

K E N D E L S E

Iver C. Weilbach og Co. A/S  
(advokat Peter Tommerup, Frederiksberg)

mod

Kort- og Matrikelstyrelsen  
(Kammeradvokaten ved advokat Kristian Hartlev)

Ved udbudsbekendtgørelse af 13. juni 2003 udbød indklagede, Kort- og Matrikelstyrelsen, som begrænset udbud efter direktiv 92/50/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, som ændret ved direktiv 97/52/EF (Tjenesteydelsesdirektivet) opgaven med lagerføring, distribution, markedsføring og salg af søkort og nautiske publikationer, herunder administration og forsendelse af søkortrettelser til abonnenter for perioden 1. oktober 2003 – 30. september 2006. Tildelingskriteriet var i udbudsbekendtgørelsen fastsat som »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 23. juli 2003 havde følgende virksomheder anmodet om prækvalifikation:

1. Iver C. Weilbach og Co. A/S
2. J. H. Schultz Information A/S
3. Herman Gotthardt A/S

Den 24. juli 2003 besluttede indklagede at prækvalificere alle de tre nævnte virksomheder.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 24. juli 2003, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 17. september 2003 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud. Indklagede besluttede den 30. sep-

tember 2003 at indgå kontrakt med J. H. Schultz Information A/S, og kontrakt blev herefter indgået samme dag.

Den 2. december 2003 indgav klageren, Iver C. Weilbach og Co. A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Kort- og Matrikelstyrelsen. Klagen har været behandlet på et møde den 7. september 2004.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

#### Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, ved ikke i tilstrækkeligt omfang til klageren som tilbudsgiver at have givet oplysninger om egenskaberne og de relative fordele ved det antagne tilbud fra J. H. Schultz Information A/S, uagtet klageren skriftligt har anmodet herom.

#### Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, ved ikke inden 15 dage efter datoen for modtagelsen af klagerens skriftlige anmodning herom at have givet oplysninger om egenskaberne og de relative fordele ved det antagne tilbud fra J. H. Schultz Information A/S.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke i udbudsbetingelserne præcist og fyldestgørende at have beskrevet den udbudte ydelse.

#### Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke på saglig og korrekt måde at have vurderet tilbudene på grundlag af de underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, som var fastsat i udbudsbetingelserne.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved at have fastsat følgende underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«:

(2) Erfaring med markedet for de omhandlede produkter samt distribution af disse,

(4) Et net af forhandlere i ind- og udland,

uanset at disse underkriterier efter deres indhold vedrører de krav, som skulle være opfyldt, for at en virksomhed kunne blive prækvalificeret.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2, og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved i forbindelse med beslutningen om, hvem der skulle indgås kontrakt med, ud over de i licitationsbetingelserne fastsatte underkriterier at have lagt vægt på følgende: (5) »Tilbudsgivernes egne beskrivelser af, hvordan opgaven vil blive udført«, og (6) »indklagedes vurdering af, om tilbudsgiverne på baggrund af disse beskrivelser vil være i stand til at varetage den udbudte opgave på betryggende vis«.

Påstand 7

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 30. september 2003 om at indgå kontrakt med J. H. Schultz Information A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 - 7 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har besluttet yderligere at behandle følgende spørgsmål:

Spørgsmål 8

Spørgsmålet, om indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved i udbudsbetingelserne i tilknytning til underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« at have fastsat følgende: »Såfremt der efter evalueringen er en pointforskel på 10% eller mindre mellem to tilbud, forbeholder KMS sig ret til at vælge frit mellem disse tilbud.«

### Spørgsmål 9

Spørgsmålet, om indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved i udbudsbetingelserne at have fastsat følgende: »KMS forbeholder sig ret til at annullere udbudet samt at forkaste de afgivne tilbud«.

Indklagede har en lovbestemt eneret til at fremstille søkort, der forhandles i ind- og udland. Frem til sommeren 2003 havde indklagede solgt sine søkort gennem et forhandlernet, som blandt andre klageren var en del af. Indklagede traf imidlertid som led i en omstrukturering beslutning om, at ansvaret for lagerføring, distribution, markedsføring og salg af søkort og nautiske publikationer fremover skulle henlægges til en hoveddistributør, og om at gennemføre et udbud vedrørende denne opgave.

Udbudsbekendtgørelsen af 13. juni 2003 indeholder bl.a. følgende:

#### »Del 2: Kontraktens genstand.

.....

..... Lagerføring (ca. 70.000 stk. søkort), distribution, markedsføring og salg af ..... søkort (ca. 40.000 stk. årligt), lagerføring (ca. 1.500 stk. nautiske publikationer), distribution og salg af ..... nautiske publikationer (samlet årligt salg ca. 450 stk.) samt administration og ugentlig forsendelse af søkortrettelser til underdistributører samt til ca. 250 nuværende abonnenter hver 4. uge.

.....

Varighed for udførelse i måneder fra underskrivelse: 36.

#### Del 3: Retlige, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger.

.....

Krav til leverandørerne/tjenesteyderene: Tilbudsgiverne skal have et indgående kendskab til distribution af ovennævnte produkter samt et udbredt net af underdistributører i ind- og udland. Oplysninger om tilbudsgiverens lagerkapacitet skal minimum kunne rumme ca. 170 kort ..... i oplagsstørrelser på ca. 100 til 2000 pr. kort. Desuden skal lageret kunne rumme ca. 1.500 stk. nautiske publikationer ..... samt det »rest«oplaget af søkortrettelser (50 numre) .....«.

Ved brev af 17. juni 2003 opsagde indklagede sin forhandlerkontrakt med klageren med virkning fra udgangen af september måned 2003. Indklagede henledte samtidigt klagerens opmærksomhed på udbudsbekendtgørelsen vedrørende opgaven som den fremtidige hoveddistributør, der var blevet offentliggjort den 16. juni 2003.

I udbudsbetingelserne af 24. juli 2003 er bl.a. fastsat følgende:

### »3. Minimumskrav til indholdet af tilbud

#### 3.1. Forslag til løsning af tjenesteydelsen

Forslaget til og beskrivelse af tilbudsgiverens løsning skal som minimum indeholde følgende:

- Generelle bemærkninger til beskrivelsen af tjenesteydelsen, herunder eventuelle forslag til præciseringer eller forbedringer.
- Præsentation af tilbudsgiveren og dennes forhandlernet.
- En beskrivelse af fremgangsmåde/metode ved gennemførelse af tjenesteydelsen.
- Oplysninger om, hvordan tjenesteydelsen organiseres.
- Oplysninger om den nuværende eller et udkast til konkret kvalitets-sikringsplan.
- Udkast til markedsføringsplan.

Der gives mulighed for, at distributøren også selv kan agere som forhandler af KMS's produkter.

#### 3.2. Økonomisk tilbud

Tilbudet skal indeholde oplysning om det samlede økonomiske tilbud.

Tilbudet afgives som en procentværdi, dvs. den rabatsats, distributøren ønsker at opnå af KMS's vejledende udsalgspris for produkterne.

.....

### 8. Evaluering af kriterier

Tildelingskriteriet er »mest fordelagtige bud« med delkriterier jf. pkt. 8.1.

#### 8.1. Delkriterier og vægtning:

Der anvendes følgende delkriterier og vægtning:

| <u>Delkriterium</u>                                                              | <u>Vægt</u> |
|----------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| (1) Samlet økonomisk tilbud (rabatsats)                                          | 50%         |
| (2) Erfaring med markedet for de omhandlede produkter samt distribution af disse | 30%         |
| (3) Forsyningssikkerhed                                                          | 15%         |
| (4) Et net af forhandlere i ind- og udland<br>[Klagenævnets nummerering]         | 5%          |

#### 8.2. Point

Der tildeles point for hvert delkriterium efter følgende skala:

|                         |         |
|-------------------------|---------|
| Bedst opnåelige:        | 8 point |
| Meget tilfredsstillende | 6 point |
| Tilfredsstillende       | 4 point |

Ikke tilfredsstillende 2 point

Bedømmelse ikke mulig 0 point

Der kan anvendes ulige pointtal for at nuancere evalueringen.

Vurderingen af delkriterier, som danner baggrund for den efterfølgende pointgivning, fremgår af udbudsbilag 2.

### 9. Tildeling

Kontrakten tildeles den tilbudsgiver, der efter evalueringen har afgivet det mest fordelagtige tilbud (højeste pointtal efter delkriterierne i afsnit 8.1).

Såfremt der efter evalueringen er en pointforskel på 10 % eller mindre mellem to eller flere tilbud, forbeholder KMS sig ret til at vælge frit mellem disse tilbud.

### 10. Annullering

KMS forbeholder sig ret til at annullere udbuddet samt at forkaste de afgivne tilbud«.

I en skrivelse af 25. august 2003 fra indklagede til tilbudsgiverne er bl.a. anført følgende:

»Spørgsmål og svar vedr. EU-udbud

KMS har inden for den fastsatte tidsfrist modtaget en række spørgsmål som vi, af hensyn til sikring af anonymiteten, har gengivet i lettere bearbejdet form nedenfor

.....

Spørgsmål:

- Antal ekspeditioner af søkort.
- Kan der stilles andre salgsstatistikker til rådighed – fx med angivelse af antal ordrer pr. år og fordeling af ordrene mht. antal leverede søkort?

Svar:

KMS har forsøgt at regne ud, hvor mange bilag (fakturer og kreditnoter) der er lavet gennem de seneste 4 år.

år 2000: 2700 bilag

år 2001: 1900 bilag

år 2002: 2000 bilag

år 2003: 800 bilag

Fordelingen af ordrene mht. antal leverede kort, har det ikke været muligt at opgøre specifikt, men det kan oplyses, at antallet er meget varierende

.....

Spørgsmål

- 3.2 Økonomisk Tilbud.

Tilbuddet skal angives som en procentværdi, hvad menes her?

Underforhandleren skal have en fortjeneste, og distributøren skal have en fortjeneste, er det distributørens fortjeneste der skal angives?

Svar

Det er rigtigt, at både underforhandlerne og distributøren nok har forventning om en vis fortjeneste, men KMS har ingen interesse i at kende denne fortjeneste. Det KMS vil vide, er hvilken rabat, angivet i %, som distributøren forventer at få af KMS for at varetage den udbudte opgave«.

I »udbudsbilag 2«, som er et bilag til udbudsbetingelserne, er fastsat følgende:

#### »Evaluerings og pointgivning af delkriterierne

##### Delkriterium 1: Samlet økonomisk tilbud

Ved evalueringen af de økonomiske tilbud tildeles det laveste økonomiske tilbud 8 point og de andre økonomiske tilbud tildeles point, der er omvendt proportionale ..... efter følgende formel:

Point = den lavest budte rabatsats x 8/ den budte rabatsats

.....

##### Delkriterium 2: Erfaring med tjenesteydelsen

|                                                                                                          |         |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| Mere end 20 års erfaring som distributør af søkort og nautiske publikationer samt forhandler af samme. = | 8 point |
| Mere end 10 års erfaring som distributør eller forhandler ..... =                                        | 6 point |
| Mindre end 10 års erfaring som distributør eller forhandler ..... =                                      | 4 point |
| Er distributør eller forhandler, men uden erfaring med distribution eller forhandling ..... =            | 2 point |

##### Delkriterium 3: Forsyningssikkerhed

|                                                                                                                                              |         |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| Bestillinger kan modtages døgnet rundt, året rundt.                                                                                          |         |
| Bestillinger om levering til – som minimum – den kommercielle skibsfart modtaget på hverdage inden kl. 10 garanteres ekspederet samme dag. = | 8 point |
| Bestilling kan modtages døgnet rundt, året rundt.                                                                                            |         |
| Bestillinger om levering til – som minimum – den kommer-                                                                                     |         |

|                                                                                                                               |         |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| cielle skibsfart modtaget på hverdage inden kl. 10<br>søges ekspederet samme dag. =                                           | 6 point |
| Bestillinger kan kun modtages på hverdage i åbningstiden.<br>Bestillinger modtaget inden kl. 10 søges ekspederet samme dag. = | 4 point |
| Bestillinger kan kun modtages på hverdage i åbningstiden.<br>Bestillinger ekspederes snarest muligt. =                        | 2 point |

#### Delkriterium 4: Forhandlernet\*

|                                                                                                                                                               |         |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| Er selv forhandler af søkort og distribuerer til et net<br>af forhandlere af søkort svarende til det nedenfor nævnte. =                                       | 8 point |
| Har mindst 20 forhandlere af søkort i Danmark. =                                                                                                              | 6 point |
| Har et net af forhandlere uden erfaring med salg af<br>søkort, men som pr 1. oktober 2003 ville kunne<br>efterleve betingelserne for forhandling af søkort. = | 4 point |
| Forhandlernet skal først oprettes. =                                                                                                                          | 2 point |

\* Mindst 20 forhandlere jævnt fordelt i hele Danmark samt enkelte forhandlere i Grønland, Sverige, Norge og i Tyskland«.

I et med udbudsbetingelserne fulgt kontraktudkast fastsættes kontraktens løbetid til 3 år fra den 1. oktober 2003 med mulighed for forlængelse i 2 år.

Bilag 1 til kontraktudkastet indeholder detaljerede tekniske specifikationer for bl.a. udførelsen af opgaven med hensyn til lagerføring og lagerstyring, distribution, forsyningssikkerhed, markedsføring og salg over disk eller som postforsendelse af søkort og nautiske publikationer, herunder om oplysninger til kunder om rettelser af søkort og om danske havne, udskiftning af forældede søkort og afhentning af kort til lager m.v.

Klageren afgav den 16. september 2003 tilbud. I tilbudet er bl.a. anført følgende:

».....

Vi har ingen bemærkninger til de tekniske specifikationer, ..... Vi har et mangeårigt erfaringsgrundlag (mere end 20 år) i netop at lagere og distribuere danske og udenlandske søkort og publikationer.

.....

Vi har ikke et formaliseret forhandlernet. Forhandlere, der gennem stor-køb ønsker at opnå mængderabat (mere end mindsterabatten), vil vi opfatte som lagerførende, og de vil derfor blive afkrævet en skriftlig accept af de særlige vilkår, der gælder for salg af søkort, jf. kontraktbilag 1.



.....

Weilbach vil fortsat selv agere forhandler.

Vort kundekartotek omfatter allerede langt de fleste af KMS nuværende forhandlere i ind- og udland, og de vi ikke allerede har kontakt til, vil vi i påkommende tilfælde kontakte.

.....

Tjenesteydelsen vil i forhold til kunderne blive udført tilsvarende vore øvrige ekspeditioner af søkort og publikationer. Leveringsbetingelser vil være ab lager København. Vore leveringsbetingelser er lbn.mdr. + 30 dage, manglende rettidig betaling vil betyde, at levering kun kan ske mod kontant betaling.

Forhandlerrabatter er forudsat at forblive som under KMS's nugældende forhandlerkontrakt, idet en forringelse af rabat strukturen må forventes at skade omsætningen af KMS produkter.

.....

Bestillinger kan modtages døgnet rundt ..... . Alle ordrer modtaget inden kl. 10.00 søges ekspederet samme dag. Ordre til Handelsskibe og til Søværnet ekspederes efter behov og straks om nødvendigt uanset tidspunkt for ordremodtagelsen. Vi har ingen vagtordning, men ekspederer trods det jævnlige udenfor normal arbejdstid.

.....

Vi ..... har ikke planer om at lade os kvalitetscertificere. Vort mål er korrekt levering til tiden og det sikres fuldt så godt ved hjælp af vort registreringssystem, gennemarbejdede rutiner og vore medarbejders engagement.

.....

Som der er nu, udsender vi informationsbreve til forhandlere ved sejlersæsonens begyndelse og ditto til kursuslærere ved aftenskolestart, andre f.eks. rederier informeres efter behov. KMS's produkter vil naturligvis være at finde på vores hjemmeside. Vi har ikke tradition for annoncering, men vil være åbne overfor KMS's ønsker om f.eks. annoncering eller deltagelse i udstillinger.

.....

Med henvisning til ovenstående forudsætninger og bemærkninger tilbydes herved »Lagerføring, distribution, markedsføring og salg af søkort og nautiske publikationer« på den fremsendte kontrakts vilkår mod en rabat på 70 % af de vejledende udsalgspriser eksklusive moms«.

Den 16. september 2003 afgav tillige J. H. Schultz Information A/S tilbud.

I en intern indstilling af 19. september 2003 til indklagedes direktion foreslås der hurtigst muligt indledt kontraktforhandling med J. H. Schultz Information A/S.

I indstillingen gennemgås fordele og ulemper ved de modtagne tre tilbud, der tildeles point efter de fire underkriterier, som var fastsat i udbudsbetingelserne, i overensstemmelse med det deri fastsatte pointsystem. Pointene for de fire underkriterier blev vægtet som fastsat i udbudsbetingelserne, og det viste sig derefter, at tilbudet fra J. H. Schultz Information A/S havde opnået det højeste pointantal ved vurderingen, nemlig 6,45 point, mens klageren havde opnået 6,10 point.

Efter Klagenævnets beslutning er klageren ikke gjort bekendt med indholdet af de to andre tilbud og med indstillingens oplysninger om evaluering, pointtildeling og vægtning af tilbudene fra de to andre tilbudsgivere, jf. forvaltningslovens § 15, stk. 1, jf. Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, 2. afsnit, sidste led, men oplysningerne er indgået i Klagenævnets behandling af sagen og i grundlaget for Klagenævnets afgørelse. Det samme gælder indklagedes udbudsrapport til EU-kommissionen og – fuldt ud – den nedenfor nævnte kontrakt af 30. september 2003 mellem indklagede og J.H. Schultz Information A/S.

Efter evalueringen af de tre tilbud i forhold til de fire underkriterier er i indstillingen anført følgende:

»Ud over den viste vurdering, er der som nævnt tidligere foretaget en vurdering af de enkelte firmaers egne beskrivelser af hvordan opgaven vil blive udført og vores vurdering af, om vi på baggrund af disse beskrivelser mener, at de vil være i stand til at varetage den udbudte opgave på betryggende vis.

Vurderingen er beskrevet som plusser og minusser«.

Herefter er der i indstillingen anført en række fordele og ulemper ved de tre tilbud ud over det anførte vedrørende de fire underkriterier. Om klagerens tilbud er anført følgende:

»Plusser:

- Et – af KMS – gammelkendt firma med utvivlsomt det største kendskab til varetagelsen af opgaven.
- Firmaet har været vores største forhandler gennem en lang række år.

Minusser:

- Firmaet stiller betingelser for at fastholde tilbudet.

.....

- Firmaet har ikke detaljeret beskrevet, hvordan opgaven vil blive løst. KMS ved ikke, hvad man vil få.

Dog kan den manglende detaljerede beskrivelse skyldes det faktum, at firmaet har været vores største forhandler gennem en lang række år«.

I skrivelse af 30. september 2003 meddelte indklagede klageren, at man samme dag havde indgået kontrakt med J. H. Schultz Information A/S, og at alle de modtagne tilbud var blevet vurderet efter de i udbudsmaterialet beskrevne vurderingskriterier og vægtningen heraf.

I en e-mail af 1. oktober 2003 til indklagede bad klageren om oplysning om, hvad der havde gjort udslaget ved valg af distributør, samt hvilke betingelser den nye distributør ville tilbyde forhandlere.

I en e-mail af samme dato svarede indklagede, at valget af distributør var foretaget i henhold til kriterierne i udbudsmaterialet, og at de betingelser, den nye distributør kunne tilbyde forhandlere, var et aftalespørgsmål.

I en skrivelse af 13. oktober 2003 fra klageren til indklagede hedder det bl.a.:

»Vi skal herved ..... endnu engang anmode om en begrundelse for at vores tilbud .....ikke er blevet antaget.

Vi gør opmærksom på, at vi ved email af 1. oktober 2003 ..... anmodede om en begrundelse. Svaret som vedhæftes anfører blot at vi er bedømt efter kriterierne i udbudsmaterialet, hvilket må anses for indlysende, men ikke for at være en fyldestgørende begrundelse for at vort tilbud ikke er antaget ..... .

Som det eneste selskab i Danmark, der har distribution af søkort og nautiske publikationer som primært forretningsområde, og som distributør for alle udenlandske hydrografiske institutter må vi formode, at delkriterierne 2, 3 og 4 ikke er faldet ud til ugunst for os, og at det derfor kun efterlader delkriterium 1 »samlet økonomisk tilbud«.

Kort- og Matrikelstyrelsen har gennem flere år haft en rabatpolitik overfor sine forhandlere, som må formodes at have været den politik, som Kort- og Matrikelstyrelsen anså for rimelig. I vort tilbud er forudsat en uændret rabatpolitik overfor forhandlerne, men det er tydeligt ikke tilfældet for det valgte tilbud.

Vi har nu fået præsenteret en forhandlerkontrakt, der for vort vedkommende halverer rabatten, og hertil introduceres et ekspeditionsgebyr. Det er naturligvis ikke tilfredsstillende.

Vi tillader os som nævnt at formode, at vi ikke på delkriterierne 2, 3 og 4 er bedømt til ugunst for os. Men hvis det er tilfældet, så kan vi ikke få regnestykket til at passe hvilket er baggrunden for, at vi forinden vi foretager os yderligere skal bede om en fyldestgørende begrundelse for at vort tilbud ikke er antaget«.

I en skrivelse af 16. oktober 2003 svarede indklagede bl.a.:

»Alle 3 bydende afgav et antageligt bud og opfyldte i forskellig grad de 4 kriterier. KMS's endelige valg af bydende skete ved en vægtning af de ovennævnte kriterier, hvor buddet fra J. H. Schultz var det samlet set mest fordelagtige for KMS, herunder det økonomisk mest fordelagtige.

Med hensyn til fremtidige rabatstruktur over for forhandlere kan KMS oplyse, at det af udbudsmaterialet fremgår af pkt.3.2: .....

En uddybning af dette spørgsmål blev rejst af en af de bydende og KMS svarede i brev af 25. august 2003, som blev sendt til de 3 bydende: »Det er rigtigt, at underforhandlerne og distributøren har forventning om en vis fortjeneste, men KMS har ingen interesse i at kende denne fortjeneste. Det, KMS vil vide, er hvilken rabat, angivet i %, som distributøren forventer at få af KMS for at varetage den udbudte opgave«.

KMS mener, at styrelsen med denne besvarelse har opfyldt kravene i art. 12 om »oplysning af de antagne buds egenskaber og relative fordele«.

Efter henvendelse fra klagerens advokat den 22. oktober 2003 skrev indklagede den 30. oktober 2003 bl.a. følgende til klagerens advokat:

»For så vidt angår de 3 delkriterier« »2. Erfaring med markedet for de omhandlede produkter samt distribution af disse (30%), 3. Forsynings-sikkerhed (15%) og 4. Et net af forhandlere i ind- og udland (5%)« opnåede Deres klient det højeste mulige antal point (8) på kriterium 2. (Markedserfaring) og 4. (Forhandlernet), mens kriterium 3 (Forsynings-sikkerhed) blev vurderet til 7 point. Deres klients samlede og vægtede point efter disse 3 kriterier overstiger klart de andre bydendes.

Grunden til, at Deres klient alligevel ikke blev tildelt opgaven, er i første række, at en anden bydende, Schultz A/S, afgav et bud, som for så vidt angår kriterium 1 (Samlet økonomisk tilbud) er væsentligt mere fordelagtigt for Kort- og Matrikelstyrelsen end Deres klients tilbud. Da

dette delkriterium i fuld overensstemmelse med angivelserne i udbudsmaterialet udgjorde halvdelen af vægtningen medførte det, at det andet firma opnåede et samlet pointtal, som overstiger Deres klients«.

Der er for Klagenævnet afgivet forklaring af direktør Erik Klitgaard, klageren og chef for søkortafdelingen Hanne Berg, indklagede.

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at klageren skriftligt har anmodet indklagede om at give oplysninger om egenskaberne og de relative fordele ved det antagne tilbud fra J. H. Schultz Information A/S, at indklagede ikke i tilstrækkeligt omfang har opfyldt sin forpligtelse til at afgive sådanne oplysninger, idet indklagede i det væsentligste alene har oplyst, at tilbudene er vurderet på de underkriterier og bedømt efter det pointsystem, der er fastsat i udbudsbetingelserne, men derimod ikke har oplyst om egenskaberne og de relative fordele ved tilbudet fra J. H. Schultz Information A/S, og at indklagede derfor har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede i sin skrivelse af 30. oktober 2003 til klagerens advokat har givet en udførlig beskrivelse af, på hvilke underkriterier klagerens tilbud har fået en bedre henholdsvis ringere vurdering end tilbudet fra J. H. Schultz A/S, at indklagede ikke i henhold til Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, har pligt til i sin begrundelse til tilbudsgivere at afgive yderligere oplysninger, herunder i det konkrete tilfælde ikke har pligt til at oplyse rabatprocenten i det antagne tilbud, at formålet med kravet om begrundelse således alene er at sikre, at tilbudsgivere får mulighed for at kunne vurdere, om der er grundlag for at klage over udbudet, hvilket klageren med den givne begrundelse har fået mulighed for at vurdere, og at indklagede derfor fuldt ud har opfyldt sin pligt til begrundelse efter Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1.

## Ad påstand 2

Klageren har i første række gjort gældende, at klagerens e-mail af 1. oktober 2003 til indklagede opfylder kravet om skriftlighed i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, at indklagede ikke ved sin e-mail af 1. oktober 2003 til klageren har opfyldt sin forpligtelse i henhold til Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, at indklagede – såfremt det antages, at indklagede ved skrivelserne af 16. oktober 2003 eller 30. oktober 2003 har givet fornøden begrundelse – har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, idet de deri foreskrevne oplysninger ikke er givet senest 15 dage efter modtagelsen af klagerens skriftlige anmodning af 1. oktober 2003. Klageren har i anden række gjort gældende, at klageren ved skrivelsen af 13. oktober 2003 anmodede indklagede om at give oplysninger om egenskaberne og de relative fordele ved det antagne tilbud fra J. H. Schultz Information A/S, at indklagede ikke ved skrivelsen af 16. oktober 2003 i tilstrækkeligt omfang har givet disse oplysninger, at indklagede - såfremt det antages, at indklagede ved skrivelsen af 30. oktober 2003 til klagerens advokat i tilstrækkeligt omfang har givet de foreskrevne oplysninger - har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, idet oplysningerne ikke er givet senest 15 dage efter modtagelsen af klagerens skriftlige anmodning af 13. oktober 2003.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens e-mail af 1. oktober 2003 til indklagede ikke opfylder skriftkravet i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, og ikke medførte en pligt for indklagede til at give en begrundelse ud over det anførte i indklagedes svar samme dag, at klageren derfor først ved skrivelsen af 13. oktober 2003, som blev modtaget hos indklagede 14. oktober 2003, anmodede indklagede om at give oplysninger om egenskaberne og de relative fordele ved det antagne tilbud fra J. H. Schultz Information A/S, at indklagede ved skrivelse af 30. oktober 2003 i tilstrækkeligt omfang har opfyldt sin forpligtelse til at afgive sådanne oplysninger, at indklagede derved har overskredet 15-dagesfristen i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, med én dag, at dette dog skal ses i lyset af, at skrivelsen af 30. oktober 2003 indeholdt en supplerende, mere uddybende begrundelse i forhold til begrundelsen i skrivelsen af 16. oktober 2003, og at overskridelsen ikke har haft nogen som helst betydning for sagen.

### Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede, da der under udbudet bl.a. skulle konkurreres på, hvilken rabatsats tilbudsgiverne forventede at opnå hos indklagede, havde en pligt til i særlig høj grad at foretage en grundig beskrivelse af den udbudte ydelse, og at indklagede har tilsidesat sin pligt til at sikre gennemsigtighed under udbudet, idet der i udbudsbetingelserne alene er givet oplysninger om den forventede lagerkapacitet hos tilbudsgiverne, mens selve ydelsen og omfanget af den udbudte ydelse i form af salg og distribution ikke er beskrevet præcist og fyldestgørende.

Indklagede har bestridt, at pligten til at sikre gennemsigtighed under udbudet er tilsidesat, idet udbudsbetingelserne med det dertil hørende kontraksudkast og kontraktsbilag indeholder en udførlig beskrivelse af den udbudte hoveddistributørs opgave, at det er en del af den udbudte ydelses natur, at det ikke kan forudses, hvor mange søkort der fremtidigt vil blive solgt, og at der ikke er noget betænkeligt i, at tilbudsgiverne bl.a. skulle konkurrere på, hvilken rabatsats tilbudsgiverne forventede at opnå hos indklagede, idet den vejledende udsalgspris fastsættes ved bekendtgørelse med hjemmel i lov om Kort- og Matrikelstyrelsen.

### Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagede skulle tildele klagerens tilbud højst mulige pointantal på underkriterium (2) »erfaring med markedet for de omhandlede produkter og distribution af disse«, underkriterium (3) »forsyningssikkerhed« og underkriterium (4) »et net af forhandlere i ind- og udland«, at indklagede i den interne indstilling af 19. september 2003, som klageren ikke har haft fuld indsigt i, må antages at have anvendt underkriterierne på en usaglig måde, idet tilbudet fra J. H. Schultz Information A/S blev tildelt det højeste samlede antal point, at de fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« i øvrigt forudsætter, at tilbudene ikke vurderes objektivt, men på baggrund af et skøn hos indklagede, som efter det oplyste alene har lagt vægt på oplysningerne fra tilbudsgiverne, uden at foretage nogen kontrol af oplysningernes rigtighed, og at indklagede derfor har tilsidesat sin pligt til at sikre gennemsigtighed under udbudet.

Indklagede har bestridt at have tilsidesat sin pligt til at sikre gennemsigtighed under udbudet. Indklagede har ved vurderingen af tilbudene nøje fulgt den fremgangsmåde og det pointsystem, der er beskrevet i udbudsbetingelserne og vægtet underkriterierne som fastsat i udbudsbetingelserne. Pointsystemet sikrer i fornødent omfang en objektiv bedømmelse af tilbudene, idet indklagede naturligvis ved vurdering har adgang til at foretage et skøn, og klageren fik ved denne bedømmelse tildelt det højst mulige pointantal på underkriterium (2) og underkriterium (4) samt tæt på det højst mulige pointantal på underkriterium (3). Klageren har ikke påvist, at der ved evalueringen af klagerens eget eller de øvrige tilbud er begået fejl, som kan begrunde, at det skøn, som indklagede med rette ved evalueringen har udøvet på baggrund af tilbudsgivernes oplysninger i tilbudene, skal tilsidesættes. J. H. Schultz Information A/S havde imidlertid afgivet et tilbud, der var væsentligt bedre end de øvrige tilbud for så vidt angår underkriterium (1) »samlet økonomisk tilbud«, der vægtede 50 %, og denne tilbudsgiver fik derfor sammenlagt tildelt flest point.

#### Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at underkriterium (2) »erfaring med markedet for de omhandlede produkter og distribution af disse« og underkriterium (4) »et net af forhandlere i ind- og udland« ikke er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, men derimod er brugbare ved udvælgelsen de virksomheder, der overordnet er egnede til at udføre den udbudte opgave, at de nævnte underkriterier således indgik eller burde have indgået i indklagedes vurdering af, hvilke virksomheder der skulle prækvalificeres, og at indklagede derved har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved under udbudet at have sammenblandet udvælgelseskriterier og tildelingskriterier.

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes ønske om at bedømme tilbudene ud fra underkriterium (2) »erfaring med markedet for de omhandlede produkter og distribution af disse« og underkriterium (4) »et net af forhandlere i ind- og udland« var båret af et sagligt hensyn til søfartens sikkerhed, som indklagede er forpligtet til at varetage ved sin myndighedsudøvelse og derfor også har pligt til at tage hensyn til ved kontrahering med en privat aktør om løsning af opgaver som den udbudte, at den udbudte opgave kræver stor erfaring som hoveddistributør og evne til at sikre forsyningen, at underkriterium (2) »erfaring med markedet for de omhandlede produkter



og distribution af disse« og underkriterium (4) »et net af forhandlere i ind- og udland« således konkret er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Der er således ikke sket en sammenblanding af udvælgelseskriterier og tildelingskriterier, og indklagede har derfor ikke handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved at fastsætte de nævnte underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

#### Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved beslutningen om, med hvem der skal indgås kontrakt, havde pligt til alene at vurdere tilbudene ud fra de fire underkriterier: underkriterium (1) »samlet økonomisk tilbud (rabatsats)«, underkriterium (2) »erfaring med markedet for de omhandlede produkter og distribution af disse«, underkriterium (3) »forsyningssikkerhed« og underkriterium (4) »et net af forhandlere i ind- og udland«, som var fastsat i udbudsbetingelserne i tilknytning til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«. Indklagede har imidlertid tillige vurderet tilbudene ud fra (5): »tilbudsgivernes egne beskrivelser af, hvordan opgaven vil blive udført«, og (6): »indklagedes vurdering af, om tilbudsgiverne på baggrund af disse beskrivelser ville være i stand til at varetage den udbudte opgave på betryggende vis«. Indklagede har derfor tilsidesat sin pligt til at sikre gennemsigtighed under udbudet.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ved beslutningen om, med hvem der skulle indgås kontrakt, alene har lagt vægt på de fire underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, som var fastsat i udbudsbetingelserne, og at det på denne baggrund kunne konstateres, at tilbudet fra J. H. Schultz Information A/S var det økonomisk mest fordelagtige, at indklagede således ikke ved denne beslutning har lagt vægt på (5): »tilbudsgivernes egne beskrivelser af, hvordan opgaven vil blive udført«, og (6): »indklagedes vurdering af, om tilbudsgiverne på baggrund af disse beskrivelser ville være i stand til at varetage den udbudte opgave på betryggende vis«, og at indklagede således ikke har tilsidesat sin pligt til at sikre gennemsigtighed under udbudet.

#### Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at karakteren af de overtrædelser af Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip, der er

begået af indklagede under udbudet, og det forhold, at klageren allerede dagen efter den 30. september 2003 at have modtaget meddelelse om indklagedes kontraheringsbeslutning, gjorde indsigelse samt løbende har fastholdt indsigelsen, giver grundlag for at annullere beslutningen af 30. september 2003 om at indgå kontrakt med J. H. Schultz Information A/S.

Indklagede har i første række gjort gældende, at der ikke foreligger sådanne særlige omstændigheder, at der er grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med J. H. Schultz Information A/S, idet indklagede højst kan antages at have overtrådt Tjenesteydelsesdirektivet ved at begrunde sin beslutning over for klageren én dag efter udløbet af 15-dagesfristen i artikel 12, stk. 1. I anden række har indklagede gjort gældende, at eventuelle øvrige overtrædelser af Tjenesteydelsesdirektivet og EU-udbudsretlige principper, som Klagenævnet måtte finde, at indklagede har begået, ikke har været af en beskaffenhed, der kan begrunde annulation af indklagedes beslutning om kontrahering. I tredje række er gjort gældende, at der - selv om klageren i øvrigt måtte få medhold i en eller flere påstande - ikke er grundlag for at annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med J. H. Schultz Information A/S, idet kontrakten blev indgået allerede den af 30. september 2003, og samarbejdet med J. H. Schultz Information A/S således for længst er indledt, og idet der forløb mere end 2 måneder fra, at indklagede modtog besked om, at indklagede havde besluttet at indgå kontrakt med J. H. Schultz Information A/S, til klagen blev indbragt for Klagenævnet.

#### Ad spørgsmål 8

Indklagede har i første række gjort gældende, at indklagede under udbudet ikke har valgt frit mellem tilbud med en pointforskel på mindre end 10 % efter evalueringen af tilbudene, således at spørgsmålet konkret ikke er aktuelt. Indklagede har i anden række gjort gældende, at en bemærkning som den, der er gengivet i spørgsmål 8, ikke er i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip, idet indklagede alene derved har sikret sig, at indklagede har kunnet indgå kontrakt med den tilbudsgiver, der uanset evalueringen efter det fastsatte pointsystem reelt havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

### Ad spørgsmål 9

Indklagede har i første række gjort gældende, at indklagede ikke har annulleret udbudet, således at spørgsmålet konkret ikke er aktuelt. Indklagede har i anden række gjort gældende, at en bemærkning som den, der er gengivet i spørgsmål 9, ikke er i strid med Tjenesteydelsesdirektivet, idet det er en naturlig forudsætning, at indklagede alene kunne annullere udbudet, såfremt der var en saglig grund hertil.

### Klagenævnet udtaler:

#### Ad påstand 1

Klageren har som forbigået tilbudsgiver, der har afgivet et antageligt tilbud, i henhold til Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, krav på oplysning om egenskaber og de relative fordele ved det antagne tilbud efter skriftligt at have anmodet herom. Udbyderen skal som minimum oplyse, hvem der er indgået kontrakt med, og hvilke konkrete omstændigheder ved det valgte tilbud der medførte, at dette tilbud blev bedømt som bedre end den pågældende tilbudsgivers eget tilbud. Når tildelingskriteriet er fastsat som »det økonomisk mest fordelagtige bud«, skal udbyderen redegøre for, i forhold til hvilke underkriterier det antagne tilbud er bedre end den pågældende tilbudsgivers eget tilbud. Udbyderen har derimod ikke pligt til at give detaljerede oplysninger om det antagne tilbud og vurderingen af dette.

Indklagede har ved skrivelsen af 16. oktober 2003 til klageren alene oplyst, at valget af tilbudsgiver er sket ved vægtning af tilbudene som anført i udbudsbetingelserne for de fastsatte underkriterier, hvilket ikke opfylder kravet i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1.

Ved skrivelsen af 30. oktober 2003 har indklagede oplyst, at klagerens tilbud klart var bedre end de øvrige tilbud for så vidt angår underkriterium (2) »erfaring med markedet for de omhandlede produkter og distribution af disse«, underkriterium (3) »forsyningssikkerhed«, og underkriterium (4) »et net af forhandlere i ind- og udland«, men at tilbudet fra J. H. Schultz A/S for så vidt angår underkriterium (1) »samlet økonomisk tilbud (rabatsats)«, var væsentligt mere fordelagtigt for indklagede. Det, der er oplyst om un-

derkriterium (4), svarer til, hvad der er anført i grundlaget for indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med J. H. Schultz Information A/S. Dette var imidlertid ikke fuldstændigt overensstemmende med begrundelsen i skrivelsen af 30. oktober 2003, for så vidt angår underkriterium (3) og (4), idet J. H. Schultz Information A/S' tilbud ved pointvægtningen opnåede en bedre placering end de øvrige tilbudsgivere vedrørende underkriterium (3), og ved vægtningen med hensyn til underkriterium (4) alene en minimalt ringere placering i forhold til klagerens tilbud.

Da den begrundelse, indklagede har givet i skrivelsen af 30. oktober 2003, således ikke er fuldt ud korrekt, finder Klagenævnet, at indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1.

Påstanden tages med disse bemærkninger til følge.

#### Ad påstand 2

Da formålet med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, navnlig er at sikre gennemsigtighed under udbudet, kan der alene stilles relativt få krav til tilbudsgiverens skriftlige anmodning om begrundelse. På denne baggrund finder Klagenævnet, at klagerens e-mail af 1. oktober 2003 opfylder skriftkravet i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1. Klageren anmodede ved denne e-mail indklagede om at få oplyst, »hvad der gjorde udslaget i valg af distributør af danske søkort«. Under henvisning til det ovennævnte formål med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, må en sådan generelt formuleret anmodning om en begrundelse for valget af det antagne tilbud udløse en pligt for indklagede til at give oplysninger om egenskaberne og de relative fordele ved det antagne tilbud. Indklagede opfyldte som anført ad påstand 1 objektivt set denne forpligtelse ved sin skrivelse af 30. oktober 2003 til klagerens advokat, det vil sige 29 dage efter modtagelsen af den skriftlige anmodning om begrundelse. Påstanden tages derfor til følge.

#### Ad påstand 3

Klagenævnet finder, at det materiale, som udgør udbudsbetingelserne, indeholder en så tilstrækkeligt præcis og fyldestgørende beskrivelse af den udbudte tjenesteydelse, at der ikke er grundlag for at fastslå, at indklagede på dette punkt har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-

udbudsretlige gennemsigthedsprincip. Påstanden tages derfor ikke til følge.

#### Ad påstand 4

Klagenævnet har - navnlig efter en gennemgang af grundlaget for indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med J. H. Schultz Information A/S - ikke konstateret, at indklagede ved vurderingen af tilbudene har anvendt underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« usagligt eller ukorrekt, herunder ved ikke at tildele klageren maksimumpoint, men 7 point for underkriterium (3) »forsyningsikkerhed«, idet klageren i sit tilbud ikke har givet en egentlig garanti for, at bestilling til som minimum den kommercielle skibsfart modtaget på hverdage inden kl. 10 ekspederes samme dag. Påstanden tages derfor ikke til følge.

#### Ad påstand 5

Ad underkriterium 2:

Det er ikke efter EU-udbudsreglerne udelukket, at et forhold, som i udbudsbekendtgørelsen er fastsat som en kvalifikationsbetingelse ved prækvalifikationen, efter sin beskaffenhed både kan fungere som en minimumsbetingelse, som skal være opfyldt, for at en virksomhed kan prækvalificeres, og tillige i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne kan fastsættes som et af flere underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, således at det efterfølgende lovligt kan anvendes som underkriterium ved beslutningen om, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige. Ved denne vurdering vil der således i højere grad end ved prækvalifikationen, hvor der fastsættes nogle minimumskrav, som virksomhederne skal opfylde for at kunne deltage i udbudet, skulle foretages en differentiering af virksomhederne på baggrund af det pågældende kriterium. Betingelsen er imidlertid, at det pågældende forhold efter sit indhold - ud over at være egnet til at udskille virksomheder, som ikke skal prækvalificeres - på grund af beskaffenheden af den tjenesteydelse, der udbydes, tillige er egnet til at kvalificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Den foreliggende sag vedrører udbud af en tjenesteydelse, som skal præstere over en flerårig periode, og hvor en erfaren medkontrahent vil have stor værdi for indklagede. Tjenesteyderens pålidelighed har således særlig be-

tydning for opgavens udførelse, herunder af hensyn til søfartssikkerheden. Som et blandt flere andre relevante underkriterier kan derfor i den konkrete sag indgå hensynet til, hvor megen relevant erfaring en tilbudsgiver har, uanset at det pågældende underkriterium i almindelighed fremtræder som et udvælgelseskriterium.

Underkriterium (2) »erfaring med markedet for de omhandlede produkter og distribution af disse« findes på denne baggrund i det konkrete tilfælde i sammenhæng med de øvrige underkriterier at være et relevant underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«. Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad underkriterium 4:

Underkriterium (4) »et net af forhandlere i ind- og udland« synes umiddelbart at vedrøre vurderingen af en virksomheds overordnede egnethed til at udføre den udbudte opgave. En sådan vurdering foretages i almindelighed ved udvælgelsen i forbindelse med prækvalifikationen af tilbudsgivere under et begrænset udbud, men som anført ovenfor kan et sådant kriterium i visse tilfælde tillige indgå ved vurderingen af, hvilken tilbudsgiver der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud.

I den aktuelle sag udbydes en tjenesteydelse, som skal præsteres over en flerårig periode, og hvis udførelse nødvendiggør, at indklagedes produkter udbydes af et bredt forhandlernet. Klagenævnet finder derfor, at hensynet til tilbudsgivernes eventuelle net af forhandlere i ind- og udland - i et samspil med andre relevante hensyn - i den aktuelle situation kan indgå som et moment ved vurderingen af, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige. Underkriterium (4) »et net af forhandlere i ind- og udland« findes derfor i det konkrete tilfælde at være et relevant underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«. Påstanden tages herefter ikke til følge.

#### Ad påstand 6

Indklagede har i forbindelse med beslutningen om at indgå kontrakt med J. H. Schultz Information A/S, anført, at tilbudene, ud over at være vurderet ud fra de i udbudsbetingelserne fastsatte underkriterier, tillige er vurderet ud fra (5) »tilbudsgivernes egne beskrivelser af, hvordan opgaven vil blive ud-

ført«, og (6) »indklagedes vurdering af, om tilbudsgiverne på baggrund af disse beskrivelser vil være i stand til at varetage den udbudte opgave på betryggende vis«.

Det fremgår imidlertid af indklagedes evaluering, at tilbudet fra J. H. Schultz Information A/S, på baggrund af hvilket indklagede besluttede at indgå kontrakt, efter tildelingen af point for de underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, der var fastsat i udbudsbetingelserne, og efter vægtningen af disse i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, havde opnået flest point. Klagenævnet finder derfor ikke, at indklagede ved beslutningen om, med hvem der skulle indgås kontrakt, har lagt vægt på andre momenter end de underkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, der var fastsat i udbudsbetingelser, eller at sådanne andre momenter har haft nogen betydning for beslutningen. Påstanden tages derfor ikke til følge.

### Spørgsmål 8

Det følger af Tjenesteydelsesdirektivet, at en udbyders beslutning om, hvilken tilbudsgiver der skal indgås kontrakt med, skal træffes på grundlag af et fastsat tildelingskriterium, samt at det fastsatte tildelingskriterium skal være enten »det økonomisk mest fordelagtige bud« med tilhørende underkriterier, jf. Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, litra a, eller »den laveste pris«, jf. artikel 36, stk. 1, litra b. En udbyder kan herefter hverken forbeholde sig ret til at vælge helt frit mellem de indkomne tilbud eller til at vælge frit mellem tilbud, som efter bedømmelse i overensstemmelse med udbudsbetingelserne vurderes at være tæt på at være det bedste tilbud i henhold til det fastsatte tildelingskriterium, og - hvor tildelingskriteriet er »det økonomisk mest fordelagtige bud« - de fastsatte underkriterier. En udbyder har endvidere pligt til at vurdere tilbudene på baggrund af de evalueringsmodeller, som udbyderen har valgt at offentliggøre i udbudsbetingelserne.

Indklagede har derfor handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i udbudsbetingelserne at have fastsat følgende: »Såfremt der efter evalueringen er en pointforskel på 10 % eller mindre mellem to tilbud, forbeholder KMS sig ret til at vælge frit mellem disse tilbud«.

### Spørgsmål 9

Efter EU-udbudsreglerne kan en udbyder – som også fastslået i flere kendelser fra Klagenævnet for Udbud - alene annullere et udbud, såfremt der er en saglig begrundelse herfor. Indklagede har derfor handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, ved i udbudsbetingelserne at have fastsat følgende: »KMS forbeholder sig ret til at annullere udbudet samt at forkaste de afgivne tilbud«.

### Ad påstand 7

Klagenævnet finder - under hensyn til karakteren af indklagedes overtrædelser af Tjenesteydelsesdirektivet og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip i forbindelse med udbudet - ikke grundlag for annullere indklagedes beslutning af 30. september 2003 om at indgå kontrakt med J. H. Schultz Information A/S. Påstanden tages derfor ikke til følge.

### Herefter bestemmes:

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, ved ikke i tilstrækkeligt omfang til klageren som tilbudsgiver at have givet fuldt ud korrekte og fyldestgørende oplysninger om egenskaberne og de relative fordele ved det antagne tilbud fra J. H. Schultz Information A/S, uanset at klageren skriftligt har anmodet herom.

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 1, ved ikke inden 15 dage efter datoen for modtagelsen af klagerens skriftlige anmodning herom at have givet oplysninger om egenskaberne og de relative fordele ved det antagne tilbud fra J. H. Schultz Information A/S.

Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 1, og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved i udbudsbetingelserne i tilknytning til underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« at have fastsat følgende: »Såfremt der efter evalueringen er en pointforskel på 10 % eller mindre mellem to tilbud, forbeholder KMS sig ret til at vælge frit mellem disse tilbud.«



Indklagede har handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved i udbudsbetingelserne at have fastsat følgende: »KMS forbeholder sig ret til at annullere udbudet samt at forkaste de afgivne tilbud«.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 3 - 7.

Indklagede, Kort- og Matrikelstyrelsen, skal i sagsomkostninger til klageren, Iver C. Weilbach og Co. A/S, betale 20.000 kr., der skal betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Erik Kjærgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach  
kontorfuldmægtig