Klagenævnet for Udbud
(Katja Høegh)

J.nr.: 2012-0026851
19. marts 2012

K E N D E L S E

VKS Inventa A/S
(advokat Christian Nielsen, Aarhus)

mod

Hjemmeværnskommandoen
(Kammeradvokaten v/advokat Astrid Malki Jepsen)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 242-392515 af 12. december 2011 udbød indklagede, Hjemmeværnskommandoen, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en aftale om indkøb af udstillingsmateriel, herunder 270 A-skilte, 270 windbannere, 270 ståborde med individuelt folie samt 34 bagvægge med banner/grafik element (tryk). Der var endvidere optioner, som kunne udnyttes i op til 4 år efter kontraktindgåelse, på indkøb af yderligere op til 20 stk. af henholdsvis A-skilte, windbannere og ståborde samt yderligere op til 4 bagvægge med banner/grafikelementer og op til 4 fulde udskiftninger af bannere til samtlige indkøbte 270 windbannere og 4 fulde udskiftninger af banner/grafikelementer til de 34 indkøbte bagvægge.

Klagenævnet har den 24. februar 2012 modtaget en klage fra VKS Inventa A/S over udbuddet.

VKS Inventa A/S (klageren) har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Indklagede 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 – 10, svarskrift med bilag A – O, supplerende processkrift fra klageren af 8. marts 2012 og supplerende udtalelse fra indklagede af 15. marts 2012.

Klagens indhold:

Klageskriftet og det supplerende processkrift indeholder følgende påstande (omlitreret):

»Påstand 1
Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipper, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at afvise klagers tilbud som ukonditionsmæssigt, desuagtet at det ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen eller udbudsdokumenterne i øvrigt, at tilbudsgivere alene måtte afgive ét tilbud.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)
Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipper, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved ikke i udbudsmaterialet entydigt at angive, hvor mange tilbud tilbudsgiverne måtte afgive.

Påstand 3
Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipper, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at angive, at der alene måtte afgives ét tilbud.

Påstand 4
Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med implementeringsbekendtgørelsens § 9 ved at afvise klagers tilbud som ukonditionsmæssigt, desuagtet det ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at tilbudsgivere alene måtte afgive ét tilbud.

Påstand 5
Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipper, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at afvise klagers tilbud som ukonditionsmæssigt med henvisning til, at

tilbuddet indeholdt forbehold for prisen, desuagtet tilbuddet ikke indeholdt forbehold for prisen.

Påstand 6
Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipper, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at afvise klagers tilbud som ukonditionsmæssigt, desuagtet at klagerens tilbud ikke var ukonditionsmæssigt.

Påstand 7
Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipper, jf. udbudsdirektivets artikel 2, samt udbudsdirektivets artikel 53 ved at fastlægge en evalueringsmodel for prisen, der baserede sig på en fiktiv indkøbsmængde, der ikke var udtryk for indklagedes forventede indkøbsmængde.

Påstand 8
Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med håndhævelseslovens § 2, stk. 1, ved ikke i sin skrivelse til klageren at oplyse, hvilken beslutning der var truffet med hensyn til tildeling af kontrakt.

Påstand 9
Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 2, ved ikke i sin skrivelse til klageren at oplyse, hvornår standstill-perioden udløb, samt ved telefonisk at oplyse en forkert dato for standstill-periodens udløb.

Påstand 10
Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipper, jf. udbudsdirektivets artikel 2 samt udbudsdirektivets artikel 53, ved at anvende en evalueringsmodel der var forskellig for så vidt angik de to underkriterier.

Påstand 11
Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipper, jf. udbudsdirektivets artikel 2, samt udbudsdirektivets artikel 53, ved at evaluere tilbuddene i strid med den af indklagede fastlagte evalueringsmodel.

Påstand 12
Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipper, jf. udbudsdirektivets artikel 2, samt udbudsdirektivets artikel 53, ved at anvende en evalueringsmodel, der var ugennemsigtig.

Påstand 13
Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipper, jf. udbudsdirektivets artikel 2, samt udbudsdirektivets artikel 53, ved at evaluere underkriterierne "kvalitet" og "anvendelighed" som et samlet underkriterium, desuagtet at der var tale om to forskellige underkriterier med forskelligt indhold.

Påstand 14
Klagenævnet for Udbud skal annullere indklagedes beslutning om tildeling af kontrakt.«

Andre oplysninger i sagen:

Ifølge udbudsbetingelserne punkt 5 var tildelingskriteriet det økonomiske mest fordelagtige tilbud med underkriterierne:

1) Kvalitet og anvendelighed (vægt 60 %)
2) Pris (vægt 40 procent)

Om bedømmelsen vedrørende pris fremgår det:

»Ved prisevaluering vil der blive foretaget en vurdering af prisen for en fiktiv pakke på følgende varer:

- 270 A-skilte
- 270 windbanner
- 270 ståborde med individuelt folie
- 34 bagvægge med banner/grafik element (inkl tryk)

Samt udnyttelse af optioner som følger:

- 10 stk. A-skilte
- 10 stk. windbannere og ståborde
- 2 stk. fulde udskiftninger af bannere til samtlige 270 indkøbte windbannere

- 10 stk. ståborde med individuelt folie
- 2 stk. bagvægge med banner/grafikelement
- 2 stk. fulde udskiftninger af banner/grafikelementer til de 34 indkøbte bagvægge

Den samlede "evalueringstekniske" pris vil danne grundlag for evaluering af underkriteriet pris, idet der lægges vægt på at prisen er så lav som muligt.

Beregningseksemplet er til brug for en gennemsigtig prisevaluering og det anførte antal varer under hver option kan ikke tages til udtryk for det forventede samlede køb i kontraktperioden.«

I punkt 6 i udbudsbetingelserne angives:

»6. FORBEHOLD OG MINDSTEKRAV

Grundlæggende udbudsbetingelser
Der kan ikke tages forbehold for grundlæggende eller ufravigelige udbudsbetingelser og krav (mindstekrav). Tilbud med forbehold over for grundlæggende eller ufravigelige udbudsbetingelser og krav (mindstekrav) vil blive afvist om ikke-konditionsmæssige.

I tilfælde af usikkerhed om et forbehold vil medføre afvisning af tilbuddet i henhold til dette punkt, opfordres tilbudsgiver til at stille afklarende spørgsmål til udbudsmaterialet…
…
Mindstekrav
Tilbudsgiver skal være opmærksom på, at udbudsmaterialet indeholder en række mindstekrav. Et mindstekrav er et krav, som ubetinget skal opfyldes/overholdes, idet fravigelser fra kravet ikke accepteres. Der kan med andre ord ikke tages forbehold over for krav, som er gjort til mindstekrav.

Tilbud, der ikke overholder samtlige mindstekrav (såkaldte ukonditionsmæssige tilbud), vil således blive afvist.

I det følgende er angivet, hvorvidt krav og bestemmelser i udbudsmaterialet er mindstekrav, eller om tilbudsgiveren kan tage forbehold.

…
Udkast til bilag 1 – 2

I hvert bilag er det direkte angivet, hvorvidt et krav er mindstekrav, som tilbudsgiver ikke kan tage forbehold over for.

Herudover er følgende dokumenter at anse som mindstekrav, som tilbudsgiver ikke kan tage forbehold for:

…

Bilag 2 Priser: tilbudsgiver kan ikke tage forbehold for bilag 2 priser, der således er at betragte som mindstekrav.«

I punkt 7 Alternative tilbud er det angivet, at der ikke er adgang til at afgive alternative tilbud og

»Tilbudsgiver har alene adgang til afgive ét tilbud.«

Det fremgår af bilag 1 Kravspecifikation blandt andet:

»Tilbudsgiver skal være opmærksom på, at udbudsmaterialet indeholder en række mindstekrav. Et mindstekrav er et krav, som ubetinget skal opfyldes/overholdes, idet fravigelser fra kravet ikke accepteres.

…

KVALITET OG ANVENDELIGHED

HJV vil vurdere kvaliteten ud fra de beskrivelser, tilbudsgiveren leverer i de skemaer, som følger hvert produkt nedenfor. For hvert produkt vil HJV specificere, hvad der lægges særligt vægt på i forhold til det specifikke produkt.

Skalaen for vurderingen af kvalitet og anvendelighed er:

- Meget god
- God
- Middel
- Under middel
- Dårlig

…

A-skilte

MINDSTEKRAV

A-skiltene skal:

- …
- Kunne leveres i farverne metal eller sort.

…

ANTAL

270 a-skilte til dækning af alle UAFD i HJV.

OPTION
HJV har option på køb af op til 20 A-skilte (enkeltvis) i kontraktperioden.«

Ifølge kravspecifikationen skulle tilbudsgiverne som anført ovenfor vedrørende hver af de enkelte udbudte varer give en beskrivelse af en række forhold vedrørende varens udformning og egenskaber som følger (i uddrag):

»

A-skilte	**Tilbudsgivers beskrivelse**
Beskriv skiltets generelle fremtoning (bilagt billeder), herunder størrelse, mulighed for at kunne klappes sammen og hvordan, samt den tilbudte farve	
…	
Beskriv skiltets beskyttelse mod rust mathed eller lignende som følge af udendørs brug.	
…	

«

I bilag 2 Priser er det blandt andet angivet:

»Tilbudsgiver skal udfylde nedenstående prisbilag i forbindelse med afgivelsen af tilbud.

- …
- Der skal kun angives én pris pr. varegruppe linje.

…

Vare	Pris
A-skilte pris ved køb af 270 stk.	
A-skilte stykpris ved udnyttelse af option	
…	…

«

I klagerens tilbud blev A-skilte tilbudt i både »Alu« (metal) og sort farve. Prisen for A-skilte, som er udfyldt i rubrikkerne, som fremgår af bilag 2 Priser, er angivet som følger:

»

Vare	Pris
A-skilte pris ved køb af 270 stk.	Metal: 209.250,00 Sort: 245.700,00
A-skilte stykpris ved udnyttelse af option	Metal: 875,00 Sort: 1.050,00

«

Indklagede modtog inden for tilbudsfristen i alt 7 tilbud, hvoraf 3, herunder klagerens, blev afvist som ukonditionsmæssige.

Indklagede meddelte ved e-mail af 14. februar 2012 klageren, at dennes tilbud var afvist som ukonditionsmæssigt. Indklagede begrundede dette med, at der var afgivet 2 priser på henholdsvis metal- og sortfarvede metalskilte, som ikke var identiske, hvilket stred mod kravet i bilag 2 Priser, om kun én pris pr. varegruppe/linje. Indklagede angav, at dette

> »udgør en formel mangel, der efter Klagenævnets praksis gør det pågældende tilbud ukonditionsmæssigt«

Indklagede henviste tillige til det anførte i udbudsbetingelsernes punkt 6 om, at der ikke kunne tages forbehold for bilag 2 Priser.

Det er endvidere anført:

> »Angivelsen af flere priser for én varekategori må endvidere betragtes som et forbehold for et grundlæggende element i udbudsmaterialet, nemlig den af indklagede valgte prisstruktur
> …
> Hertil kommer endelig, at Inventas prissætning i sig selv medfører, at det ikke er muligt for Hjemmeværnkommandoen at foretage en saglig og ligelig prissammenligning mellem de modtagne tilbud i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes pkt. 5.
> …
> I øvrigt kan det oplyses, at selv ved evaluering af Inventas tilbud, hvor de to billigste priser benyttes som udgangspunkt for evalueringen har Inventa ikke afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.
> …«

Af indklagedes evalueringsnotat af 14. februar 2012 vedrørende de 4 tilbud, som blev anset for konditionsmæssige fra

- Sodermann Udstillingssystemer A/S,
- Polyform A/S,
- Kailow Visual A/S og
- Military Equipment Denmark A/S (MED)

fremgår om bedømmelsen blandt andet:

»1. Generelt

Tildeling af kontrakt sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, vurderet på grundlag af følgende underkriterier:

- Kvalitet og anvendelighed 60 %
- Pris 40 %

Procentsatserne angiver de enkelte underkriteriers relative vægt i tilbudsevalueringen.

…

Vurderingen af tilbuddene er sket på baggrund af gennemlæsning af de modtagne tilbud. I processen er tilbuddene gennemgået og vurderet systematisk efter underkriterierne. Hjemmeværnskommandoen har i overensstemmelse med kravspecifikationen vurderet underkriteriet »Kvalitet og anvendelighed« efter følgende skala:

- Meget god
- God
- Middel
- Under middel
- Dårlig

Ved vurderingen af de tilbudte priser er der beregnet en fiktiv evalueringspris på baggrund af den i udbudsbetingelserne pkt. 5 anførte fiktive pakke.

2. Vurdering af underkriteriet »Kvalitet og anvendelighed«

Hjemmeværnskommandoen har gennemført evaluering af underkriteriet ”Kvalitet og anvendelighed” på baggrund af de kvalitetsparametre, der er anført i kravspecifikationen. Kvalitetsvurderingen er vedlagt som bilag 1.

3. Evaluering af underkriteriet ”Pris”.

Hjemmeværnskommandoen har foretaget en vurdering af de tilbudte priser ved at beregne en fiktiv evalueringspris på baggrund af den i udbudsbetingelsernes pkt. 5 anførte fiktive pakke

…

Polyform har afgivet det billigste tilbud med en fiktiv evalueringspris på kr. 914.922,00.

Kailow Visual har afgivet det næstbilligste tilbud med en fiktiv pris på kr. 955.016,00, der er en anelse dyrere end det billigste tilbud.

Sodemann har afgivet det tredjebilligste tilbud med en fiktiv pris på kr. 1.534.740,60, der er noget dyrere end det billigste tilbud.

MED har afgivet det dyreste tilbud med en fiktiv pris på kr. 2.388.456,64, der er væsentligt dyrere end det billigste tilbud.

IV. Samlet konklusion

Sodemann har på underkriteriet Pris (vægtet 40 %) afgivet det tredjebilligste tilbud, med en fiktiv evalueringspris, der er noget dyrere end det billigste tilbud. På underkriteriet Kvalitet og Anvendelighed (vægt 60 %) har Sodemann afgivet et Meget godt tilbud. De samlede fordele ved Sodemanns tilbud hvad angår underkriteriet Kvalitet og Anvendelighed, der vægter 60 % overstiger den prismæssige forskel, der er mellem dette tilbud og det billigste tilbud. Sodemanns tilbud er på det kvalitative kriterium, Kvalitet og Anvendelighed, desuden bedre end tilbuddet fra Kailow Graphics, og denne kvalitative fordel overstiger den prismæssige fordel, som der også er mellem tilbuddet fra Sodemann og tilbuddet fra Kailow Graphics. Sodemann har derfor afgivet det samlet set mest økonomisk fordelagtige tilbud.

Polyform har på underkriteriet Pris (vægtet 40 %) afgivet det billigste tilbud. På underkriteriet Kvalitet og Anvendelighed (vægt 60 %) har Polyform afgivet et Godt tilbud. Den samlede fordel ved Polyforms tilbud hvad angår underkriteriet Pris, der vægter 40 % overstiger ikke den fordel tilbuddet fra Sodemann har på underkriteriet Kvalitet og Anvendelighed, der vægter 60 %. Polyform har derfor afgivet det næstmest økonomisk fordelagtige tilbud.

Kailow har på underkriteriet Pris (vægtet 40 %) afgivet det næstbilligste tilbud. På underkriteriet Kvalitet og Anvendelighed (vægt 60 %) har Kailow afgivet et Godt tilbud. Den samlede fordel ved Kailows tilbud hvad angår underkriteriet Pris, der vægter 40 % overstiger ikke den fordel tilbuddet fra Sodemann har på underkriteriet Kvalitet og Anvendelighed, der vægter 60 %. Kailow har derfor afgivet det tredjemest økonomisk fordelagtige tilbud.

MED har på underkriteriet Pris (vægtet 40 %) afgivet det dyreste tilbud. På underkriteriet Kvalitet og Anvendelighed (vægt 60 %) har Kailow afgivet et Godt tilbud. Tilbuddet fra Sodemann er på underkriteriet Kvalitet og Anvendelighed, der vægter 60 % bedre end tilbuddet fra MED, der har afgivet et dyrere tilbud. MED har afgivet det dårligste tilbud.«

I bilaget til evalueringsnotatet med den kvalitative vurdering er der for hvert tilbud vedrørende de parametre vedrørende de enkelte varer, som det fremgik af kravspecifikationen, at tilbudsgiverne skulle give en beskrivelse af, givet en »HKJ kvalitetsvurdering«. Der er desuden vedrørende hver vare givet en samlet »HKJ kvalitetsvurdering« og endelig vedrørende hver tilbudsgivers samlede tilbud givet en »HKJ kvalitetsvurdering«. Kvalitetsvurderingen er sket ud fra den i evalueringsnotatet angivne skala fra »Meget god« til »Dårlig«. Der sondres ikke i notatet mellem »Kvalitet« og »Anvendelighed«.

Indklagede besluttede at tildele kontrakten til Sodermann Udstillingssystemer A/S, som ifølge evalueringsnotatet havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ved e-mail af 14. februar 2012 meddelte indklagede de 4 tilbudsgivere, hvis tilbud var anset for konditionsmæssige, resultatet af bedømmelsen og beslutningen om at tildele kontrakten til Sodermann Udstillingssystemer A/S. I e-mailen er der givet en kort redegørelse for tildelingen og oplyst, at standstill-perioden udløber den 24. februar 2012.

I forbindelse med denne klagesag har indklagede opdaget, at tilbuddet fra Military Equipment Denmark også burde have været afvist som ukonditionsmæssigt, hvilket indklagede har meddelt de tilbudsgivere, hvis tilbud blev taget i betragtning. Indklagede oplyste samtidig, at opdagelsen ikke havde betydning for den gennemførte bedømmelse i øvrigt.

Indklagede havde tidligere ved udbudsbekendtgørelse af 12. september 2011 udbudt samme aftale. Klageren indgav også tilbud under dette udbud. Udbuddet blev efter modtagelse af tilbud annulleret af indklagede som følge af manglende konkurrence, idet 4 af de modtagne 6 tilbud var ukonditionsmæssige. Udbudsbetingelserne var i ret vidt omfang identiske med den nu anvendte. Der er herunder tilsvarende bestemmelser om maksimalt ét tilbud og minimumskrav. For så vidt angår bilaget, hvori priser skulle angives, var det udformet på samme måde som bilag 2 Priser i nærværende udbudsbetingelser. I det tilbud, klageren afgav, havde klageren udfyldt bilaget om priser på samme måde som i det udbud, som klagen vedrører. Dette tilbud blev ikke afvist af indklagede som ukonditionsmæssigt.

Vedrørende påstand 9 har klageren gjort gældende, at indklagede under en telefonsamtale har oplyst, at standstill-perioden udløb den 24. februar 2012, men burde have oplyst, at den udløb den 27. februar 2012. Indklagede har bekræftet, at klageren telefonisk har fået oplyst, at standstill-perioden udløb den 24. februar 2012, men bestrider, at dette var fejlagtigt. Indklagede gør tillige gældende, at en eventuel fejlagtig oplysning ikke har haft betydning for klageren, som indgav klageskriftet den 24. februar 2012.

Klageren har for så vidt angår påstand 10-12 påberåbt sig en beregning efter en matematisk pointmodel, som ifølge klageren er almindeligt anvendt, og som ifølge klageren illustrerer, at der med den anvendte evalueringsmetode ikke er opnået en korrekt bedømmelse. Ifølge klagerens beregning får det billigste tilbud fra Polyform A/S flest points, nemlig 85, og er altså dermed det økonomisk mest fordelagtige, medens tilbuddet fra den af indklagede udpegede tilbudsgiver Sodemann Udstillingssystemer A/S får 83,84 point.

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.

Vedrørende betingelse nr. 1 (»*fumus boni juris*«) bemærker klagenævnet:

Ad påstand 1-4

Klagenævnet bemærker, at påstand 1-4 og anbringenderne til støtte herfor må forstås sådan, at klageren for det tilfælde, at indklagedes afvisning af tilbuddet skal forstås som begrundet i, at klageren anses for i strid med udbudsbetingelsernes punkt 7 at have indgivet to tilbud, og ikke kun ét, påstår at klagenævnet skal konstatere at indklagede har handlet i strid med:

a) de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at angive, at der alene måtte afgives ét tilbud og/eller
b) bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 om implementering af udbudsdirektivet § 9 ved at afvise klagers tilbud som ukonditionsmæssigt, uagtet det ikke fremgik af udbudsbekendtgørelsen, men alene af udbudsbetingelserne, at tilbudsgivere alene måtte afgive ét tilbud.

I indklagedes e-mail af 14. februar 2012 til klageren begrundes afvisningen ikke med, at klageren skulle have indgivet to tilbud, og indklagede har heller ikke i sin udtalelse om opsættende virkning gjort en sådan begrundelse for afvisningen gældende. Herefter og da det forhold, at klageren for så vidt angår én af de varer, A-skilte, som udbuddet omfatter, i prisbilaget til sit tilbud har angivet to priser (én for metalfarvede skilte og én for sorte A-skilte) ikke kan opfattes sådan, at klageren har indgivet to tilbud, er der efter en umiddelbar vurdering ikke udsigt til, at påstand 1-4 vil blive taget til følge.

Ad påstand 5 og 6

Påstand 5 og 6 må forstås som én påstand, hvorefter klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige principper og om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, ved at afvise klagerens tilbud som ukonditionsmæssigt med henvisning til, at der ifølge udbudsbetingelserne kun måtte udfyldes én pris pr. felt/varegruppe/linje i bilag 2 Priser, og at klageren havde afgivet to forskellige priser på A-skilte, afhængig af, om de var metalfarvede eller sorte. Påstandene og anbringenderne i klageskriftet må endvidere forstås sådan, at klageren vedrørende denne påstand gør gældende, at det ikke med fornøden klarhed kunne udledes af udbudsbetingelserne, at der gjaldt et minimumskrav om én pris pr. varegruppe (her A-skilte), som indebar, at den udfyldning, som klageren for så vidt angår A-skilte havde foretaget i bilag 2 Priser, medførte, at tilbuddet skulle afvises som ukonditionsmæssigt.

Det fremgår klart af bilag 2 Priser sammenholdt med udbudsbetingelsernes punkt 6, at tilbudsgiverne ved udfyldningen af prisbilaget kun måtte angive én pris pr. varegruppe linje, og at manglende overholdelse af dette krav ville medføre, at tilbuddet blev afvist. Allerede af denne grund er der efter en umiddelbar vurdering ikke udsigt til, at klagerens påstand 5 og 6 vil blive taget til følge. Det forhold, at indklagede i forbindelse med det tidligere afholdte udbud, som blev annulleret, fejlagtigt har undladt at afvise klagerens tilbud, der på samme måde var udfyldt i strid med udbudsbetingelserne, kan ikke føre til et andet resultat.

Afvisningen af indklagedes tilbud synes i øvrigt umiddelbart vurderet så meget desto mere velbegrundet, fordi en accept fra indklagedes side af klagerens udfyldning af bilaget med to priser på A-skilte ville gøre prisevalueringen efter udbudsbetingelsernes punkt 5 uigennemsigtig og indebære risiko for ulige behandling af tilbudsgiverne.

Ad påstand 7

Påstanden må forstås sådan, at klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudsdirektivets artikel 2, samt med udbudsdirektivets artikel 53 ved at fastlægge en evalueringsmodel for

prisen, der baserede sig på en fiktiv indkøbsmængde, der ikke var udtryk for indklagedes forventede indkøbsmængde, idet denne model ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ifølge udbudsbetingelsernes punkt 5 ville prisevalueringen være baseret på en »pakke« (det betegnes som »fiktiv«) bestående af de varer, som aftalen ifølge udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne med sikkerhed omfatter (270 A-skilte, 270 windbannere, 270 ståborde med individuelt folie og 34 bagvægge med banner/grafik element (inkl. tryk)) og på en udnyttelse af optionerne, hvorefter der ville blive indkøbt halvdelen af de varer, som optionerne gav mulighed for at indkøbe i en periode på 4 år efter kontraktindgåelsen. Prismodellen, som baserer sig på den mængde varer, som med sikkerhed købes, og en skønnet udnyttelse af optionerne, er efter klagenævnets umiddelbare vurdering hverken uigennemsigtig, udtryk for ulige behandling af tilbudsgiverne eller uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Efter en foreløbig vurdering er der derfor ikke udsigt til, at påstand 7 vil blive taget til følge.

Ad påstand 8-9

Påstand 8 og 9 må mere præcist forstås sådan, at klageren påstår, at klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med håndhævelseslovens § 2, stk. 1,

a) ved ikke i sin meddelelse af 14. februar 2012 til klageren om afvisningen af at tage dennes tilbud i betragtning at oplyse, hvilken beslutning der var truffet med hensyn til tildeling af kontrakt,
b) ved ikke i sin meddelelse af 14. februar 2012 til klageren om afvisningen af at tage dennes tilbud i betragtning at oplyse hvornår standstill-perioden udløb, og
c) ved telefonisk at oplyse en forkert dato for standstill-periodens udløb.

Det følger af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 1, nr. 2, at ordregiver skal give berørte tilbudsgivere underretning om, hvilke beslutninger ordregiver træffer om tildeling af kontrakt. Underretningen skal, jf. stk. 2, være ledsaget af en kort redegørelse for de relevante grunde

for beslutningen. Underretningen skal endvidere angive, hvornår standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1, udløber.

Standstill-perioden udløb den 25. februar 2012. Da den 25. februar 2012 var en lørdag blev standstill-periodens udløb »skubbet« til udgangen af den følgende arbejdsdags sidste time, jf. forordning nr. 1182/71 af 3. juni 1971 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter artikel 3, stk. 4. Standstill-perioden udløb derfor mandag den 27. februar 2012 ved midnat. En fejlagtig telefonisk oplysning fra indklagedes side om standstill-periodens udløb strider mod indklagedes forvaltningsretlige vejledningsforpligtelser, men er ikke omfattet af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 2, som vedrører den lovpligtige skriftlige underretning[1].

Det forhold, at indklagede fandt klagerens tilbud ukonditionsmæssigt, kan efter ordlyden af bestemmelsen ikke indebære, at indklagede ikke skulle give klageren, som var »berørt tilbudsgiver«, underretning om, hvilken tilbudsgiver indklagede havde besluttet at tildele kontrakten, og i underretningen oplyse, hvornår standstill-perioden udløb. Indklagede har ikke givet disse oplysninger i e-mailen af 14. februar 2012 og har dermed efter klagenævnets foreløbige vurdering overtrådt lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 2, jf. § stk. 1, nr. 2.

Der må herefter antages, at klagenævnet vil tage påstand 8 og 9 til følge i det her angivne omfang.

De pågældende overtrædelser er imidlertid ikke af en karakter, som kan begrunde, at tildelingsbeslutningen annulleres.

[1] Om dette afsnit har klagenævnet ved mailbrev af 26. marts 2012 til parterne anført: "Der henvises til advokat Astrid Malki Jepsens brev af 23. marts 2012 på vegne indklagede. Der er beklageligvis i kendelsen i relation til passagen i påstand 8 og 9 om den telefoniske vejledning fra indklagede om udløbet af standstill-fristen foretaget en datoopgørelsesmæssig fejl ved beregningen af udløbet af de 10 dages standstill-frist. Som også anført i advokat Jepsens brev udløb fristen rettelig den 24. februar 2012. Dette indebærer, at der ikke som anført i kendelsen ad påstand 8 og 9 er givet en fejlagtigt telefonisk vejledning fra indklagedes side vedrørende udløbet af fristen. Klagenævnet beklager den skete fejl. Det bemærkes, at det anførte ikke har betydning for klagenævnets foreløbige stillingtagen til påstand 8 og 9 eller kendelsen i øvrigt."

Ad påstand 10 – 12

Påstand 10, 11 og 12 må forstås som én påstand, hvorefter klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med de udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipper, jf. udbudsdirektivets artikel 2 samt udbudsdirektivets artikel 53, ved at anvende en evalueringsmodel, som er uigennemsigtigt og uegnet til at sikre overholdelse af den i udbudsbetingelserne angivne vægtning af underkriterierne.

Som anbringende til støtte herfor gør klageren gældende, at der anvendes to forskellige evalueringsmodeller vedrørende henholdsvis priskriteriet og det kvalitative kriterium.

Klagenævnet bemærker, at der tilkommer ordregivere et betydeligt skøn ved tilrettelæggelsen af et udbud. Dette gælder også ved fastsættelsen af underkriterier til et tildelingskriterium om »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« og ved valget af den metode, der anvendes til at bedømme tilbuddene efter de fastlagte kriterier.

Indklagede har anvendt en evalueringsmodel vedrørende pris, hvor priserne i de enkelte tilbud, beregnet i overensstemmelse med den i udbudsbetingelsernes punkt 5 angivne metode, vurderes i forhold til hinanden ud fra den billigste tilbudte pris, og en anden model vedrørende det kvalitative underkriterium, hvor der vurderes på grundlag af en sproglig evalueringsmodel, hvor der anvendes en skala fra »Meget god« til »Dårlig«, jf. det i kravspecifikationen angivne om den kvalitative bedømmelse. Det fremgår af evalueringsnotatet, hvorledes indklagede har foretaget bedømmelsen vedrørende henholdsvis pris og kvalitet/anvendelighed, og at indklagede har vægtet resultaterne af bedømmelsen af henholdsvis priskriteriet og det kvalitative underkriterium op mod hinanden under anvendelse af den vægtning, som er angivet i udbudsbetingelserne. Resultatet af bedømmelsen giver efter klagenævnets umiddelbare vurdering ikke grundlag for at antage, at indklagede ved den foretagne bedømmelse har tilsidesat den vægtning, der er angivet i udbudsbetingelserne, eller det i øvrigt i udbudsbetingelserne angivne om, hvordan bedømmelsen ville finde sted.

Der er således efter en umiddelbar vurdering ikke udsigt til at påstand 10-12 vil blive taget til følge.

Ad påstand 13

Som angivet ovenfor tilkommer der ordregivere et betydeligt skøn ved tilrettelæggelsen af et udbud. Ordregivere kan således, jf. blandt andet sag C-448/01 EVN AG, præmis 37-39, vælge, hvilke kriterier for tildeling af kontrakten de vil anvende, dog på betingelse af, at disse kriterier har til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud og ikke tillægger den ordregivende myndighed et ubetinget frit valg ved tildelingen af kontrakten til en tilbudsgiver, idet fastlæggelsen af kriterier skal ske under overholdelse af såvel alle procedurereglerne som de grundlæggende principper, der følger af fællesskabsretten. Ordregiverne kan under disse forudsætninger ikke alene frit vælge kriterierne for kontraktens tildeling, men kan også fastlægge deres vægt, for så vidt som vægtningen muliggør en samlet vurdering af de valgte kriterier med henblik på at udvælge det økonomisk mest fordelagtige bud. Ifølge samme dom præmis 49 indebærer ligebehandlingsprincippet endvidere en forpligtelse til gennemsigtighed, således at det er muligt at fastslå, at princippet er blevet overholdt.

Indklagede har i udbudsbetingelserne beskrevet »Kvalitet og anvendelighed« som et samlet kriterium. »Kvalitet« og »anvendelighed« fremtræder efter udbudsbetingelserne, herunder navnlig kravene til beskrivelse af de tilbudte varer i kravspecifikationen som dækkende over overlappende kvalitative aspekter. Indklagede har da heller ikke ved bedømmelsen af kriteriet sondret mellem de to kvalitative aspekter.

På den baggrund finder klagenævnet efter en umiddelbar vurdering, at indklagede ikke ved fastsættelsen af det kvalitative underkriterium har overskredet det betydelige skøn, der tilkommer indklagede.

Der er herefter ikke udsigt til, at påstand 13 tages til følge.

Det bemærkes, at selv hvis klagenævnet ved sin endelige vurdering måtte tage påstand 10-12 og/eller 13 til følge, har dette ikke konkret betydning for klageren, hvis tilbud som anført ad påstand 1-6 efter en foreløbig vurdering med rette er anset for ukonditionsmæssigt. Henset hertil er det ikke

sandsynligt, at overtrædelser som anført i påstand 10-12 og/eller 13 ville føre til annullation af tildelingsbeslutningen.

---oo0oo---

Betingelsen om *fumus boni juris* er herefter ikke opfyldt. Herefter og da betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) heller ikke er opfyldt, tillægges klagen ikke opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig