tildelingsbeslutningen, jf. påstand 3.

Betingelse nr. 1 er derfor ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
specialkonsulent