

Udbuddet er efterfølgende annulleret af indklagede og klagen herefter tilbagekaldt, således at delkendelsen er klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Securitas A/S
(advokat René Offersen, København)

mod

Midttrafik I/S
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Klagenævnet har den 27. december 2017 modtaget en klage fra Securitas A/S (herefter ”Securitas”).

Klagen er indgivet i standstill-perioden, jf. § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, hvorfor klagenævnet skal træffe afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger.

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

Midttrafik I/S (herefter ”Midttrafik”) har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har den 2. januar 2018 meddelt Midttrafiks kontraktpart, G4S Security Services A/S (herefter ”G4S”), at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

G4S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 7 og svarskrift med bilag A - E.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder – ud over påstanden om opsættende virkning – følgende påstande:

”Påstand 1:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at have taget G4S Security Services A/S’ tilbud i betragtning, uanset at dette indeholdt forbehold overfor grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, og tilbuddet derfor skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt.

Påstand 2:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at prissætte det grundlæggende forbehold i G4S Security Services A/S’ tilbud, uanset, at forbeholdet ikke kunne prissættes med den fornødne sikkerhed.

Påstand 3:

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved ikke at lade det indgå i den samlede vurdering af G4S’ tilbudte kvalitet, at den af G4S’ forventede effektivitetsgrad og de på baggrund heraf tilbudte priser vurderes urealistiske.

Påstand 4:

Klagenævnet skal på baggrund af de konstaterede udbudsretlige overtrædelser annullere indklagedes tildelingsbeslutning af 15. december 2017, jf. lov om klagenævnet for udbud, § 13, stk. 1, nr. 2.

Påstand 5:

[...]”

Midttrafik har nedlagt påstand om, at Securitas' påstande ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse 2017/S 118-237919 af 20. juni 2017 udbød Midttrafik som udbud med forhandling i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet en kontrakt om billetkontrol i Aarhus Letbane og bybusserne i Aarhus (delaftale 1) og billetkontrol i busser uden for Aarhus samt kvalitetskontroller i busser i hele Midttrafiks område (delaftale 2).

Udbuddet var et genudbud, efter at Midttrafik den 15. juni 2017 havde annulleret et lignende udbud på grund af manglende konkurrence, idet kun ansøgningen fra Securitas blev anset for konditionsmæssig.

Udbudsbekendtgørelsen af 20. juni 2017 indeholdt i afsnit II.1.4) blandt andet følgende:

”Den udbudte kontrakt omfatter 2 delaftaler, og der indgås en samlet kontrakt med en leverandør.

Delaftale 1 omfatter billetkontrol i Aarhus Letbane og bybusserne i Aarhus med udførelse af 10 000 kontroller i Aarhus Letbane og 53 000 kontroller i bybusserne årligt.

Delaftale 2 omfatter billetkontrol i busser uden for Aarhus med udførelse af 6 000 kontroller årligt, samt kvalitetskontroller i busser i hele Midttrafiks område med udførelse af 6 000 kontroller årligt.

..”

Af udbudsbetingelsernes pkt. 10 fremgik, at tildelingskriteriet var ”det bedste forhold mellem pris og kvalitet” på baggrund af underkriterierne ”Pris”, der vægtede 70 %, ”Kvalitet i opgaveudførelsen, herunder samarbejdet med Midttrafik”, der vægtede 15 %, og ”Kompetencer og procedurer”, der vægtede 15 %.

Udbudsbetingelserne indeholdt herudover blandt andet følgende:

”7.4 Tilbuddets udformning

...

Derudover er det et mindstekrav, at tilbudsgiver afgiver priserne ved at udfylde prisbilaget vedlagt udbudsmaterialet.

...

7.4.2 Forbehold og forudsætninger

...

Forbehold i det endelige tilbud

I tilbudsgiverens endelige tilbud efter forhandlingsforløbets afslutning, må der ikke være taget forbehold for grundlæggende elementer i udbuddet. Tilbud indeholdende forbehold for grundlæggende elementer i udbuddet vil blive udelukket.

Ordregiver er berettiget til at afvise tilbud, der indeholder forbehold. Såfremt ordregiver vælger at acceptere et forbehold, vil ordregiver prissætte dette i forbindelse med evalueringen.

...

7.4.3 Pris

Priserne afgives ved at udfylde det til udbudsmaterialet vedlagte prisbilag.

Alle poster på prisbilaget skal være udfyldt i deres helhed.

...

10.2 Pris

Til brug for vurderingen af underkriteriet *Pris* skal tilbudsgivers tilbud vedlægges udfyldt prisbilag, jf. pkt. 7.4.3. Alle delpriser skal angives i prisbilaget.

Pris vurderes på baggrund af den i prisbilaget beregnede *evalueringpris* α .

10.3 Kvalitet i opgaveudførelsen, herunder samarbejdet med Midttrafik

...

10.3.1 Billetkontrol i Aarhus Letbane og bybusserne i Aarhus samt billetkontrol i busser uden for Aarhus

Tilbuddet skal indeholde leverandørens løsningsforslag til, hvordan det sikres, at billetkontrollerne gennemføres i overensstemmelse med de beskrevne krav, samt lever op til det anførte formål. Løsningsforslaget skal tage højde for de forskelle der vil være i opgaveløsningen af billetkontroller i hhv. Aarhus (både letbane og bybusser) og uden for Aarhus. Ved vurderingen af underkriteriet *Kvalitet i opgaveudførelsen, herunder samarbejdet med Midttrafik* vil der særligt blive lagt vægt på følgende forhold (oplistet i prioriteret rækkefølge):

a) Leverandørens oplæg til omtrentlig fordeling af kontroller over driftsdøgnet og -ugen samt året, idet Midttrafik lægger vægt på, at kon-

trolindsatsen er tilrettelagt således, at kunderne på alle tider i driftsdøgnet kan opleve at blive kontrolleret. Derudover skal fordelingen tage højde for lav- og højintensitetsperioder, ligesom der skal tages højde for geografisk fordeling.

b) Leverandørens metode til løbende tilpasning og justering af kontroltrykket, således at det følger passagerstrømmene og potentielle snydeområder.

c) Leverandørens sikring af kvaliteten i de indberettede data og samarbejdet med Midttrafik, herunder opfølgning på kundehenvendelser mm.

10.3.2 Kvalitetskontrol i busser i hele Midttrafiks område

Tilbuddet skal indeholde leverandørens løsningsforslag til, hvordan det sikres, at kvalitetskontrollerne gennemføres i overensstemmelse med de beskrevne krav samt lever op til det anførte formål.

Ved vurderingen af underkriteriet *Kvalitet i opgaveudførelsen, herunder samarbejdet med Midttrafik* vil der særligt blive lagt vægt på følgende forhold (oplistet i prioriteret rækkefølge):

a) Leverandørens metode til at sikre fordelingen af kontrollerne, herunder også at den samme bus ikke kontrolleres flere gange med kort mellemrum.

b) Leverandørens forslag til indsats for at skabe et godt samarbejde med busselskaberne og chaufførerne.

c) Leverandørens sikring af kvaliteten i de indberettede data og samarbejdet med Midttrafik, herunder opfølgning på indberetningerne.

d) Leverandørens forslag til beredskab i forhold til udførelse af opfølgende kontroller mm.

10.4 Kompetencer og procedurer

Ved vurderingen af underkriteriet *Kompetencer og procedurer* skal tilbudsgivers tilbud vedlægges følgende løsningsforslag:

Tilbuddet skal indeholde leverandørens løsningsforslag til, hvordan det sikres, at kontrollørerne har de nødvendige kompetencer og tilgængelige procedurer til at udføre kontrolopgaverne (både billetkontroller og kvalitetskontroller). Tilbuddet skal desuden indeholde en beskrivelse af leverandørens organisation til varetagelse af opgaverne, herunder geografisk stationering af medarbejdere.

...

Ved vurderingen af underkriteriet *Kompetencer og procedurer* vil der særligt blive lagt vægt på følgende forhold (oplistet i prioriteret rækkefølge):

a) Leverandørens tilgang til at sikre ansættelse af kontrollører med de nødvendige faglige og personlige kompetencer, herunder sikring af at kontrollørerne er serviceorienterede, socialt omgængelige, opmærksomme på kundernes behov, har høj stresstærskel, er gode til mundtlig kommunikation samt interkulturel forståelse, og at kontrollørernes udstråling og adfærd bidrager til et trygt og serviceminded miljø i bussen.

b) Leverandørens uddannelsesprogram for kontrollører samt program for vedligeholdelse og videreudvikling af kontrollørernes kompetencer.

c) Leverandørens procedurer for håndtering af hændelser i busserne, herunder kontrollørernes håndtering af konfliktsituationer m.m., samarbejde med chaufføren, politiet eller andre instanser, samt mulighed for at tilkalde hjælp.

d) Leverandørens tilgang til ledelsesmæssig opbakning og tilsyn med kontrolopgaverne. Der lægges herunder vægt på, om leverandøren er ISO 9001:2008 certificeret og arbejdsmiljøcertificeret.

e) Leverandørens sikring af opgavernes udførelse i hele Midttrafiks område.

10.5. Evaluering og behandling af tilbud

...

10.5.2 Underkriteriet Pris

Ved vurderingen af underkriteriet ”*Pris*” vil der også blive anvendt en pointskala fra 0-10. Laveste pris får 10 point, mens laveste pris + 30 % får 0 point. Det enkelte tilbud tildeles point ved en lineær interpolation mellem disse to yderpunkter.

Hvis det faktiske spænd i de indkomne tilbud er større end 30 % anvendes 35 %. Hvis det faktiske spænd er større end 35 % anvendes 40 %. Og så fremdeles i forhold til det faktiske spænd.

Point for ”*Pris*” beregnes på baggrund af den i prisbilaget beregnede *evalueringspris a.*

...”

I kravsspecifikationen pkt. 4 var om kvalitetskontrollen blandt andet anført følgende:

”4. Kvalitetskontrol i busser i hele Midttrafiks område

...

4.1.3. Der skal udføres kvalitetskontrol på ruter i Midttrafiks A-kontrakter. Midttrafik leverer oversigt til leverandøren over de ruter, der skal udføres kvalitetskontrol på.

4.2. Antal kontroller fordeling heraf

4.2.1. Udgangspunktet for kontrakten er, at der skal gennemføres 6.000 kvalitetskontroller om året, hvoraf 300 reserveres til ”opfølgende kontroller”, jf. afsnit. 4.2.5.

4.2.2. Kontrollerne (5.700 stk. årligt) skal overordnet fordeles på busselskaberne i forhold til det enkelte busselskabs andel af den samlede kørselsmængde (målt i antal køre-planimer) i Midttrafiks A-kontrakter.

4.2.3. Derudover skal fordelingen af kontroller ske i forhold til den mængde kørsel (målt på antal køreplantimer), som de enkelte ruter udgør af busselskabets samlede kørsels-mængde i A-kontrakt for Midttrafik. Midttrafik leverer fordelingsoversigt til leverandøren, der er forpligtet til at overholde denne. Fordelingsoversigten opdateres som udgangspunkt en gang pr. køreplanår.

...

4.2.5. Opfølgende kontroller

Som opfølgende kontrol (300 om året), kan Midttrafik anmode leverandøren om at kontrollere et bestemt busselskab/en bestemt bus i forbindelse med opfølgning på en tidligere udført kontrol. En opfølgende kontrol skal være udført senest inden for 5 arbejdsdage.

Opfølgende kontroller kan også omfatte kontrol af et busselskab/en bestemt bus omfattet af en B-kontrakt, forudsat at Midttrafik har forudgående indberetninger om, at busselskabet/bussen ikke overholder B-kontraktens krav.

...

4.4. Procedure

4.4.1. Ved kontrol af en bus, skal kontrolløren identificere sig overfor chaufføren og informere denne om, at der skal udføres kvalitetskontrol.

4.4.2. Kontrollen sker ved gennemgang af de af Midttrafik definerede principper, og hver bus vurderes i forhold her til. Vurderingen indtastes i det system, som Midttrafik stiller til rådighed, jf. pkt. 7. I *Bilag 7 – Spørgeramme for kvalitetskontrol* fremgår den spørgeramme, der pt. anvendes af Midttrafik til kvalitetskontrollerne. Spørgerammen opdateres, såfremt der er behov for det.

4.4.3. Når kontrollen er udført overføres dataene inkl. evt. billeddokumentation til Midttrafik, der varetager den videre bearbejdning og eventuel opfølgning over for busselskabet.

4.4.4. Såfremt datakvaliteten er utilstrækkeligt, således at Midttrafik ikke umiddelbart kan foretage opfølgning overfor busselskabet, modtager leverandøren som udgangspunkt ikke afregning for den udførte kontrol. Se nærmere omkring krav til dokumentation og datakvalitet i Kontrakten afsnit 6.

4.5. Option på tilkøb af kvalitetskontrol på ruter/busser i B-kontrakter

4.5.1. Midttrafik har option på at få udført kvalitetskontrol på ruter/busser i B-kontrakter.

...

4.5.3. Der afregnes for kontrollørens faktiske og dokumenterede tidsforbrug inkl. transporttid til/fra kontrolstedet i henhold til timeprisen jf. bilag 3 i kontrakten (pris-id K.1).

...”

Prisen for de 6.000 kvalitetskontroller, hvoraf de 300 var opfølgende kontroller, skulle oplyses i prisbilaget under ”Pris-id I.1”

Pris-id		Årligt antal kontroller	Pris pr. kontrol inkl. moms	Estimeret årsomsætning
I.1	Kvalitetskontrol i hele Midttrafiks område	6.000		

Endvidere skulle prisen for optionen på kvalitetskontrol på ruter i B-kontrakter oplyses i prisbilaget under ”Pris-id K.1”

Pris-id		Estimeret årligt antal timer	Pris pr. time inkl. moms	Estimeret årsomsætning
K.1	Kvalitetskontrol på ruter i B-kontrakter	50		

Den 8. august 2017 prækvalificerede Midttrafik følgende tre virksomheder: G4S, Nokas Værdihåndtering A/S og Securitas. Nokas Værdihåndtering

A/S trak sig dog den 6. september 2017 fra udbuddet, hvorefter Securitas og G4S indgav tilbud.

Det fremgår af evalueringsrapportens pkt. 6.1, at G4S havde afgivet tilbuddet med den laveste pris og på den baggrund opnåede 10 point på dette kriterium, mens G4S på de kvalitative underkriterier opnåede henholdsvis 7,55 og 7,80 point. Securitas' pris var 12 % højere end G4S', og Securitas blev derfor tildelt 5,27 point på pris ved lineær interpolation. Securitas opnåede herudover henholdsvis 8,44 og 9,10 point på de kvalitative underkriterier. På grund af kriteriernes vægtning førte det samlede resultat til, at G4S samlet opnåede 9,30 point og Securitas 6,32.

Af pkt. 3 i evalueringsrapporten fremgår, at Securitas' tilbud var vurderet konditionsmæssigt. G4S' tilbud blev ligeledes vurderet som konditionsmæssigt, dog efter at der var foretaget en teknisk afklaring. Om denne tekniske afklaring er anført følgende i evalueringsrapportens pkt. 4:

”4. Teknisk afklaring vedr. tilbuddet fra G4S

Midttrafik har gennemført en teknisk afklaring vedrørende tilbuddet fra G4S, idet der var tvivl om, hvorvidt G4S havde inkluderet de 300 opfølgende kvalitetskontroller i prissætningen på de i alt 6.000 kvalitetskontroller, jf. prisbilaget pris-id I.1.

Forudsætningen for de 300 opfølgende kvalitetskontroller var, at disse er omfattet af den samme prissætning som de øvrige 5.700 almindelige kvalitetskontroller, jf. kravspecifikationen afsnit 4.2.1 og 4.2.5.

G4S' tilbud indeholdt følgende passus:

”De opfølgende kontroller er prissat med en timepris i hht. Midttrafiks prisark delaftale 2, og vil ikke påvirke de almindelige kontroller, da vores forretningsmæssige incitament for at løse opgaven er uafhængig af de almindelige kontroller.”

På baggrund af denne passus anmodede Midttrafik den 20. november 2017 G4S om at afklare, hvorvidt de 300 opfølgende kontroller var inkluderet i prissætningen på 6.000 kvalitetskontroller, jf. pris-id I.1 i prisbilaget, jf. nedenstående:

Kære G4S.

På baggrund af gennemgangen af det fremsendte tilbud ønsker Midttrafik at foretage en teknisk afklaring prissætningen af de 300 opfølgende kvalitetskontroller i delaftale 2.

I tilbuddet står der følgende nederst på side 16:

”De opfølgende kontroller er prissat med en timepris i hht. Midttrafiks prisark delaftale 2, og vil ikke påvirke de almindelige kontroller, da vores forretningsmæssige incitament for at løse opgaven er uafhængig af de almindelige kontroller.”

Det fremgår af kravspecifikationen afsnit 4.2.1 og 4.2.5, at de 300 opfølgende kvalitetskontroller indgår i det samlede antal kvalitetskontroller på 6.000 kontroller om året, hvilket også er det antal kvalitetskontroller, der fremgår af prisbilaget, jf. Pris-id I.1.

G4S anmodes derfor om at besvare følgende spørgsmål:

Er de 300 opfølgende kontroller inkluderet i prissætningen på 6.000 kvalitetskontroller, jf. pris-id I.1 i prisbilaget?

Besvarelsen af ovenstående spørgsmål skal være Midttrafik i hænde senest onsdag den 22. november 2017 kl. 14.00.

Spørgsmålet bedes venligst besvares med enten ”ja” eller ”nej”.

G4S fremsendte den 20. november 2017 følgende svar på anmodningen: ”Ja”

Der er således en uoverensstemmelse mellem beskrivelsen i tilbuddet og besvarelsen af den tekniske afklaring.

Midttrafik betragter derfor den pågældende passus i G4S’ tilbud som et forbehold overfor prissætningsmodellen. Forbeholdet er prissat og kapitaliseret i forbindelse med evalueringen af tilbuddet efter følgende principper:

- Ved en prissætning af forbeholdet, vil der skulle trækkes 300 kontroller ud af beregningen på pris-id I.1, således at det kun omfatter 5.700 kontroller.
- Det er Midttrafiks vurdering, at tidsforbruget på at udføre en opfølgende kontrol vil være på max. 3,5 timer inkl. transporttid. G4S har udkørselssteder i [...]. Det er således Midttrafiks vurdering, at transporttiden frem til et hvilket som helst kontrolsted i regionen maksimalt vil være på 1,5 time. Der vil dog være store forskelle i køretiden alt efter, hvor kontrollen faktisk skal udføres. Tidsforbruget til selve kvalitetskontrollen er estimeret til maksimalt 15 minutter.
- Ved en konservativ tilgang lægger vi således til grund, at det gennemsnitlige tidsforbrug for en opfølgende kvalitetskontrol er på 3,5

timer. Vi indregner derfor 1050 timer (300 x 3,5 timer) ud over de i forvejen estimerede antal timer på pris-id K.1, mens vi trækker 300 kontroller ud af pris-id I.1.

...

Den kapitaliserede evalueringssum for G4S udgør således 8.864.496,01 kr., indgår i evalueringen af tilbuddet i stedet for den i prisbilaget anførte evalueringssum på 8.239.797,01 kr.”

Af evalueringsrapportens pkt. 5 om indhentning af supplerende oplysninger fra begge tilbudsgivere fremgår endvidere blandt andet følgende:

”...

I forhold til G4S’ oplyste effektivitetsgrad bemærkes det, at den efter Midttrafiks vurdering er højt sat. Det er derfor Midttrafiks vurdering, at effektiviteten i den faktiske udførelse af billetkontrollerne vil blive lavere, hvilket i givet fald vil kunne få indflydelse på G4S’ fortjeneste på kontrakten. Det er dog Midttrafiks vurdering, at dette ikke vil få indflydelse på kvaliteten i opgaveudførelsen, jf. den beskrevne opgaveløsning i tilbuddet fra G4S.”

Midttrafik meddelte den 15. december 2017, at Midttrafik havde til hensigt at tildele kontrakten til G4S.

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Securitas har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 – 4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt. Overtrædelserne udgør kvalificerede overtrædelser af udbudsreglerne, der har haft afgørende betydning for udbuddets udfald.

Midttrafik har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 – 4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt. Midttrafik har således gennemført et udbud i fuld overensstemmelse med udbudsreglerne, herunder foretaget en korrekt vurdering af tilbuddenes konditionsmæssighed samt en korrekt tilbudsvurdering i overensstemmelse med den offentliggjorte evalueringsmodel. Securitas’ påstande er således grundløse.

Særligt vedrørende påstand 1 har Securitas gjort gældende, at G4S’ tilbud indeholdt et forbehold over for grundlæggende elementer i udbuddet, hvor-

for Midttrafik var forpligtet til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 7.4.2.

Det følger af evalueringsrapportens pkt. 3 og 4, at G4S har taget forbehold for Midttrafiks prissætningsmodel ved at angive en timepris for de 300 opfølgende kontroller, der ifølge kravspecifikationens pkt. 4.2.1 og 4.2.5 skulle have været medregnet i den samlede pris for de i alt 6.000 kvalitetskontroller.

G4S' forbehold indebærer, at der i posten Pris-id I.1 i prisbilaget, hvor der skulle afgives en pris pr. kontrol for i alt 6.000 kontrolbesøg, reelt kun er afgivet pris pr. kontrol for 5.700 kontrolbesøg, mens der for de 300 opfølgende kontrolbesøg er henvist til timeprisen i Pris-id K.1 i prisbilaget. Dette fører til, at mindstekravet i udbudsbetingelsernes pkt. 7.4 og 7.4.3 om, at alle poster i prisbilaget skal være udfyldt "i deres helhed", og at priserne skal afgives ved at udfylde prisbilaget, ikke er overholdt.

Midttrafik er efter udbudsbetingelsernes pkt. 7.4.2 forpligtet til at udelukke endelige tilbud, hvis de indeholder forbehold for grundlæggende elementer. Hvorvidt dette er tilfældet afhænger af en konkret vurdering, men der gælder efter klagenævnets praksis en formodning for, at forbehold vedrørende priselementer vedrører grundlæggende elementer, jf. herved klagenævnets kendelse af 28. januar 2016, J. M. Eriksson mod Aarhus Kommune, hvor et forbehold over for tilbudsprisens sammensætning blev anset for grundlæggende, da forbeholdet dels ville give tilbudsgiveren en likviditetsmæssig fordel, og dels fordi forbeholdet ikke kunne prissættes, da det ikke var muligt at prissætte den likviditetsmæssige fordel, som tilbudsgiveren havde fået i forhold til de øvrige tilbudsgivere ved at fravige kravet. I klagenævnets kendelse af 18. maj 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen, fandt Klagenævnet, at det udgjorde et grundlæggende forbehold, at den vindende tilbudsgiver i tilbudslisten havde anført specifikke mængder ud for en post i tilbudslisten vedrørende "fuger", selvom der var efterspurgt en samlet pris. Baggrunden herfor var, at ordregiver udtrykkeligt havde fastsat i udbudsmaterialet, at ordregiveren ikke ønskede at bære risikoen for kalkulationen af de rette mængder af fuger.

Det udgør på samme måde som i ovennævnte kendelser et grundlæggende forbehold, at G4S ikke har afgivet en samlet pris for udførelsen af de 6.000 kvalitetskontroller, men i stedet har tilbudt en timepris for de 300 opfølgen-

de kontrolbesøg. Denne afvigelse er ikke uvæsentlig, da det ikke er muligt præcist at fastslå det eksakte tidsforbrug forbundet med udførelsen af de opfølgende kontrolbesøg. Ordregiver har som i kendelsen af 18. maj 2015 ikke ønsket at bære risikoen for denne usikkerhed og har derfor anmodet tilbudsgiverne om at tilbyde en fast pris pr. kontrolbesøg.

G4S opnår ved forbeholdet en fordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere, da risikoen for timeforbruget føres tilbage på Midttrafik for så vidt angår de opfølgende kontrolbesøg. G4S kan således tilbyde en lav pris ved tilbudsafgivelsen, men vil – såfremt tidsforbruget for de opfølgende kontrolbesøg viser sig højt – reelt kunne ende med et markant højere samlet vederlag, da G4S' model lægger op til afregning for det faktiske timeforbrug. Som i kendelsen af 18. maj 2015 må det udgøre et grundlæggende forbehold, når en tilbudsgiver undlader at oplyse en samlet pris som ønsket af ordregiver og i stedet lægger op til en alternativ afregningsmetode.

At forbeholdet er grundlæggende understreges yderligere af, at forbeholdet som i kendelsen af 28. januar 2016 ikke kan prissættes med den fornødne sikkerhed, jf. også påstand 2 nedenfor. Det følger af klagenævnets praksis, at forbehold anses for grundlæggende, allerede fordi de ikke kan prissættes, jf. blandt andet kendelse af 19. april 2016, Zöllner A/S mod Hundested Havn, kendelse af 3. juni 2014, Danstruct A/S mod Aarhus Universitet, og kendelse af 26. maj 2009, Oberthur Technologies Denmark A/S mod Region Nordjylland.

Særligt vedrørende påstand 1 har Midttrafik gjort gældende, at der ikke er tale om, at G4S har taget et forbehold for et grundlæggende element i udbudsmaterialet, hvorfor Securitas' påstand 1 ikke skal tages til følge.

Det er ikke ganske klart, om G4S ved den passus, som var anført i selskabets tilbud, og som førte til, at Midttrafik foretog en teknisk afklaring, har taget forbehold om, at de 300 opfølgende kontroller vil blive *afregnet* i henhold til den tilbudte timepris, jf. optionen i pris-id K.1, eller om der blot er tale om en oplysning om, at G4S ved beregningen af enhedsprisen for en gennemsnitlig kvalitetskontrol iht. pris-id I.1 har *prissat* de opfølgende kontroller på en anden måde end de almindelige kvalitetskontroller.

Henset til G4S' beskrivelse af løsningen af opgaven med udførelse af opfølgende kontroller i tilbuddet, der beskriver opgaven med kvalitetskontrol-

ler og opfølgende kontroller som én samlet opgave, der skal koordineres, samt henset til det forhold, at G4S i sin tilbudsblanket udtrykkeligt har erklæret, at G4S ikke har taget forbehold i sit tilbud, taler mest dog for, at der ikke er tale om et forbehold.

Med henblik på utvivlsomt at kunne fastholde G4S på den naturlige forståelse af selskabets tilbud, såfremt G4S skulle blive vinder af udbuddet, iværksatte Midttrafik dog for en god ordens skyld en teknisk afklaring af forholdet. Som det fremgår af evalueringsrapporten, bekræftede G4S ved denne tekniske afklaring, at de 300 opfølgende kvalitetskontroller var inkluderet i prissætningen af de 6.000 kvalitetskontroller i pris-id I.1.

På denne baggrund var tilbuddet fra G4S ikke behæftet med et forbehold over for udbudsmaterialet, hvorfor Securitas' påstand 1 allerede af denne grund ikke skal tages til følge.

Som det fremgår af evalueringsrapporten, valgte Midttrafik imidlertid rent udbudsteknisk at anse tilbuddet som behæftet med et forbehold. Herved udelukkede Midttrafik enhver risiko for, at G4S ville opnå en konkurrencefordel som følge af selskabets utilsigtede uklare formulering i tilbuddet.

Hvis G4S' tilbud anses for at indeholde et forbehold, er der tale om et forbehold over for et ikke-grundlæggende element i udbudsmaterialet, og forbeholdet kunne prissættes og er prissat korrekt.

Såfremt G4S' tilbud udlægges som indeholdende en anden pris på de 300 opfølgende kontrolbesøg end de 5.700 "almindelige" kvalitetskontroller, som i udbudsmaterialet var forudsat at være sammenfaldende, er der tale om et forbehold for ydelsen omfattet af pris-id I.1.

Der er derimod *ikke* tale om, at tilbuddet fra G4S ikke skulle opfylde udbudsbetingelsernes mindstekrav om, at tilbudsgiverne skulle anvende prisbilaget ved udfyldelse af priser, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 7.4, idet G4S utvivlsomt *har* udfyldt prisbilaget og herunder også har afgivet en pris pr. gennemført kontrol i henhold til pris-id I.1. Securitas' anbringender i denne henseende må derfor afvises. Idet der *ikke* i pris-id I.1 efterspørges en samlet pris for gennemførelse af 6.000 kontrolbesøg, som forudsat i klageskriftet, men derimod alene en pris pr. kontrol, har G4S ved oplysningen af denne pris pr. kontrol utvivlsomt også udfyldt prisbilaget "i sin helhed".

Til støtte for, at forbeholdet i G4S' tilbud ikke relaterer sig til et grundlæggende element i udbudsmaterialet, har Midttrafik henvist til forarbejderne til udbudsloven § 2, der vedrører grundlæggende udbudsretlige principper, og som derfor også er anvendelige i forhold til et udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

De opfølgende kontroller omfattet af pris-id I.1 har utvivlsomt – og ubestridt – ikke været afgørende for tilbudsgivernes interesse i at deltage i udbuddet, og henset til at forbeholdet kan prissættes, jf. nærmere nedenfor ad påstand 2, hvorved enhver risiko for en konkurrenceforvridning elimineres, er forbeholdet dermed heller ikke relateret til et grundlæggende element i udbuddet.

De opfølgende kontroller var ikke defineret som et mindstekrav i udbudsmaterialet, hvilket støtter, at der ikke er tale om et forbehold vedrørende et grundlæggende element.

Der kan ikke opstilles en generel formodning for, at forbehold, der påvirker priselementer, skulle vedrøre et grundlæggende element i udbuddet, idet dette afhænger af omstændighederne under det konkrete udbud samt muligheden for prissætning af forbeholdet, jf. herved klagenævnets kendelse af 9. december 2016, TL Byg A/S mod Region Midtjylland, hvor klagenævnet fandt, at et forbehold for et priselement *ikke* konkret udgjorde et forbehold for et grundlæggende element. Klagenævnet lagde i denne forbindelse vægt på, at forbeholdet ikke angik antallet af ydelser (døre), der skulle leveres, dels at forbeholdet alene omfattede en mindre del af den samlede, udbudte entreprise. Begge disse forhold gør sig også gældende i det konkrete udbud, hvor det tagne forbehold tilsvarende ikke relaterer sig til indholdet og omfanget af den udbudte ydelse, idet G4S ikke tager forbehold om ikke at levere de 300 opfølgende kontrolbesøg, idet G4S har oplyst den timepris, som de opfølgende kontrolbesøg vil blive afregnet til, og idet de omstridte 300 opfølgende kontrolbesøg alene udgør en forsvindende lille del af den samlede udbudte ydelse. Ydelsen relateret til de 300 opfølgende kontrolbesøg er således ikke konkret udtryk for et grundlæggende element i det omtvistede udbud.

De klagenævnskendelser, som Securitas har påberåbt sig, ændrer ikke herpå. Kendelserne illustrerer med al tydelighed, at det er et helt afgørende

element i vurderingen af, om et forbehold kan accepteres, hvorvidt forbeholdet kan prissættes. Det er således netop ved prissætningen, at der kan sikres en eliminering af den konkurrencefordel, som forbeholdet måtte have givet den pågældende tilbudsgiver.

Som det fremgår nedenfor ad påstand 2, *kan* det af G4S forudsatte forbehold imidlertid prissættes på den fornødne objektive måde og under overholdelse af et forsigtighedsprincip, således at prissætningen foreligger med en meget stor sikkerhed.

Særligt vedrørende påstand 2 har Securitas gjort gældende, at det følger af praksis, at forbehold over for grundlæggende elementer ikke må accepteres, uanset om de kan prissættes på en objektiv og saglig måde, jf. U 2011.1955 H, klagenævnets kendelse af 5. maj 2011, Dansk Halbyggeri A/S mod Aalborg Kommune, og U 2014.975 V. Allerede derfor var Midttrafik ikke berettiget til at prissætte forbeholdet, og Midttrafik skulle have afvist G4S' tilbud som ukonditionsmæssigt.

Det bestrides endvidere, at forbeholdet kunne prissættes med den fornødne sikkerhed, som kræves efter praksis. Midttrafik har estimeret, at G4S kan gennemføre en opfølgende kontrol på maksimalt 3,5 time inkl. transporttid. Der er dog intet belæg for dette estimat, og det kan reelt vise sig, at G4S ender med at bruge langt mere tid på udførelsen af kontrolbesøgene.

Midttrafik har i prisbilaget konsekvent lagt op til, at kontrolbesøg skal afregnes med en fast pris pr. kontrol. Dette må være udtryk for, at Midttrafik ikke med den fornødne sikkerhed kan estimere, hvor lang tid et kontrolbesøg vil tage, eller at dette kan variere meget. Midttrafik ønsker ikke at bære denne økonomiske risiko og har derfor bedt om en fast pris, så det bliver Midttrafik underordnet, hvor lang tid et kontrolbesøg tager at gennemføre.

Hvis G4S' oplæg – hvorefter de opfølgende kontrolbesøg faktureres efter faktisk medgået tid – accepteres, opnår G4S således en væsentlig fordel ved, at G4S kan oplyse en lav timepris og føre risikoen for, hvor meget tid der skal bruges, tilbage på Midttrafik.

Det er ikke muligt at fastsætte præcist, hvor lang tid det vil tage at udføre de 300 opfølgende kontrolbesøg. Da Midttrafik således ikke med fuldstændig

sikkerhed kan udjævne den konkurrencefordel, som G4S opnår i forhold til Securitas ved prissætningen, kan forbeholdet ikke prissættes.

Midttrafik har således været uberettiget til at prissætte forbeholdet, og tilbuddet skulle i stedet have været afvist som ukonditionsmæssigt, jf. påstand 1 ovenfor.

Særligt vedrørende påstand 2 har Midttrafik gjort gældende, at der – som redegjort for ovenfor ad påstand 1 – ikke er tale om et forbehold for et grundlæggende element, og det bestrides derfor, at Midttrafik har været uberettiget til at prissætte forbeholdet i G4S' tilbud.

Prissætningen af forbeholdet har været såvel objektiv som saglig og er sket med den efter praksis krævede høje grad af sikkerhed for, at den fordel, som G4S måtte have opnået som følge af forbeholdet, er fuldt ud udlignet.

Midttrafik har i evalueringsrapporten redegjort for, hvordan forbeholdet er prissat, herunder beskrevet, at tidsforbruget til at gennemføre en opfølgende kontrol er kapitaliseret til 3,5 time inkl. transporttid, idet transporttiden for G4S til et hvilket som helst kontrolsted i regionen maksimalt vil være 1,5 time hver vej, og idet selve kvalitetskontrollen er estimeret til at tage maksimalt 15 minutter. Ved et maksimalt tidsforbrug til at gennemføre et kontrolbesøg vil der således være tale om et tidsforbrug på 3 timer og 15 minutter. Som det allerede fremgår heraf, er der således ved en kapitalisering ud fra et gennemsnitligt tidsforbrug på 3,5 time tale om et meget konservativt skøn over tidsforbruget til at gennemføre en opfølgende kontrol. Securitas begrunder heller ikke nærmere, hvori usikkerheden i Midttrafiks prissætning skulle bestå, men fremkommer blot med en udokumenteret påstand om, at der ikke er noget belæg for Midttrafiks skøn.

G4S har udkørselssteder i Aarhus, Grenaa, Randers, Struer, Horsens og Østbirk, hvilket er baggrunden for Midttrafiks vurdering af, at det er muligt at nå ud til enhver busrute i Midttrafiks område inden for en maksimal køretid på 1,5 time. Dertil kommer, at Midttrafiks busruter har langt den største koncentration i den østlige del af regionen, både hvad angår antal ruter og antallet af køreplantimer pr. rute. Kvalitetskontrollerne fordeles på Midttrafiks busselskaber efter busselskabernes andel af den samlede kørselsmængde (målt i køreplantimer pr. år). Dernæst fordeles det enkelte busselskabs kvalitetskontroller på de ruter, som busselskabet kører på, efter de enkelte

ruters samlede kørselsmængde, jf. kravspecifikationen afsnit 4.2.2-4.2.3. Dermed vil langt størsteparten af kvalitetskontrollerne inkl. de opfølgende kontroller skulle udføres i den østlige del af regionen, hvor G4S' koncentration af udkørselssteder er størst, og hvor G4S dermed vil have en gennemsnitligt meget kortere transporttid end den kapitaliserede transporttid på 1,5 time hver vej.

For så vidt angår selve kvalitetskontrollen, som skal gennemføres efter den metode, som Midttrafik foreskriver, jf. kravspecifikationens pkt. 4.4, er denne kapitaliseret til at tage 10-15 minutter at gennemføre. En opfølgende kvalitetskontrol, hvor der alene skal følges op på en forudgående kvalitetskontrol, vil højst sandsynligt tage kortere tid, idet alene de forhold, som bussen tidligere har fået anmærkninger på, skal kontrolleres.

Som det fremgår af ovenstående, er der gennemført en prissætning, som er meget konservativ selv i forhold til det maksimale tidsforbrug, der objektivt konstaterbart vil være behov for til at gennemføre opgaven med en opfølgende kontrol.

Uanset at der, som angivet af Securitas, vil være tale om et varierende tidsforbrug til gennemførelse af et kontrolbesøg, har Midttrafik således taget højde herfor i sin kapitalisering, idet kapitaliseringen er baseret på et maksimalt tidsforbrug. Der består dermed efter denne kapitalisering ikke nogen økonomisk risiko for Midttrafik i relation til gennemførelsen af kontrolbesøgene, og enhver potentiel konkurrencefordel for G4S vil tilsvarende være udjævnet.

Selv med en endnu mere konservativ prissætning af forbeholdet, f.eks. en prissætning ud fra en forudsætning om 7 timer til gennemførelse af en opfølgende kontrol (svarende til det dobbelte af det maksimale tidsforbrug), ville G4S fortsat stå som vinder af udbuddet. Med en ændring af kapitaliseringen til 7 timer for en opfølgende kontrol, ville evalueringssummen for G4S således beløbe sig til 9.514.845,01 kr., og G4S ville dermed også fortsat opnå 10 point på priskriteriet, mens Securitas ville opnå 7,87 point. Med indregning af de øvrige underkriteriers vægtning ville dette føre til det samlede resultat, at G4S ville opnå 9,30 point, og Securitas ville opnå 8,14 point. Selv med disse helt urealistiske forudsætninger for prissætningen ville G4S således fortsat stå som vinder af udbuddet.

Den foretagne kapitalisering af G4S' forbehold dækker med sikkerhed eller i hvert fald med en høj grad af sikkerhed den tillægsbetaling, som forbeholdet ville kunne indebære for Midttrafik, hvorved kravet til kapitalisering, som dette er opstillet af Højesteret i U 2011.1955 H, er opfyldt.

Securitas' påstand 2 skal derfor ikke tages til følge.

Særligt vedrørende påstand 3 har Securitas gjort gældende, at Midttrafik i strid med ligebehandlingsprincippet har undladt at lade det komme G4S til skade ved evalueringen, at G4S' tilbudte priser synes for lave henset til selskabets overestimerede effektivitetsgrad, hvilket medfører en væsentlig risiko for, at G4S ikke vil være i stand til at leve op til sit tilbud og potentielt vil komme til at misligholde kontrakten.

Det bestrides, at der ikke er en naturlig sammenhæng mellem den tilbudte pris og den faktiske kvalitet, der leveres.

Securitas, der er Midttrafiks nuværende leverandør og derfor driftsoptimeret, tilbød en pris, der var 12 % højere end G4S, men scorede samtidig meget højt på de to kvalitetsparametre, henholdsvis 8,44 og 9,10 point. Det synes således urealistisk, at kvaliteten hos en ny leverandør som G4S ikke skulle blive påvirket, når der er tilbudt en væsentlig lavere pris end fra den nuværende leverandør, og når Midttrafik selv vurderer, at den oplyste effektivitetsgrad synes urealistisk.

Særligt vedrørende påstand 3 har Midttrafik gjort gældende, at Midttrafik efter klar og fast klagenævnspraksis er bundet af det tildelingskriterium og de underkriterier hertil, der er oplyst i udbudsbetingelserne.

Midttrafik har i pkt. 10 i udbudsbetingelserne beskrevet sit tildelingskriterium, der omfatter følgende to kvalitative underkriterier: "Kvalitet i opgaveløsningen, herunder samarbejdet med Midttrafik" og "Kompetencer og procedurer". Indholdet af disse underkriterier er meget udførligt beskrevet i udbudsbetingelsernes pkt. 10.3 og pkt. 10.4, og de beskrevne kvalitetskriterier levner ikke rum for, at der ved den kvalitative vurdering af tilbuddene kan inddrages den tilbudte effektivitetsgrad. Det er derfor heller ikke i strid med hverken ligebehandlings- eller gennemsigtighedsprincippet, at Midttrafik *ikke* har inddraget dette forhold i sin kvalitative vurdering af tilbuddene. Tværtimod ville det have været i strid med disse principper, hvis Midttrafik

i strid med de beskrevne underkriterier havde inddraget effektivitetsprincippet i vurderingen.

Den kvalitetsforskel, som Securitas argumenterer for, at der nødvendigvis må være mellem tilbuddet fra Securitas som eksisterende leverandør og G4S som ny leverandør som følge af prisforskellen på 12% *er* i øvrigt kommet til udtryk i den kvalitative vurdering. Som det fremgår af evalueringsrapportens pkt. 6.1 opnåede Securitas således flere point end G4S på begge de kvalitative underkriterier. I udbuddet, hvor prisen vægtede 70%, var denne bedre kvalitet imidlertid blot ikke tilstrækkelig til at veje op for den højere pris.

Securitas' påstand 3 skal allerede på denne baggrund ikke tages til følge.

Midttrafik har endvidere anført, at Securitas' anbringender til støtte for påstand 3 i øvrigt ikke synes at støtte snævert op om den nedlagte påstand, men i højere grad angår spørgsmålet om, hvorvidt G4S' tilbud har været urealistisk lavt. Midttrafik har anført, at selskabet for en god ordens skyld overordnet vil imødegå også disse anbringender i sagen.

Midttrafik har herefter anført, at Midttrafik indhentede oplysninger om blandt andet tilbudsgivernes omkostningsstruktur for billetkontrollerne omfattet af delaftale 1 (i Aarhus Kommune) og herunder effektivitetsgrad med henblik på at vurdere, hvorvidt tilbuddene var realistiske. Det var – som det også fremgår af evalueringsrapporten – Midttrafiks vurdering, at G4S' effektivitetsgrad var højt sat, hvorfor Midttrafik foretog en vurdering af, hvor sårbar G4S' prissætning var, såfremt den oplyste effektivitetsgrad ikke kunne realiseres. Det var ved denne vurdering det gennemgående billede, at G4S skulle realisere cirka halvdelen af det antal kontroller, der var oplyst, for at realisere en omsætning, der kunne dække G4S' direkte omkostninger til kontrollørernes lønninger.

Vurderingen blev foretaget på baggrund af den forventelige lønindkomst for kontrollørerne på baggrund af brancheoverenskomsten for vagtselskaber. Det var Midttrafiks vurdering, at G4S på baggrund af den foretagne sårbarhedsberegning med sikkerhed ville kunne opnå en effektivitetsgrad, der sikrede selskabet dækning for dets direkte omkostninger til kontrollører.

Hertil kommer, at der i afregningsmodellen også indgik et fast beløb til dækning af leverandørens faste omkostninger, herunder til ledelse, administration, uddannelse, materiel mm. (Pris-id A.1). På denne post lå G4S' tilbud på 66.578,88 kr./måned væsentligt over tilbuddet fra Securitas, der lød på 43.125,00 kr./måned, og denne forskel understøtter således også rentabiliteten i tilbuddet fra G4S.

Uanset at den af G4S oplyste effektivitetsgrad vurderedes at være højt sat, var der således på baggrund af de modtagne tilbud ikke grundlag for at antage, at G4S ikke, såfremt selskabet fik tildelt kontrakten, ville udføre den udbudte opgave i overensstemmelse med Midttrafiks krav hertil, ligesom der heller ikke var grundlag for at antage, at kontrakten ville være tabsgivende for G4S.

Der er således heller ikke med støtte i Securitas' anbringender i relation til rentabiliteten af G4S' tilbud grundlag for at konstatere en tilsidesættelse af ligebehandlings- eller gennemsigtighedsprincippet.

Særligt vedrørende påstand 4 har Securitas gjort gældende, at de i påstand 1-3 anførte overtrædelser af udbudsreglerne er så væsentlige, at tildelingsbeslutningen af 15. december 2017 skal annulleres.

Det afgørende for, om der i en sag som denne skal ske annulation af tildelingsbeslutningen, er, om der er en vis sandsynlighed for, at overtrædelsen af udbudsreglerne har haft betydning for udbuddets udfald.

Da tilbuddet fra G4S indeholder forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, som ikke kan prissættes, jf. påstand 1-2, var Midttrafik forpligtet til at afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt, jf. fast praksis samt udbudsbetingelsernes pkt. 7.4.2. Overtrædelsen har således haft betydning for udbuddets udfald, da Midttrafik – såfremt G4S' tilbud korrekt var blevet afvist – enten ville have tildelt kontrakten til Securitas eller have annulleret udbuddet.

Det er således alene Midttrafiks overtrædelser, der har ført til, at Securitas enten ikke er blevet tildelt kontrakten eller fortsat har mulighed for at deltage i konkurrencen om denne i et nyt udbud. Midttrafiks beslutning om at tildele kontrakten til G4S skal derfor annulleres, jf. klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 2.

Særligt vedrørende påstand 4 har Midttrafik med henvisning til det, der er anført vedrørende påstand 1-3, gjort gældende, at Midttrafiks gennemførelse af udbuddet, herunder vurderingen af konditionsmæssigheden af tilbudet fra G4S, i det hele er sket i overensstemmelse med reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvorfor Securitas' påstand 4 ikke skal tages til følge.

Hvis klagenævnet måtte finde, at Midttrafik ikke har prissat det af G4S tagne forbehold tilstrækkeligt konservativt, har denne tilsidesættelse af udbudsreglerne ikke har haft nogen konkret betydning for udfaldet af udbuddet. Som det fremgår ovenfor ad påstand 2, var der således rum for en meget stor kapitalisering af G4S' forbehold, uden at dette påvirkede resultatet af udbuddet, og selv med en kapitalisering på det dobbelte af det anslåede maksimale tidsforbrug, stod G4S fortsat som klar vinder af udbuddet.

Også som følge heraf skal Securitas ikke have medhold i påstand 4.

Ad uopsættelighed

Securitas har gjort gældende, at det var en klar fejl, at Midttrafik ikke afviste G4S' tilbud som ukonditionsmæssigt, da det åbenlyst vedrører grundlæggende elementer i tilbuddet, og da forholdet i sin natur ikke kunne prissættes med fornøden præcision til, at den konkurrencemæssige og økonomiske fordel, som G4S opnåede ved forbeholdet, blev udlignet i forhold til Securitas. Klagenævnet skal derfor allerede på baggrund af det, der er anført under "fumus boni juris", tillægge klagen opsættende virkning uden at stille særlige krav til uopsættelighed.

Midttrafik har gjort gældende, at det påhviler Securitas at godtgøre, at selskabet vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Securitas har ikke på nogen måde dokumentet, at selskabet vil kunne lide et alvorligt og uopretteligt tab, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning. Et økonomisk tab anses i praksis ikke for et uopretteligt tab, hvis der senere kan betales erstatning for tabet, og der er heller ikke i den konkrete sag forhold, der taler for, at en manglende tildeling af kontrakten skulle true Securitas' eksistens eller i øvrigt ændre selskabets markedsposition på uoprettelig vis.

Der er derfor intet, der taler for, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt.

Ad interesseafvejning

Securitas har gjort gældende, at parterne har en fælles interesse i, at klagenævnet tager stilling til spørgsmålet om *fumus boni juris*. En stillingtagen hertil vil uanset konklusionen kunne være medvirkende til at løse tvisten på et tidligt tidspunkt.

Midttrafik har gjort gældende, at det påhviler Securitas at godtgøre sin interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning. Securitas har imidlertid intet anført til støtte for sin interesse heri, hvorfor denne bevisbyrde i sagens natur ikke er løftet. Heroverfor står Midttrafiks stærke interesse i at sikre kontraktstart som planlagt i marts 2018.

Klagenævnet udtaler:

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

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

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

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

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

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Ad betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*")

En tilbudsgiver bærer risikoen for uklarheder i sit tilbud, og hvis et tilbud indeholder en tvetydig angivelse, der både kan forstås som et forbehold og ikke som et forbehold, må angivelsen anses for et forbehold.

G4S' tilbud var uklart med hensyn til, om de 300 opfølgende kvalitetskontroller var inkluderet i prissætningen af de 6.000 kvalitetskontroller i pris-id I.1, og tilbuddet indeholdt således – som også lagt til grund af Midttrafik i forbindelse med evalueringen – et forbehold.

En ordregiver har pligt til at afvise et tilbud som ukonditionsmæssigt, hvis tilbuddet indeholder forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Om et element er grundlæggende, afhænger af en konkret vurdering. Hvis forbeholdet efter en konkret vurdering ikke kan karakteriseres som et forbehold over for et grundlæggende element i udbudsmaterialet, skal forbeholdet kunne prissættes med en sikkerhed eller en høj grad af sikkerhed, der dækker den tillægsbetaling, som forbeholdet vil indebære for ordregiveren.

G4S' forbehold indebærer, at der i posten Pris-id I.1 i prisbilaget, hvor der skulle afgives en pris pr. kontrol for i alt 6.000 kontrolbesøg, reelt kun er afgivet pris pr. kontrol for 5.700 kontrolbesøg, mens der for de 300 opfølgende kontrolbesøg er henvist til timeprisen i Pris-id K.1 i prisbilaget. Forbeholdet indebærer, at G4S's risiko for en ikke uvæsentlig del af prisen overføres til Midttrafik. Uanset at Midttrafik angiveligt har foretaget en konservativ prissætning af forbeholdet, er der tale om prissætning af en risiko og ikke den faste pris, som kræves efter udbudsbetingelserne. Et sådant forbehold vedrørende metoden for prisfastsættelsen på et ikke uvæsentligt

punkt må anses for at udgøre et forbehold over for et grundlæggende element.

Da et tilbud med forbehold over for et grundlæggende element ikke må tages i betragtning, er det på det foreliggende grundlag klagenævnets vurdering, at tilbuddet fra G4S var ukonditionsmæssigt og skulle have været afvist.

Der er herefter udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge. På denne baggrund er der ikke anledning til at tage stilling til påstand 2.

Udbudsbetingelsernes pkt. 10 indeholder en beskrivelse af tildelingskriteriet, herunder de to kvalitative underkriterier, ”Kvalitet i opgaveløsningen, herunder samarbejdet med Midttrafik” (pkt. 10.3), og ”Kompetencer og procedurer” (pkt. 10.4). Det fremgår ikke af beskrivelsen af disse kriterier, at der ved evalueringen vil blive lagt vægt på oplysninger om effektivitetsgrad. En ordregiver er uberettiget til at ændre de principper for evalueringen, som er tilkendegivet i udbudsmaterialet, og der er foreløbigt vurderet således ikke grundlag for at fastslå, at Midttrafik har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved ikke at lade oplysningerne om effektivitetsgrad indgå i vurderingen af G4S’ tilbudte kvalitet.

Der er således ikke udsigt til, at påstand 3 vil blive taget til følge.

Efter karakteren af overtrædelsen omfattet af påstand 1 er der udsigt til, at påstand 4 om annullation vil blive taget til følge.

Betingelsen om *fumus boni juris* er herefter opfyldt.

Ad betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*)

Selvom der foreløbigt vurderet er udsigt til, at betingelsen om ”*fumus boni juris*” er opfyldt, finder klagenævnet, at Securitas ikke efter de oplysninger, som foreligger på nuværende tidspunkt, har godtgjort, at der foreligger sådan særlig alvorlig ”*fumus boni juris*”, at Securitas ikke skal bevise, at en manglende imødekommelse af anmodningen om opsættende virkning vil indebære, at selskabet vil lide en uoprettelig skade.

Da Securitas ikke har bevist dette, er betingelsen om uopsættelighed ikke opfyldt.

Betingelse nr. 2 er således ikke opfyldt, hvorfor betingelserne for opsættende virkning ikke er opfyldt.

Klagenævnet tillægger derfor ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Hanne Aagaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig