

Klagenævnet for Udbud
(Nikolaj Aarø-Hansen)

J.nr.: 2015-12298
4. november 2015

NB: Klagen er trukket tilbage efter afsigelsen af denne delkendelse

K E N D E L S E

Q-Free ASA
(advokaterne Peter Stig Jacobsen og Christian Nielsen, København)

mod

Øresundsbro Konsortiet
(advokat Gitte Holtsø, København)

Klagenævnet har den 6. oktober 2015 modtaget en klage fra Q-Free ASA.

Q-Free ASA har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Øresundsbro Konsortiet 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 1-6, supplerende klageskrift, svarskrift med bilag A-G og replik med bilag 7.

Klagens indhold:

Det supplerende klageskrift indeholder følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Øresundsbro Konsortiet har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, og/eller med udbudsdirek-

tivets artikel 53, ved at anvende en evalueringsmodel for underkriteriet pris ("Price"), der var uegnet til at identificere "det økonomisk mest fordelagtige tilbud".

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Øresundsbro Konsortiet har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, og/eller med udbudsdirektivets artikel 53, ved at anvende en evalueringsmodel for de kvalitative kriterier ("Operation", "Product" og "Delivery"), hvorefter tilbuddene blev tildelt point med udgangspunkt i en "middelscore", med den konsekvens, at de var uforholdsmæssigt tilbøjelige til at opnå en score midt på skalaen, hvorefter den i udbudsbetingelserne angivne vægtning af kriterierne blev misvisende.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Øresundsbro Konsortiet har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at tildele Q-Free ASA en score på de kvalitative kriterier ("Operation", "Product" og "Delivery"), der ikke tog tilstrækkelig højde for indholdet af Q-Free ASA's tilbud.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Øresundsbro Konsortiet har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, og/eller med håndhævelseslovens § 2, stk. 2, ved ikke i forbindelse med meddelelsen om udfaldet af udbudsprocessen at give Q-Free ASA oplysning om den vindende tilbudsgivers tilbudspris.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Øresundsbro Konsortiet har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, og/eller håndhævelseslovens § 2, stk. 2, jf. § 3, stk. 1, ved i underretningsbrevet til tilbudsgiverne at oplyse

en forkert klagefrist og/eller ved ikke at angive udløbet af standstill-perioden.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Øresundsbro Konsortiet har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved ikke at anvende de relevante rubrikker i udbudsbekendtgørelsen og/eller ved i udbudsbekendtgørelsen at angive indbyrdes modstridende oplysninger.

Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Øresundsbro Konsortiet har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, og/eller med udbudsdirektivets artikel 48, ved at foretage en subjektiv evaluering af tilbudsgivernes egnethed, selvom der var fastsat mindstekrav herfor.

Påstand 8

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Øresundsbro Konsortiet har handlet i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at anvende et forskelligt lovgrundlag for den indgåede kontrakt, afhængigt af tilbudsgivernes oprindelsesland.

Påstand 9

Klagenævnet for Udbud skal annullere Øresundsbro Konsortiets tildelingsbeslutning af 24. september 2015.

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

Andre oplysninger i sagen:

Øresundsbro Konsortiet iværksatte den 15. april 2015 ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 076-133462 et offentligt udbud efter udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse

af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter) om en kontrakt om et system til blandt andet klassificering og identificering af biler på betalingsveje og et betalingsstationssystem. Tildelingskriteriet var fastsat til ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”.

Udbudsbekendtgørelsens afsnit I (”section”) om ”Contracting authority” var udfyldt med alle underpunkter. Endvidere var størstedelen af udbudsbekendtgørelsens underpunkter i afsnit II om ”Object of the contract” udfyldt frem til og med pkt. II.1.6 samt pkt. II.1.8. Pkt. II.1.5 ”Short description of the contract or purchase” fyldte næsten 2 hele A4-sider. I samme afsnit var det herefter alene pkt. II.3 om ”Duration of the contact or time limit for completion”, der var udfyldt. Ingen af underpunkterne i afsnit III om ”Legal, economic, financial and technical information” var udfyldt.

Den udbudte ydelse var i udbudsbetingelsernes pkt. II.1.5 blandt andet beskrevet således:

”A system that classifies and identifies vehicles, and retrieves payment. Toll station system, including facility/systems for length classification, identification of OBE and vehicle registration numbers, validation of payment means with the buyers Point of Sale (POS) / Enterprise Resource Planning (ERP) system and control of equipment and traffic flows in the toll station. The Delivery is a functionality undertaking of a fully-functional facility part that controls and coordinates flows and processes in the toll station and its subsequent operation, maintenance and development. The performance is planned and executed while the Buyers operation is fully operational.”

Af samme punkt i udbudsbekendtgørelsen fremgik endvidere:

”...
Tenders are submitted in English, Swedish, Danish or Norwegian in combination of these languages.
Evaluation of tenders – Economically most advantageous.
...”

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.3.6 om ”[l]anguage(s) in which tenders or requests to participate may be drawn up” fremgik:

”Danish. English. Swedish.”

Af udbudsbetingelserne fremgik blandt andet:

”1.1.5 What is being sought

The Buyer is seeking a party to solve the Buyer’s needs in the specified area, which encompasses a sizeable object and extensive content.

The Buyer is calling for partnership to solve the Buyer’s needs in vehicle classification and identification system for toll roads, which spans a large variety of technologies and a long time period.

...

1.1.9 What is being offered

The Agreement will afford the Seller a number of advantages such as:

- An infrastructure link that spans two countries with different regulatory frameworks and an exciting workplace whose challenges include the management of skills for it. This experience can also give the Seller competitive advantages for other assignments.

- ...

- Being a Seller to the Buyer normally carries with it a good reputation in the market.

- ...

...

1.2.12 Qualification of tenderers

Before the evaluation, the company is scrutinised to check whether or not it is qualified to take part in the evaluation. The Buyer examines the formal details, financial and economic status, technical ability, capacity and references. The Buyer will also examine the Material so that it does not materially deviate from the instructions or significantly exceed the proposed budget frameworks.

1.2.13 Evaluation of tenders - Economically most advantageous

When evaluating the tenders, the tender which is the most economically advantageous will be accepted. When assessing which tender is the most advantageous, account will be taken of the various questions that are linked to the object for the Agreement (see Weighting report). Economically most advantageous therefore does not refer to the lowest price where the price is the only criteria being evaluated.

The weighting criteria for each part and also between the parts are stated in the appended weighting reports.

The evaluation areas for valuation are:

35 Price

30 Operation - Call off 2

20 Product - Call off 1

15 Delivery - Call off 1

1.2.14 Evaluation model and evaluation questions

The scale below is the one commonly used by the Buyer in its valuation.

100 (10) - Excellent

90 (9) - Very much better than expected

80 (8) - Much better than expected

70 (7) - Better than expected

60 (6) - Slightly better than expected

50 (5) - As expected

40 (4) - Slightly worse than expected

30 (3) - Worse than expected

20 (2) - Much worse than expected

10 (1) - Very much worse than expected (quality shortcomings)

0 - No response

The evaluation questions and their weighting are specified in the appended Weighting report.

The Buyer's evaluation of the Companies' responses to the evaluation questions is based on expected level, added points and subtracted points. The expected level is equivalent to 50 points and constitutes what the Buyer expects. In the valuation, the Buyer starts with the expected level and adds or subtracts points in accordance with what the Buyer deems to be added or subtracted value. The total score increases with each added value that is met and decreases for each part of the response that corresponds to a subtracted value. Added and subtracted points are added together after every question and they are not prioritised in relation to each other.

No response to a question always results in zero (0) points in the valuation. It should be noted that a given response is not necessarily awarded points; a provided response can also be assessed to have zero (0) points.

If there is a minimum requirement, it will be presented.

In addition to the above-mentioned, tenders are also evaluated in relation to the tender request documentation. No relative assessments are made between tenders, each tender is always evaluated individually

against the request documentation. The score that a certain tender receives is therefore arrived at completely independently of the other incoming tenders.

...

2.10.2 Applicable law

Danish law applies for companies domiciled in Denmark, with the exception for the rules governing choice of law. For other companies, Swedish law applies, with the exception for the rules governing choice of law.”

Vedrørende evalueringen af tilbuddene med hensyn til underkriteriet ”pris” fremgik endvidere af udbudsbetingelsernes punkt 2.2.2, at tilbuddene ville blive evaluret på en lineær skala mellem punkterne 28 mio. kr. og 38 mio. kr.

Af punkt 1.3.6 om referencer fremgik, at det var et mindstekrav at tilbudsgiverne oplyste, at de havde haft ”at least two (2) previous assignments of similar nature”.

Af den omtalte ”Weighting report” fremgik blandt andet, at ”Pris” ville veje 35 %, hvoraf ”Evaluation value” vægtede med 31,00 %, mens ”Payment plan call-off 1” vægtede med 4 %. Endvidere var det her gentaget, at evalueringen af prisen i relation til ”Evaluation value” ville ske på en lineær skala mellem 28 mio. kr. og 38 mio. kr.

Øresundsbro Konsortiet havde ved tilbudsfristens udløb den 18. juni 2015 modtaget fire tilbud, fra:

- Q-Free ASA (klageren)
- Kapsch TrafficCom AB
- G.E.A.
- Tecsidel

Q-Free ASA’s tilbud lød på 25.945.410 kr., og det var således lidt mere end 2 mio. kr. billigere end den pris på 28 mio. kr., som Øresundsbro Konsortiet i udbudsbetingelsernes pkt. 2.2.2 havde fastsat ville give det højest opnåelige antal point ved evalueringen.

Den 23. september 2015 meddelte Øresundsbro Konsortiet, at det havde besluttet at tildele ordren til Kapsch TrafficCom AB. Af brevet fremgik endvidere:

” ...

...The so-called standstill period, during which time the contract not be concluded, expires 10 calendar days from the day after the date on which Buyer has sent notification of the award decision.

Limit for lodging appeals is 06/10/2015.

...

3.3.2 General overarching description of characterization of tenders received

...

All evaluated tenderers have submitted tenders indicating companies of high competence, extensive experience, good knowledge of the contract, which gave each tenderer an overall result that exceeded the Buyer's expectations.

...”

Af brevet fremgik blandt andet følgende fordeling af de samlede point:

1.	Kapasch TrafficCom AB	75,79
2.	Q-Free ASA	72,54
3.	Tecsidel	60,47
4.	G.E.A.	57,81

Q-Free ASA opnåede maksimumpoint på den del af priskriteriet, der udgjorde tilbudssummen (”Evaluation value”), dvs. 31 point ud af de 35 point, der var til rådighed for priskriteriet, svarende til 31 % i den samlede evaluering, mens den vindende tilbudsgiver fik 30,86 point under dette kriterium. Meddelelsen indeholdt ikke oplysning om den vindende tilbudsgivers pris.

Den 1. oktober 2015 besvarede Øresundsbro Konsortiet en henvendelse fra Q-Free ASA vedrørende grundlaget for tildelingsbeslutningen. Af de fremsendte spørgsmål fremgik indledningsvis:

”The price is weighed in total 35 %, of which the evaluation value is 31 % and payment plan 4 %. Q-Free is, according to your letter of decision, lowest in price, and weighted with 31 points which is full score for the evaluation value. However, the weighing report attached to the tender document operated with a linear scale of DKK 38.000 000,00 – 28 000 000,00.

Q-Frees price is lower than the linear scale and since Q-Frees price is weighted to 31 points it raises some questions as to how the weighting of the price is done.”

Herefter fremgik følgende svar til de anførte spørgsmål:

Spørgsmål	Svar
”(i) Will any price of DKK 28 000 000,00 and less always be awarded 31 points, meaning there is no credit for offering a lower price than the linear scale? ”	”Correct. ...”
”(ii) Please advice as to how the linear scale for the price is applied with reference to Q-Frees evaluation value and other tenderers evaluation value, especially Kapsch evaluation value.”	<p>”Q-Free’s specified price is outside the range and therefore evaluated in line with the minimum interval lower limit in accordance with the evaluation model, which means that Q-Free has received maximum points for price ... Other tenderers received points after the price relative to the linear scale interval.</p> <p>...</p> <p>Regarding Kapsch TrafficCom’s points in relation to the Q-Free’s it differs 0.14 weighted points equivalent to 0.14 divided by 31, which gives approximately 0.45%. This corresponds in linear scale range to about 45.000DKK.”</p>
”(iii) Further, we request that the evaluation value of Kapsch to be disclosed in order to make the tender decision and award transparent for all tenderers”	”Based on the response to question (ii) above and the information within the decision regarding tendering we hope you find the response to this question.”

Parternes anbringender vedrørende klagens påstand 1

Ad påstand 1

Q-Free ASA har navnlig anført, at den evalueringsmodel, som Øresundsbro Konsortiet anvendte, ikke var egnet til at identificere ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”, idet den ikke kunne tage tilstrækkelig højde for, at tilbuddet fra Q-Free ASA var mere end 2 mio. kr. billigere end tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver. Evalueringen har dermed resulteret i, at den fastsatte vægtning af underkriterierne er blevet tilsidesat. Modellen med en spredning fra 28 mio. kr. til 38 mio. kr. var i øvrigt også uegnet til at bedømme de indkomne tilbud, når der henses til, at disse lå meget tæt mellem 25.945.410 kr. og 29.283.876 kr. Det er i den forbindelse uden betydning, om konsortiet, som følge af at evalueringsmodellen var fastsat i udbudsbetingelserne, ville være afskåret fra at anvende en anden evalueringsmodel, idet dette i stedet burde føre til udbuddets annullation og genudbud af opgaven med en anden evalueringsmodel.

Øresundsbro Konsortiet har navnlig anført, at konsortiet hverken har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudsdirektivets artikel 2, og at det heller ikke har overtrådt bestemmelsen i direktivets artikel 53. Det var i udbudsbetingelserne udtrykkeligt fastsat, at tilbuddene i relation til underkriteriet ”pris” ville blive evalueret på en lineær skala mellem yderpunkterne 28 mio. kr. og 38 mio. kr., og konsortiet var derfor forpligtet til at anvende denne model, uanset om der måtte indkomme tilbud med en højere eller lavere tilbudssum end de angivne punkter. Øresundsbro Konsortiet har ikke overskredet grænserne for det vide skøn, som en ordregiver har ved fastlæggelsen af sin evalueringsmodel, hvorved der både kan lægges vægt på den prisspredning, der på forhånd kan forventes, og på den faktiske prisspredning, og konsortiets model er udarbejdet under medvirken af en sagkyndig med mere end 20 års erfaring i elektroniske bompengesystemer.

Parternes synspunkter vedrørende de øvrige betingelser for at tillægge klagen opsættende virkning

Q-Free ASA har vedrørende betingelsen om ”uopsættelighed” navnlig anført, at selskabet ikke vil kunne blive stillet, som hvis overtrædelsen ikke var sket, medmindre klagen tillægges opsættende virkning. Det forhold, at evalueringsmodellen tilsidesættes, medfører nemlig ikke, at selskabet ville have fået kontrakten, eller at Øresundsbro Konsortiet forpligtes til at opsiges den indgåede aftale. Der er tale om en særdeles betydningsfuld aftale, både for så vidt angår dens direkte økonomiske værdi, og værdien som reference

i fremtidige udbud. Tabet af kontrakten vil dermed ikke være kvantificerbart, men under alle omstændigheder meget betydeligt. En *interesseafvejning* kan ikke føre til et andet resultat, da det ikke fremgår af udbudsmaterialet, at den udbudte kontrakt skulle opfylde et aktuelt og presserende behov hos Øresundsbro Konsortiet, og hensynet til Q-Free ASA vejer derfor tungere end hensynet til Øresundsbro Konsortiets interesse i at underskrive kontrakten.

Øresundsbro Konsortiet har anført, at betingelsen om ”uopsættelighed” ikke er opfyldt. For så vidt angår påstandene 1, 2, 6, 7 og 8 følger dette allerede af, at Q-Free ASA har været bekendt med forholdene, fra kontrakten blev udbudt. Hvis Q-Free ASA får medhold i en eller flere af påstandene, vil der være mulighed for at søge erstatning, og tabet er således ikke uopretteligt. Betingelsen er derfor ikke opfyldt. En *interesseafvejning* taler heller ikke for at tillægge klagen opsættende virkning, idet de fleste påstande angår forhold, der fremgik allerede af udbudsbetingelserne.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

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

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

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (”*fumus boni juris*”). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge uopsættelighed. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.

3. En interesseafvejning skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

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

På den baggrund vurderer klagenævnet sagen således:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("fumus boni juris")

Hvis en ordregiver ønsker at foretage en evaluering ved anvendelse af en bestemt evalueringsmodel, skal ordregiveren i hvert enkelt tilfælde sikre sig, at den påtænkte model konkret er egnet til at bidrage til at identificere "det økonomisk mest fordelagtige tilbud". Det gælder også, selv om ordregiveren – som i denne sag – måtte have fastsat den konkrete evalueringsmodel i udbudsbetingelserne, således at denne også var kendt af tilbudsgiverne på tidspunktet for afgivelsen af tilbud.

Den model, som Øresundsbro Konsortiet fastsatte i udbudsbetingelserne, indebar, at tilbudte priser under det fastsatte prisspænd fra 28 mio. kr. til 38 mio. kr. ville få maksimum point, uanset hvor meget lavere end 28 mio. kr. de var. Baggrunden herfor var, at Øresundsbro Konsortiet forventede, at tilbuddene ville ligge i det anførte interval, og det var ikke i udbudsbetingelserne fastsat, at der for så vidt angår tilbud på under 28 mio. kr. skulle være tale om en form for omvendt licitation.

Tilbuddet fra den vindende tilbudsgiver blev i overensstemmelse med den anførte model tildelt stort set lige så mange point som Q-Free ASA's tilbud, selv om prisforskellen mellem tilbuddene var på mere end 2 mio. kr. og dermed mere end 20 procent af det på forhånd fastsatte interval. Da modellen således ikke har været i stand til at afspejle en betydelig forskel i prisen på de to tilbud, har den ikke været egnet til at bidrage til at identificere "det økonomisk mest fordelagtige tilbud".

På det foreløbigt foreliggende grundlag er der herefter udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Det forhold, at evalueringsmodellen var fastsat i udbudsbetingelserne, og at Øresundsbro Konsortiet på det foreløbigt foreliggende grundlag derfor ikke ville have været berettiget til at anvende en anden evalueringsmodel i forbindelse med evalueringen af tilbuddene, og således var afskåret fra at træffe en lovlige tildelingsbeslutning på grundlag af det iværksatte udbud, kan under de ovenfor anførte omstændigheder ikke føre til et andet resultat.

Betingelsen om ”*fumus boni juris*” er således opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (uopsættelighed)

Klagen angår – i modsætning til det, som Øresundsbro Konsortiet har anført – ikke udbudsbetingelserne. Den overtrædelse, påstanden efter sin ordlyd angår, er konsortiets faktiske anvendelse af evalueringsmodellen, hvilket først kunne konstateres ved konsortiets meddelelse af tildelingsbeslutningen. Q-Free ASA havde således ikke på et tidligere tidspunkt anledning til at indgive klage til klagenævnet. Det forhold, at klagen først er fremkommet efter, at resultatet af udbuddet blev kendt, kan derfor ikke i sig selv føre til, at det er udelukket, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt.

Q-Free ASA's interesse i sagen vil på det foreliggende grundlag og efter det, der er anført vedrørende betingelse nr. 1, ikke kunne godtgøres med erstatning, såfremt Øresundsbro Konsortiet indgår kontrakt med den vindende tilbudsgiver. Klagenævnet har herved lagt vægt på, at der hverken vil være mulighed for at opnå erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse eller negativ kontraktsinteresse. Herefter og efter en samlet vurdering af de foreliggende oplysninger, findes det tilstrækkeligt godtgjort, at Q-Free ASA vil lide et uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Betingelse nr. 2 er således også opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 3 (interesseafvejning)

Efter en samlet vurdering af parternes interesser, således som de er oplyst for klagenævnet, finder nævnet, at også denne betingelse er opfyldt.

Da betingelse nr. 1, 2 og 3 er opfyldt, er betingelserne for opsættende virkning opfyldt.

Klagenævnet tillægger herefter klagen opsættende virkning.

Afgørelsen om opsættende virkning betyder, at Øresundsbro Konsortiet ikke må underskrive kontrakt.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges opsættende virkning.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Johannes Krogsgaard
fuldmægtig