

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Michael Ellehauge, Michael Jacobsen,
Jan Eske Schmidt)

J.nr.: 17/00089

8. august 2017

K E N D E L S E

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
(Kammeradvokaten ved advokat Jens Bøtcher-Hansen og
advokat Niels Karl Heilskov Rytter, København)

mod

Region Midtjylland
(advokat Tina Braad, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 053-087996 af 11. marts 2016, offentliggjort den 16. marts 2016, udbød Region Midtjylland som offentligt udbud efter udbudsloven rammeaftaler om køb af anæstesiapparater og anæstesimonitorer, opdelt i 2 delaftaler.

Den 15. december 2016 indgav Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen klage til Klagenævnet for Udbud over Region Midtjylland. Klagen har været behandlet skriftligt.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, ved ikke i udbudsmaterialet at angive hældningsgraden på den lineære pointmodel, der skulle anvendes ved evalueringen af tilbuddene, for så vidt angår det økonomiske underkriterium.

Påstand 2 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Midtjylland har handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, ved ikke i tilstrækkelig grad at oplyse i udbudsmaterialet, hvorledes evalueringen af tilbuddene ville ske for så vidt angår det økonomiske underkriterium.

Region Midtjylland har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbetingelserne var under punkt 1.16.3 anført, at udbuddet var opdelt i 2 delkontrakter, delkontrakt 1 med produktområdet Anæstesiapparater, og delkontrakt 2 med produktområdet Anæstesimonitorer. Det var muligt at afgive tilbud på én eller begge delkontrakter. Under punkt 1.16.7 var anført, at der forventedes indgået kontrakt med to leverandører på delaftale 1 og tre leverandører på delaftale 2.

Under punkt 1.19 var oplyst, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud ville blive identificeret ved anvendelse af tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” og for både delaftale 1 og delaftale 2 med følgende underkriterier:

- | | |
|---|------|
| • Den samlede økonomiske konsekvens/økonomi | 35 % |
| • Funktionalitet og kvalitet | 40 % |
| • Service | 15 % |
| • Ergonomi og hygiejne | 10 % |

Det var desuden fastsat, at de enkelte tilbud under hvert underkriterium ville blive tildelt point på en skala fra 0 til 8, og at hver delaftale ville blive evalueret separat.

Af udbudsbetingelsernes punkt 1.19.1 fremgår, at der ved underkriteriet ”Den samlede økonomiske konsekvens/Økonomi” skulle forstås ordregiverens totalomkostninger beregnet i henhold til Kontraktbilag 3. Vedrørende delaftale 1 indebar dette summen af ”Anskaffelsespris udstyr”, ”Serviceoptioner”, ”Reservedelsoptioner” og ”Uddannelsesoptioner”. Vedrørende delaftale 2 indebar dette summen af ”Anskaffelsespris udstyr”.

Om evalueringen efter det økonomiske underkriterium var for begge delaftaler fastsat følgende:

”Underkriteriet ”Den samlede økonomiske konsekvens/økonomi” evalueres efter en pointmodel på en skala fra 0-8. Ved denne evaluering benyttes en lineær nulpunktsmodel, hvor udgangspunktet er, at 8 point gives til det tilbud, hvis ”økonomi”/”pris” (beregnet som angivet ovenfor) er lavest, mens 0 point gives til tilbud, hvis ”økonomi”/”pris” (beregnet som angivet ovenfor) ligger xx % over prisen for tilbuddet med den laveste pris. Ved fastlæggelsen af procentsatsen, som benyttes til at beregne nulpunktet, vil der blive taget højde for det forud for tilbudsfristen forventede prisniveau samt spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser, således at modellen sikrer, at de enkelte underkriterier i praksis får den vægtning, som er angivet ovenfor.

Ovenstående er udtryk for, at ”økonomi” vurderes relativt, således at tilbuddene vurderes op imod hinanden.”

Region Midtjylland modtog fire konditionsmæssige tilbud på delaftale 1 og fem konditionsmæssige tilbud på delaftale 2.

Af Region Midtjyllands Evalueringsnotat vedrørende begge delaftaler fremgår om fastsættelsen af hælningsgraden på pointmodellen for det økonomiske underkriterium:

”På delaftale 1 er "xx" fastsat som følger:

På baggrund af hidtidige priser i forbindelse med tidligere udbud og i forbindelse med suppleringskøb er en gennemsnitlig evalueringssum estimeret til 5.390.600 kr. På baggrund af prisspændet ved tidligere udbud er et forventeligt prisspænd estimeret til minimum 75 %. Dette prisspænd giver med ovenstående estimerede gennemsnitlige evalueringssum på 5.390.600 kr. som median, en forventet prisspredning i kr. på 3.920.436 kr. til 6.860.765 kr.

De 4 modtagne tilbud ligger jævnt fordelt inden for den forventede prisspredning, idet det billigste tilbud dog er lidt lavere end det forventede prisleje.

På denne baggrund er "xx" fastsat til 75 %.

På delaftale 2 er "xx" fastsat som følger:

På baggrund af hidtidige priser ved køb af anæstesimonitorer er en gennemsnitlig evalueringssum estimeret til 3,8 mio. kr. Prisspændet er estimeret til 50 %. Dette estimerede prisspænd giver med ovenstående

estimerede gennemsnitlige evalueringssum på 3,8 mio. kr. som median, en forventet prisspredning i kr. på 3.040.000 kr. til 4.560.000 kr.

I nærværende udbud har Simonsen & Weel valgt at tilbyde en pris, som ligger markant lavere end de øvrige tilbudte priser. Region Midtjylland har i overensstemmelse med Udbudslovens § 169 bedt Simonsen & Weel om at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet. Denne redegørelse har imidlertid ikke givet Region Midtjylland anledning til at afvise tilbuddet som unormalt lavt. Region Midtjylland har således ikke fundet indikationer på, at Simonsen & Weel har tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljø-, social- eller arbejdsretlige område eller har modtaget statsstøtte, ligesom Region Midtjylland ikke er utryk ved Simonsen & Weels evner og vilje til at kunne opfylde aftalen i tilfælde af, at aftalen tildeles Simonsen & Weel.

Prisspredningen i nærværende udbud er på næsten 150 %. Samtidig ligger de modtagne tilbud med undtagelse af tilbuddet fra Simonsen & Weel og Dräger inden for det økonomiske prisspænd, som Region Midtjylland havde estimeret/forventet, dog således at de 3 tilbud, der ligger inden for dette prisspænd, alle indeholder en højere pris end den estimerede gennemsnitlige evalueringssum. Da tilbuddet fra Dräger desuden kun netop ligger uden for det forventede økonomiske prisspænd, fastsættes ”xx” til 150 %, hvilket såvel på baggrund af det estimerede prisspænd, som de faktisk indkomne priser, forekommer at være et realistisk nulpunkt.”

Resultatet af evalueringen kan herefter sammenfattes, som anført i klageskriftet, således:

”Delaftale 1

Tilbudsgiver	Pris	Pris (laveste pris + 75 %) 35 %	Funktionalitet og kvalitet 40 %	Service 15 %	Ergonomi og hygiejne 10 %	Total
<i>Dräger Medical Danmark A/S</i>	3.955.053	7,82	5,98	7,28	6,58	6,88
<i>Maquet Danmark A/S</i>	4.859.548	5,34	7,08	7,08	6,91	6,46
<i>Simonsen & Weel A/S</i>	3.890.525	8,00	5,79	4,6	5,74	6,38
<i>GE Healthcare Danmark A/S</i>	5.386.435	3,90	7,02	6	6	5,67

Delaftale 2

Tilbudsgiver	Pris	Pris (laveste pris + 150 %) 35 %	Funktionalitet og kvalitet 40 %	Service 15 %	Ergonomi og hygiejne 10 %	Total
<i>GE Healthcare Danmark A/S</i>	3.877.300	2,76	6,84	7,1	7	5,47
<i>Simonsen & Weel A/S</i>	1.955.250	8,00	6,92	5	6	6,92
<i>ViCare Medical A/S</i>	4.013.000	2,39	7,35	7,45	7	5,59
<i>Dräger Medical Danmark A/S</i>	4.759.016	0,35	6,38	7,45	7	4,49
<i>Medidyne A/S</i>	4.310.755	1,57	6,05	5,60	6,00	4,41

”

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i et fremlagt excel-ark beregnet, at eksempelvis en ændring af hældningsgraden under delaftale 1 fra 75 % til 69,39 % ville medføre, at Simonsen & Weel A/S skulle have været tildelt rammeaftalen på bekostning af Maquet Danmark A/S.

Retsgrundlaget

Udbudslovens § 160, stk. 1, der ikke implementerer en artikel i udbudsdirektivet, men blev indført efter anbefaling fra Udbudslovsudvalget, har følgende ordlyd:

”En ordregiver skal i udbudsmaterialet angive kriterierne for tildeling, beskrive evalueringsmetoden og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen.”

I de særlige bemærkninger til bestemmelsen hedder det:

”Det følger af praksis fra Klagenævnet fra udbud, at der ikke er en pligt til at offentliggøre evalueringsmetoder i udbudsmaterialet.

§ 160 gennemfører ikke en artikel i direktivet, men er indført efter anbefaling fra Udbudslovsudvalget. Bestemmelsen fraviger dansk praksis fra Klagenævnet for Udbud. Baggrunden for forslaget er, at der i direktivet er et stærkere krav, end der i dag ses i dansk klagenævnspraksis, når det gælder den forudgående gennemsigtighed i, hvad ordregiverne lægger

vægt på ved evalueringen, og hvordan evalueringen nærmere foretages. Bestemmelsen indeholder en tydeliggørelse af de pligter, der er indeholdt i principperne, der fremgår af direktivets artikel 18, stk. 1, denne lovs § 2.

Bestemmelsens *stk. 1* fastsætter kravene til ordregiverens beskrivelse i udbudsmaterialet af, hvad der vil blive lagt vægt på ved evalueringen og fremgangsmåden for evalueringen af de indkomne tilbud. Fremgangsmåden skal være i overensstemmelse med principperne, jf. § 2.

Under overholdelse af principperne i § 2, har ordregiveren et meget vidt skøn i forhold til at fastlægge evalueringsmetoden, samt et meget vidt skøn ved fastlæggelsen af, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen. Derudover har ordregiveren et vidt skøn inden for de i udbudsmaterialet fastlagte rammer samt principperne i § 2, i forhold til tilbudsevalueringen af de kvalitative under- og eventuelle delkriterier.

Ordregiveren skal oplyse følgende i udbudsmaterialet, angående fremgangsmåden for evaluering:

Ordregiveren skal for det første i overensstemmelse med §§ 161-165 angive, om den udbudte kontrakt tildeles på baggrund af tildelingskriteriet "bedste forhold mellem pris og kvalitet", "omkostninger" eller "pris". Derudover skal ordregiveren angive eventuelle underkriterier, f.eks. "pris" og "kvalitet", til det valgte tildelingskriterie og eventuelle delkriterier til de valgte underkriterier, f.eks. "materialevalg" eller "holdbarhed" til underkriteriet "kvalitet".

Ordregiveren skal for det andet angive, hvordan ordregiveren vil vægte underkriterierne, jf. § 165.

Delkriterier skal have en naturlig forbindelse til det underkriterium, de er knyttet til. Hvis et delkriterium tillægges særlig stor eller særlig lille betydning i forhold til andre delkriterier under samme underkriterium, skal dette angives i udbudsmaterialet.

Ordregiveren har et meget vidt skøn i forhold til at fastsætte den konkrete vægtning af under- og eventuelle delkriterier.

Ordregiveren kan i stedet for en præcis angivelse af vægtningen af underkriterierne angive et passende interval eller, hvis vægtning ikke er mulig af objektive årsager, prioritere underkriterierne i henhold til § 165.

Ordregiveren skal for det tredje i udbudsmaterialet beskrive den evalueringsmetode, der vil blive anvendt.

Evalueringsmetoden er den systematik, som ordregiveren benytter i evalueringen af tilbuddene med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Ordregiveren har under overholdelse af principperne i § 2, et meget vidt skøn i forhold til at beslutte, hvilken evalueringsmetode, der skal anvendes.

Evalueringsmetoden skal være fastlagt på forhånd og være beskrevet klart i udbudsmaterialet. Hermed menes, at ordregiveren skal beskrive metoden på en måde, der gør det klart for de potentielle ansøgere og tilbudsgivere, hvordan ordregiveren vil anvende metoden, således at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen, og således at de potentielle ansøgere og tilbudsgivere ved at sammenholde oplysningerne om evalueringsmetoden med de givne oplysninger om under- og delkriterier har et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud, og hvordan tilbudsgiverne kan optimere deres tilbud. Endvidere medfører offentliggørelsen af evalueringsmetoden, at tilbudsgiverne efterfølgende kan kontrollere, at evalueringen er sket i overensstemmelse med den offentliggjorte evalueringsmetode.

Evalueringsmetoden kan eksempelvis basere sig på en prosamodel, prismodel eller pointmodel. Modellen skal være beskrevet klart i udbudsmaterialet

Det er ikke et krav, at evalueringsmetoden kan beskrives ved hjælp af en matematisk formel, jf. dog § 162, stk. 1, nr. 2, angående tildelingskriteriet "omkostninger".

Ordregiveren kan også frit vælge, om tilbuddene skal evalueres relativt i forhold til hinanden på økonomiske eller kvalitative kriterier, eller om de skal evalueres i forhold til en absolut standard, og dette skal ligeledes fremgå af beskrivelsen i udbudsmaterialet.

Uanset om ordregiveren baserer evalueringsmetoden på en prosamodel, prismodel eller pointmodel, påhviler det ordregiveren at sikre, at bedømmelsen sker på en gennemsigtig måde i overensstemmelse med det, som har været oplyst i udbudsmaterialet. Ordregiveren skal i denne forbindelse kunne godtgøre, at evalueringen sker i overensstemmelse med den i udbudsmaterialet angivne vægtning.

Kravet om forudgående offentliggørelse af evalueringsmetoden betyder, at ordregiveren skal oplyse nedenstående i forbindelse med et udbud med tildelingskriteriet bedste forhold mellem kvalitet og pris.

1. Det skal i forbindelse med økonomiske under- og eventuelle delkriterier oplyses, hvordan priserne og andre økonomiske forhold vurderes. Priserne kan indgå direkte i sammenstillingen med vurderingen af de

kvalitative kriterier. Priserne kan også omregnes ved anvendelse af en model, som for eksempel omregner pris til point, der herefter indgår i sammenstillingen med point fra vurderingen af de kvalitative kriterier.

2. Dernæst skal det i forbindelse med kvalitative under- og eventuelle delkriterier oplyses, hvordan det enkelte kriterium nærmere vil blive bedømt, eksempelvis ved brug af en pointskala, og det skal være klart, hvad der tillægges betydning ved bedømmelsen. Evalueringen kan eventuelt kombineres med en prismodel, hvorved den kvalitative vurdering omregnes til et pristillæg, der herefter kan indgå i den samlede vurdering med priserne fra de økonomiske underkriterier.

3. Endelig skal det beskrives, hvordan ordregiveren sammenstiller bedømmelsen for de kvalitative underkriterier med de økonomiske underkriterier og, herved identificerer det tilbud, der giver "det bedste forhold mellem pris og kvalitet" i overensstemmelse med den i udbudsmaterialet angivne vægtning.

Ordregiveren kan anføre, at en beskrevet evalueringsmetode i visse konkrete situationer kan tilpasses på en bestemt måde, eller, at det i visse konkrete situationer er muligt at benytte en sekundær evalueringsmetode. I henhold til gennemsigtighedsprincippet, jf. § 2, skal eventuelle tilpasningsmuligheder og de sekundære evalueringsmetoder være fastlagt på forhånd og beskrevet klart i udbudsmaterialet. Derudover skal det fremgå af udbudsmaterialet, hvilke objektivt konstaterbare forhold der skal være til stede, før ordregiveren kan anvende de oplyste tilpasningsmuligheder eller sekundære evalueringsmetoder.

Foretager ordregiveren ændringer af den oplyste evalueringsmetode ud over, hvad der fremgår af det udbudsmateriale, som blev offentliggjort ved bekendtgørelsen af udbuddet, vil det som udgangspunkt have karakter af en ændring af et grundlæggende element, som ikke kan gennemføres uden et fornyet udbud. Hvis der efter en konkret vurdering alene er tale om en væsentlig ændring, vil der kunne foretages en rettelser af udbudsbekendtgørelsen eller det øvrige udbudsmateriale kombineret med en forlængelse af tilbudsfristen. Det kan dog ikke udelukkes, at konkrete ændringer af en evalueringsmetode kan gennemføres, uden adgangen hertil har været beskrevet i udbudsmaterialet, hvis det kan godtgøres, at ændringen hverken kan have haft betydning for kredsen af interesserede økonomiske aktører, eller har forvredet konkurrencen mellem tilbudsgiverne.

I udbudsmaterialet til en rammeaftale skal det beskrives, hvilken evalueringsmetode der vil blive benyttet til at identificere den eller de tilbudsgivere, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Når der sker genåbning af konkurrencen (miniudbud) ved en rammeaftale, skal evalueringsmetoden senest være fastlagt og beskrevet i materialet,

der sendes til de økonomiske aktører i forbindelse med genåbningen af konkurrencen.

Ordregiveren skal for det fjerde lave en beskrivelse i udbudsmaterialet, således det enten fremgår direkte eller af sammenhængen i udbudsmaterialet, hvad ordregiveren i forbindelse med de enkelte under- og eventuelle delkriterier tillægger betydning ved tilbudsevalueringen. Ordregiveren har, under overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. § 2, et meget vidt skøn ved fastlæggelsen af, hvad der vil blive tillagt betydning.

Ønsker ordregiveren at benytte kvalitative underkriterier, skal ordregiveren i udbudsmaterialet beskrive disse, og hvad ordregiveren tillægger betydning ved evalueringen af tilbuddene i forhold til det enkelte underkriterium.

Det er ikke et krav, at ordregiveren laver en i alle henseender udførlig beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved vurderingen af de kvalitative under- og eventuelle delkriterier, og ordregiveren har derfor et vidt skøn til at foretage tilbudsevalueringen inden for rammerne af det beskrevne i udbudsmaterialet samt principperne i § 2.

Ordregiverens beskrivelse skal gøre det klart for de potentielle ansøgere og tilbudsgivere, hvad ordregiveren vil tillægge betydning vedrørende det enkelte under- og delkriterium, således at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen, og således at de potentielle ansøgere og tilbudsgivere har et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud og hvordan tilbudsgivere kan optimere deres tilbud. Ordregiveren må derfor ikke ved evalueringen lægge vægt på forhold, som ikke har været angivet i udbudsmaterialet, og som en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver ikke har kunnet udlede af dette, og som kunne have været af betydning for tilbudsgiverne ved udformningen af deres tilbud eller ved deres stillingtagen til, om de ønskede at afgive tilbud.

Kravene til ordregiverens beskrivelse af, hvad der tillægges betydning er de samme uanset udbudsform. Ordregiveren kan med fordel beskrive funktionaliteten i forbindelse med de fleksible udbudsprocedurer. I modsætning til en specifik teknisk beskrivelse giver en beskrivelse af funktionaliteten i højere grad tilbudsgivere mulighed for at foreslå forskellige fremgangsmåder til at nå ordregiverens behov.

Når det gælder vurderingen af, hvor godt tilbuddene opfylder et bestemt under- eller delkriterium, har ordregiveren inden for rammerne af det i udbudsmaterialet oplyste et vidt skøn. Ordregiverens vide skøn kan ikke tilsidesættes, med mindre grænserne for skønnet er overskredet, eller

ordregiveren har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, jf. § 2.”

Udbudslovens § 160, stk. 2, har følgende ordlyd:

”En evalueringsmetode, der er beskrevet i udbudsmaterialet i overensstemmelse med stk. 1, kan ikke tilsidesættes af klage- og retsinstanter, hvis den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet.”

I de særlige bemærkninger til denne bestemmelse hedder det:

”Bestemmelsens *stk. 2* fastsætter, at en evalueringsmetode, der er beskrevet i udbudsmaterialet i overensstemmelse med stk. 1, ikke kan tilsidesættes af klage- og retsinstanter, hvis den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet.

Bestemmelsen er ikke en endelighedsbestemmelse, idet klage- og retsinstanter kan tilsidesætte en evalueringsmetode, hvis den ikke overholder gennemsigtighedsprincippet eller ligebehandlingsprincippet, jf. § 2. Endvidere vil klage- og retsinstanter kunne tilsidesætte evalueringsmetoder med henvisning til andre bestemmelser, hvis dette vurderes relevant. Bestemmelsen er alene et udtryk for, at det primært vil være gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet, som vil medføre, at en evalueringsmetode tilsidesættes, og hvis en evalueringsmetode er i overensstemmelse med disse principper, vil der sjældent være et grundlag for at tilsidesætte evalueringsmetoden.

Endvidere uddybes det i lovbemærkningerne til denne bestemmelse, hvad der forstås ved gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i forhold til evalueringsmetoder.

Når evalueringsmetoden er fastlagt på forhånd og er beskrevet klart i udbudsmaterialet, giver det tilbudsgiverne mulighed for at optimere deres tilbud, samtidig med at tilbudsgiverne efterfølgende kan kontrollere, at evalueringen er sket i overensstemmelse med den offentliggjorte evalueringsmetode.

En evalueringsmetode, som er beskrevet klart i udbudsmaterialet, vil indgå i det billede af vægtningen af under- og eventuelle delkriterier, som tilbudsgiverne kan danne sig ud fra udbudsmaterialet. Der vil derfor som klart udgangspunkt ikke være anledning til at tilsidesætte en evalueringsmetode som værende i strid med den i udbudsmaterialet tilkendegivne vægtning, hvis evalueringsmetodens praktiske konsekvenser fremgår så tilstrækkeligt klart af udbudsmaterialet, at en rimeligt op-

lyst og normalt påpasselig tilbudsgiver burde forstå metodens betydning for vægtningen og dermed for konkurrencen mellem de bydende.

Når evalueringsmetoden er beskrevet i udbudsmaterialet på en klar og gennemsigtig måde, vil der heller ikke være grundlag for at tilsidesætte modellen, fordi den ikke afspejler spredningen i de indkomne bud, eller fordi ikke hele karakter- eller pointskalaen kommer i anvendelse, da der ikke er noget udbudsretligt krav om, at en model skal afspejle en bestemt spredning, eller at hele karakter- eller pointskalaen skal komme i anvendelse, så længe det blot har været klart for en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver, hvordan modellen fungerer.”

I det gældende udbudsdirektiv, direktiv 2014/24/EU, fremgår af præambelens betragtning 90, 3. afsnit, bl.a.:

”For at sikre overholdelsen af princippet om ligebehandling ved tildelingen af kontrakter bør de ordregivende myndigheder være forpligtet til at skabe den gennemsigtighed, der er nødvendig for, at alle tilbudsgivere kan være rimeligt informeret om de kriterier og ordninger, der anvendes i forbindelse med beslutningen om tildeling af kontrakter. Ordregivende myndigheder bør derfor være forpligtet til at oplyse, hvilke kriterier de anvender for tildelingen af kontrakten, og hvordan de relativt vægter de enkelte kriterier. De ordregivende myndigheder bør dog i behørigt begrundede tilfælde, som de skal kunne angive grundene for, kunne fravige forpligtelsen til at oplyse, hvordan de vægter tildelingskriterierne, når en sådan vægtning ikke kan fastsættes i forvejen, især på grund af kontraktens kompleksitet. I disse tilfælde bør de oplyse kriteriernes prioriterede rækkefølge med de vigtigste først.”

I det nu ophævede udbudsdirektiv, direktiv 2004/18/EF, hed det i den tilsvarende præambelbetragtning 46, 2. afsnit, bl.a.:

”For at sikre overholdelsen af princippet om ligebehandling ved tildelingen af kontrakter bør der indføres pligt - i overensstemmelse med retspraksis - til at fastholde den nødvendige gennemsigtighed, for at alle tilbudsgivere kan være rimeligt informeret om de kriterier og regler, der anvendes til afdækning af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. ”

I de engelske versioner af de to direktivers præambler er ”de kriterier og ordninger, der anvendes”/ ”de kriterier og regler, der anvendes” enslydende formuleret som ”the criteria and arrangements which will be applied”.

Om den ovenfor citerede baggrund for forslaget til udbudslov, hvorefter der ”i direktivet er et stærkere krav, end der i dag ses i dansk klagenævnsprak-

sis, når det gælder den forudgående gennemsigthed i, hvad ordregiverne lægger vægt på ved evalueringen, og hvordan evalueringen nærmere foretages”, er bl.a. oplyst, at Udbudslovsudvalget gennem Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen under det lovforberedende arbejde rettede henvendelse til EU-Kommissionen for at afklare, om der efter EU-Kommissionens vurdering gjaldt en pligt til forudgående offentliggørelse af evalueringsmetoden.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har oplyst, at det tydeligt fremgik af drøftelsen med EU-Kommissionen, at EU-Kommissionen var af den opfattelse, at der ikke alene gjaldt en forpligtelse til offentliggørelse af evalueringsmetoden efter udbudsdirektivet, men også at rækkevidden af denne forpligtelse var ganske vidtgående.

Efter at arbejdet i Udbudslovsudvalget var afsluttet, anmodede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om et officielt svar fra EU-Kommissionen. Af EU-Kommissionens svar af 15. marts 2016 fremgår bl.a.:

”In our view, it follows that the obligation to publish (i.e. render accessible as part of the procurement documents) applies to "all the details pertaining to the evaluation methodology ..., including specification of the formula for converting price to points or vice versa, points that can be used in and other means to identify" the best price-quality ratio (formerly the most economically advantageous tender).”

EU-Domstolen traf den 14. juli 2016 afgørelse i sag C-6/15, TNS Dimarso NV. I dommen udtales i præmisserne 27 - 31 og præmis 37:

”27 Hverken artikel 53, stk. 2, i direktiv 2004/18 eller nogen anden bestemmelse heri pålægger imidlertid en forpligtelse for den ordregivende myndighed til gennem offentliggørelse i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne at oplyse eventuelle tilbudsgivere om den bedømmelsesmetode, som den ordregivende myndighed har anvendt med henblik på at vurdere og konkret klassificere tilbuddene i forhold til tildelingskriterierne og den relative vægtning heraf, der forud blev fastsat i dokumenterne vedrørende den pågældende kontrakt.

28 En sådan generel forpligtelse fremgår heller ikke af Domstolens praksis.

29 Domstolen har således fastslået, at et bedømmelsesudvalg skal råde over en vis frihed ved opfyldelsen af dets opgave, og det kan således uden at ændre de i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen fastsatte tildelingskriterier strukturere sit arbejde med at undersøge og

analysere de afgivne tilbud (jf. dom af 21.7.2011, *Evropaïki Dynamiki mod EMSA*, C-252/10 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2011:512, præmis 35).

30 Denne frihed er ligeledes begrundet i praktiske hensyn. Den ordregivende myndighed skal kunne tilpasse den bedømmelsesmetode, som den vil anvende med henblik på at vurdere og klassificere tilbuddene, i forhold til den konkrete sags omstændigheder.

31 I overensstemmelse med de i artikel 2 i direktiv 2004/18 fastsatte principper for indgåelse af offentlige kontrakter og for at undgå enhver risiko for favorisering kan den bedømmelsesmetode, som den ordregivende myndighed anvender med henblik på at vurdere og konkret klassificere tilbuddene, i princippet ikke fastsættes efter den ordregivende myndigheds åbning af tilbuddene. I det tilfælde, hvor fastsættelsen af denne metode af påviste grunde ikke er mulig inden denne åbning, kan det, som den belgiske regering har anført, ikke [bebrejdes] den ordregivende myndighed, at den først fastsatte metoden efter, at den selv eller bedømmelsesudvalget fik kendskab til indholdet af tilbuddene.

...

37 Det følger derfor af samtlige ovenstående bemærkninger, at det præjudicielle spørgsmål skal besvares således, at artikel 53, stk. 2, i direktiv 2004/18, sammenholdt med princippet om ligebehandling af tilbudsgivere og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, skal fortolkes således, at i det tilfælde, hvor en tjenesteydelseskontrakt, som skal tildeles på grundlag af kriteriet om det set ud fra den ordregivende myndigheds synspunkt økonomisk mest fordelagtige tilbud, er sidstnævnte ikke forpligtet til i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne vedrørende den pågældende kontrakt at oplyse eventuelle tilbudsgivere om den bedømmelsesmetode, som den ordregivende myndighed har anvendt med henblik på at vurdere og konkret klassificere tilbuddene. Denne metode kan derimod ikke føre til en ændring af tildelingskriterierne eller en ændring af den relative vægtning heraf.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har overordnet gjort gældende, at forpligtelsen til at oplyse hældningsgraden i udbudsmaterialet både støttes af en ordlydsfortolkning af § 160, stk. 1, og af formålsbetragtninger, ligesom den kan udledes af forudsætninger i loven.

I relation til ordlydsfortolkningen har styrelsen nærmere anført, at hældningsgraden på den lineære pointmodel, der blev anvendt af Region Midtjylland ved evalueringen efter det økonomiske underkriterium, udgjorde en del af evalueringsmetoden og skulle derfor oplyses i udbudsmaterialet. Ved evalueringsmetoden forstås den ”systematik, som ordregiveren benytter i evalueringen af tilbuddene med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud”. En central del af denne systematik er fordelingen af point under de forskellige underkriterier, herunder det økonomiske underkriterium.

Region Midtjylland kan ikke opfylde sin oplysningspligt i henhold til udbudslovens § 160, stk. 1, ved blot at anføre, at hældningsgraden vil blive fastsat efter åbningen af tilbuddene. Accept af et sådant princip vil ikke harmonere med forståelsen af begrebet evalueringsmetode, som det er klarlagt i lovbemærkningerne, og synes at fratage § 160, stk. 1, ethvert selvstændigt indhold.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er enig i, at der ikke gjaldt en forpligtelse til forudgående offentliggørelse af bedømmelsesmetoden efter det tidligere udbudsdirektiv, direktiv 2004/18/EF. Det følger også af fast praksis fra Klagenævnet for Udbud og af EU-Domstolens dom af 14. juli 2016 i sag C-6/15, *TNS Dimarso NV*. Dette forhold har dog ikke nogen relevans for den foreliggende sag, ligesom det er irrelevant for sagen, om retstilstanden på dette punkt måtte være blevet ændret med vedtagelsen af udbudsdirektivet, direktiv 2014/24/EU, da Danmark i forbindelse med implementeringen af udbudsdirektivet har valgt at indføre en forpligtelse til forudgående offentliggørelse af evalueringsmetoden, som det fremgår af ordlyden af udbudslovens § 160, stk. 1.

Når udtrykket ”tydeliggørelse” benyttes i lovbemærkningerne, skyldes det alene, at udbudslovsudvalget på baggrund af en drøftelse med EU-Kommissionen var af den opfattelse, at udbudsdirektivet *allerede* indeholdt en forpligtelse til forudgående offentliggørelse af evalueringsmetoden. Begrebet ”tydeliggørelse” skal forstås i den kontekst og må ikke forveksles med, at bestemmelsen alene var udtryk for et ønske om at bringe dansk praksis i overensstemmelse med EU-direktivet.

I relation til formålsbetragtninger har styrelsen anført, at gennemsigthedsforpligtelsen i § 160, stk. 1, varetager to overordnede formål: begræns-

ning af ordregiverens frie valg ved evalueringen og øget gennemsigtighed for de økonomiske aktører. Begge formål tilsiger, at den fulde pointmodel skulle være offentliggjort, og dermed kunne Region Midtjylland ikke undlade at offentliggøre dele af pointmodellen, herunder dens hælningsgrad.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har nærmere om begrænsning af ordregiverens frie valg ved evalueringen anført, at det primære formål med § 160, stk. 1, var at forhindre, at ordregiveren har et ubetinget frit valg ved tilbudsevalueringen, og midlet hertil var en ”fiksering” af evalueringsmetoden i udbudsmaterialet. Det var et utvetydigt lovgiverkrav, at begrænsningen af valgfriheden netop skulle ske via beskrivelsen af evalueringsmetoden i udbudsmaterialet.

Ved at undlade at oplyse hælningsgraden åbnede Region Midtjylland netop op for, at man havde et frit valg ved tilbudsevalueringen, idet fastsættelsen af hælningsgraden var afgørende for pointtildelingen under det økonomiske underkriterium og dermed også for den samlede pointscore.

Den valgfrihed, som § 160, stk. 1, har til formål at modvirke, kommer også tydeligt til udtryk i evalueringen i det konkrete udbud. Havde Region Midtjylland under delaftale 1 anvendt en hælningsgrad på 69 % i stedet for den valgte hælningsgrad på 75 %, havde dette medført et andet udfald i forhold til kontrakttildelingen.

Desuden vægter det økonomiske underkriterium alt andet lige betydeligt højere ved en hælningsgrad på f.eks. 50 % end en hælningsgrad på 150 %. Hvis hælningsgraden ikke offentliggøres som en del af evalueringsmetoden, men først fastlægges efterfølgende, er det ikke muligt for potentielle tilbudsgivere at vurdere, om de skal deltage, og i så fald hvordan de bedst kan optimere deres tilbud. Derudover kan en efterfølgende fastlæggelse af hælningsgraden risikere at forrykke balancen mellem de offentliggjorte vægte af det økonomiske underkriterium på den ene side og de kvalitative underkriterier på den anden side. Dette skyldes, at det ikke er muligt efterfølgende at fastsætte hælningsgraden på en sådan måde, at de offentliggjorte vægte respekteres for samtlige tilbudsgivere på én gang. Manglende fastlæggelse af hælningsgraden skaber dermed en betydelig risiko for favorisering i strid med formålet med § 160.

Det forhold, at ordregiveren – forud for offentliggørelse af udbuddet – har et meget vidt skøn i forhold til at beslutte, hvilken evalueringsmetode der skal anvendes i det omhandlede udbud, skal ikke forstås således, at ordregiveren også efterfølgende (i forbindelse med tilbudsevalueringen) har et skøn ved fastlæggelsen af evalueringen. Som konsekvens heraf skal den fulde pointmodel være fastlagt på forhånd, herunder hældningsgraden.

Formålet med kravet om forudgående offentliggørelse af evalueringsmetoden var bl.a. at give tilbudsgiverne bedre mulighed for at optimere deres tilbud. Også dette taler afgørende for, at hældningsgraden på pointskalaen skal offentliggøres.

Det er ganske sædvanligt, at tilbudsgiverne har en stor indsigt i markedspriserne, herunder konkurrenternes prisniveauer, og tilbudsgiverne vil således ofte have en forventning til de afgivne tilbudspriser. Ved kendskab til hældningsgraden på pointskalaen sikres tilbudsgiverne bedre mulighed for at forudsige, hvilket pointtal en given tilbudspris vil medføre, og hermed opnår de bedre forudsætninger for at afgive et tilbud med den rette balance- ring af pris og kvalitet. De sikres endvidere bedre mulighed for at vurdere, om de overhovedet ønsker at deltage i udbuddet.

Hensynet til at give tilbudsgiverne bedre mulighed for at optimere deres tilbud og give virksomhederne bedre grundlag for at vurdere, om de overhovedet ønsker at deltage i et udbud, varetager udbudslovens overordnede formål om at begrænse transaktionsomkostningerne for alle de virksomheder, der deltager i udbud.

Endelig varetager gennemsigtighedsforpligtelsen et kontrollensyn: at tilbudsgiverne har mulighed for at efterse, at den faktiske tilbudsevaluering flugter med ordregiverens evalueringsmetode.

Formålet med kravet om forudgående offentliggørelse af evalueringsmetoden kan således alene til fulde opnås, hvis den offentliggjorte evalueringsmetode er beskrevet tilstrækkeligt præcist. Er det ikke tilfældet, forspildes hele formålet med og intentionen bag kravet om forudgående offentliggørelse.

I relation til forudsætningerne i udbudsloven vedrørende sekundære evalueringsmetoder har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen nærmere anført, at

ordregiveren ifølge udbudslovens forarbejder kan benytte sig af sekundære evalueringemetoder. Det er dog et krav, at (også) disse er fastlagt på forhånd og beskrevet klart i udbudsmaterialet, ligesom det skal beskrives, hvilke objektivt konstaterbare forhold der ”aktiverer” dem, således at det også her er et spørgsmål om begrænsning af det frie valg.

Formålet med og hensigten bag sekundære evalueringemetoder må ses som en konsekvens af pligten til at beskrive den fulde evalueringemethode, herunder hældningsgraden, i udbudsmaterialet. Det skyldes, at sekundære evalueringemetoder netop giver ordregiverne mulighed for at tilpasse hældningsgraden i den situation, hvor spredningen i de faktisk indkomne priser viser sig anderledes end den forventede spredning, som den primære evalueringemethode er bygget op efter. Såfremt ordregivere frit har mulighed for at tilpasse en primær evalueringemethode under hensyntagen til den faktiske spredning i de indkomne tilbud, er det vanskeligt at se et behov for sekundære evalueringemetoder.

Muligheden for at benytte sekundære evalueringemetoder viser klart, at lovgiver har haft til hensigt, at evalueringemetoder skal beskrives i videre omfang end som blot - som hævdet af Region Midtjylland - en ”overordnet systematik”.

Formålet med og hensigten bag sekundære evalueringemetoder er en konsekvens af hensigten med at beskrive den fulde evalueringemethode, herunder hældningsgraden, i udbudsmaterialet. Den sekundære evalueringemethode giver således netop en ordregiver mulighed for at tilpasse hældningsgraden i den situation, hvor spredningen i de faktiske indkomne priser viser sig anderledes end den forventede spredning, som den primære evalueringemethode er bygget op efter. Hvis en ordregiver har fri mulighed til at tilpasse en primær evalueringemethode under hensyntagen til den faktiske spredning i de indkomne tilbud og uden nogen form for objektiv afgrænsning af, hvad der forstås ved unormalt høje eller lave tilbud, er det vanskeligt at se et behov for sekundære evalueringemetoder.

Muligheden for at anvende sekundære evalueringemetoder sikrer netop, at evalueringmodellen kan tage højde for eventuelle udsving i forhold til det forventede prisniveau.

At muligheden for at benytte sig af sekundære evalueringsmetoder ikke er skrevet direkte ind i udbudslovens § 160, stk. 1, gør i den sammenhæng ingen forskel. Det er et væsentligt fortolkningsbidrag til forståelsen af rækkevidden af offentliggørelsesforpligtelsen i § 160.

At lovgiver har haft til hensigt at sikre en offentliggørelsesforpligtelse med et reelt indhold, fremgår også af, at man bevidst har valgt at sondre mellem beskrivelsen af evalueringsmetoden for de økonomiske underkriterier og beskrivelsen af evalueringsmetoden for de kvalitative underkriterier.

Region Midtjylland har henvist til, at man som tilbudsgiver (alligevel) ikke ved, hvad procentsatsen skal beregnes på grundlag af, da den laveste pris ikke kendes, og at det er med til at understrege, at der ikke er behov for at angive hældningsgraden. Det er efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelses opfattelse en sandhed med modifikationer. Det er ganske sædvanligt, at tilbudsgiverne har en stor indsigt i markedsprisen, og tilbudsgiverne vil således ofte have en forventning til de afgivne tilbudspriser. Men selv hvis regionen ”havde ret i sin faktuelle antagelse (hvilket ud fra et konkurrencemæssigt perspektiv er ønskværdigt), vil den manglende angivelse af hældningsgraden blot medvirke til at skabe endnu større uigennemsigtighed for tilbudsgiverne. I en sådan situation kigger tilbudsgiverne nemlig ind i to ubekendte, hvilket forringer muligheden for at kunne vurdere, om de ønsker at afgive et tilbud, og for at optimere tilbudsafgivelsen.” Ved kendskab til hældningsgraden på pointskalaen sikres tilbudsgiverne, alt andet lige, bedre mulighed for at forudsige, hvilket point en given tilbudspris vil medføre, og opnår hermed bedre forudsætninger for at afgive et tilbud med den rette balancerings af pris og kvalitet. De sikres endvidere bedre mulighed for at vurdere, om de overhovedet ønsker at deltage i udbuddet.

Region Midtjylland har overordnet gjort gældende, at udbudslovens § 160, stk. 1, ikke indebærer en forpligtelse til ved anvendelse af lineære pointmodeller at angive hældningskvotienten i form af enten en konkret procentsats eller to konkrete beløb, som der interpoleres imellem.

I relation til ordlydsfortolkningen har regionen gjort gældende, at ordlyden af udbudslovens § 160, stk. 1, ikke indeholder en nærmere beskrivelse af, hvad der skal forstås ved ”evalueringsmetoden”, ligesom bestemmelsen ikke indeholder krav til detaljeringsgraden af ordregiverens beskrivelse af evalueringsmetoden. Tilsvarende er ”evalueringsmetoden” ikke defineret i

udbudslovens § 24, der i øvrigt indeholder en definition af de mest centrale begreber i loven.

Der kan derfor hverken af ordlyden af udbudslovens § 160, stk. 1, eller af andre bestemmelser i udbudsloven udledes en pligt for en ordregiver til at foretage en udtømmende beskrivelse af udmøntningen af den valgte evalueringsmodel i udbudsmaterialet, herunder den konkrete hældningskvotient (evalueringsspændet) for en lineær pointmodel. Tværtimod ligger der i anvendelsen af begrebet ”metode” en indikation af, at der alene er tale om et krav til beskrivelse af den overordnede systematik/form, der anvendes ved vurderingen af tilbuddene.

I relation til baggrunden for udbudslovens § 160 har Region Midtjylland nærmere gjort gældende, at det fremgår af lovbemærkningerne, at det ikke har været hensigten med bestemmelsen at indføre skærpede forpligtelser i forhold til de forpligtelser, der følger af udbudsdirektivet.

Udbudslovens § 160 er derfor ikke udtryk for et isoleret ønske om at ændre den hidtidige retsstilling, men udtryk for et ønske om at tydeliggøre de pligter, der følger af udbudsdirektivet/gennemsigtighedsprincippet, uden at det dog hverken i lovbemærkningerne eller af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er konkretiseret, hvilke bestemmelser/forhold i direktivet, der indebærer ”stærkere krav, end der i dag ses i dansk klagenævnspraksis”.

Med henvisning til betragtning 90, 3. afsnit, i præamblen til direktiv 2014/24/EU, der svarer til betragtning 46, 2. afsnit, i det tidligere udbudsdirektiv, direktiv 2004/18/EF, kan det konstateres, at der ikke i forbindelse med vedtagelsen af det nye udbudsdirektiv er foretaget ændringer i forhold til de krav, der med lovbemærkningernes ord gælder til ”den forudgående gennemsigtighed i, hvad ordregiverne lægger vægt på ved evalueringen, og hvordan evalueringen nærmere foretages”.

Det fremgår desuden klart af EU-Domstolens dom af 14. juli 2016 i sag C-6/15, TNS Dimarso NV, præmis 37, at den ordregivende myndighed ”ikke er forpligtet til i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne vedrørende den pågældende kontrakt at oplyse eventuelle tilbudsgivere om den bedømmelsesmetode, som den ordregivende myndighed har anvendt med henblik på at vurdere og konkret klassificere tilbuddene.”

Der er således identitet mellem bestemmelserne i det tidligere udbudsdirektiv og det nugældende udbudsdirektiv for så vidt angår kravene til den forudgående gennemsigthed i forhold til tilbudsevalueringen. EU-Domstolens dom i sag C-6/15 viser, at der tilsvarende efter det nugældende udbudsdirektiv ikke gælder en forpligtelse til at beskrive evalueringsmetoden i udbudsmaterialet. Udbudslovens § 160, stk. 1, hvorefter ordregiveren skal ”beskrive evalueringsmetoden” i udbudsmaterialet, indebærer således en skærpelse i forhold til de forpligtelser, der gælder i medfør af udbudsdirektivet.

Da det med bestemmelsen i udbudslovens § 160, stk. 1, ikke har været lovgivers ønske at indføre skærpede krav i forhold til de krav, der følger af udbudsdirektivet, men derimod at give ”en tydeliggørelse af de pligter”, der følger af udbudsdirektivet, har lovgiver således ud fra en fejlfortolkning af omfanget af disse pligter og i den forbindelse relevansen af Klagenævnet for Udbuds praksis utilsigtet indført skærpede bestemmelser i forhold til de forpligtelser, der følger af udbudsdirektivet, ved at foreskrive, at evalueringsmetoden skal beskrives i udbudsmaterialet.

På denne baggrund skal ”beskrivelseskravet” i udbudslovens § 160, stk. 1, fortolkes indskrænkende.

Baggrunden for udbudslovens § 160 understøtter således ordlydsfortolkningen af bestemmelsen og dermed, at forpligtelsen i udbudslovens § 160, stk. 1, til at beskrive evalueringsmetoden i udbudsmaterialet er en forpligtelse til at give en overordnet beskrivelse af den evalueringsmetode, der vil blive anvendt/systematikken for vurderingen af tilbuddene (eksempelvis at der vil blive anvendt en prismodel, pointmodel etc.), hvorimod bestemmelsen ikke kan udvides til at indeholde et krav om en beskrivelse af den konkrete udmøntning af den valgte metode.

I relation til formålet med udbudslovens § 160, stk. 1, har Region Midtjylland nærmere gjort gældende, at kravene til detaljeringsgraden af ordregiverens beskrivelse af evalueringsmetoden i udbudsmaterialet tilsvarende ikke er angivet i lovbemærkningerne til udbudslovens § 160, stk. 1.

Der er ikke belæg for med henvisning til formålsbetragtningerne i lovbemærkningerne at fortolke forpligtelsen i udbudslovens § 160 – nemlig til dels at ”beskrive evalueringsmetoden”, dels at ”beskrive, hvad der tillægges

betydning ved tilbudsevalueringen” – forskelligt for så vidt angår de økonomiske og de kvalitative underkriterier, hvorom det netop anføres, at det ”ikke er et krav, at ordregiveren laver en i alle henseender udførlig beskrivelse” af, hvad der tillægges vægt.

Det savner således mening, hvis ordregiveren skulle være forpligtet til at beskrive sin evalueringsmetode udtømmende i udbudsmaterialet, samtidig med at ordregiveren ikke er forpligtet til at angive en i alle henseender udførlig beskrivelse af de forhold, som evalueringsmetoden finder anvendelse på i sit udbudsmateriale.

Kravet om, at ordregiveren ikke må have et ubetinget frit valg ved evalueringen, er ikke i sig selv indikation for, hvor udførligt ordregiveren er forpligtet til at beskrive sin evalueringsmetode i udbudsmaterialet.

Det følger således af gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 og i den forbindelse ordregiverens forpligtelse til ikke at ændre de offentliggjorte tildelingskriterier eller den relative vægtning heraf i forbindelse med tilbudsvurderingen, jf. også præmis 32 i EU-Domstolens dom af 14. juli 2016 i sag C-6/15, TNS Dimarso NV, at ordregiveren aldrig har et ubetinget frit valg ved evalueringen.

Ordregiverens ”frie valg” ved evalueringen begrænses således i sagens natur af reglerne i udbudsloven og rammerne i udbudsmaterialet.

Kravet om, at ordregiveren ikke må have et ubetinget frit valg ved evalueringen, indebærer derfor heller ikke et krav om, at ordregiveren i sit udbudsmateriale skal foretage en i alle henseender udførlig og udtømmende beskrivelse af den anvendte evalueringsmetode, og dermed utvivlsomt heller ikke en forpligtelse til i udbudsmaterialet at oplyse den konkrete hældningskvotient (evalueringsspændet) ved anvendelsen af en lineær pointmodel. Kravet udelukker således ikke, at ordregiveren inden for de udbudsretlige rammer kan udøve et sagligt skøn ved henholdsvis fastlæggelse og anvendelse af evalueringsmetoden. Det forhold, at vinderen af udbuddet ville have været en anden, såfremt regionen havde anvendt en anden hældningskvotient, er ikke udtryk for, at regionen har haft et ubetinget frit valg ved evalueringen. Regionen har således ikke kunnet vælge en anden evalueringsmodel end en lineær pointmodel eller en hældningskvotient, der ændrede den relative vægtning af tildelingskriterierne.

I og med at hældningsgraden vil skulle fastlægges sagligt og under iagttagelse af reglerne i udbudsloven og de udstukne rammer i udbudsmaterialet, herunder den anførte vægtning af tildelingskriterierne, vil ordregiverens valg af hældningsgrad aldrig indebære et ”ubetinget frit valg”. Regionen har yderligere begrænset sin frihed til inden for rammerne af udbudsreglerne at fastlægge hældningsgraden, idet regionen ved fastlæggelse af hældningsgraden har forpligtet sig til dels at tage højde for dels det prisniveau, der var forventet forud for tilbudsfristen, dels spredningen i de faktisk indkomne priser.

Region Midtjylland havde forud for åbning af tilbuddene – på baggrund af beskrivelsen i udbudsbetingelserne – fastsat den forventede hældningsgrad for de to delaftaler. Denne hældningsgrad måtte dog efter åbning af tilbuddene justeres for så vidt angår delaftale 2, da prisspændet var betydeligt større, end regionen havde forventet. Hældningsgraden blev således justeret som følge af forhold, som regionen fik kendskab til efter åbning af tilbuddene, jf. også præmis 30 og 31 i Dimarso-sagen.

I kravet om, at de potentielle ansøgere og tilbudsgivere skal have et grundlag for at vurdere, om de ønsker at udarbejde en ansøgning eller et tilbud, kan heller ikke lægges en forpligtigelse til at foretage en i alle henseender udførlig beskrivelse af evalueringsmetoden i udbudsmaterialet.

Det relevante grundlag for tilbudsgivernes vurdering af, om de ønsker at udarbejde et tilbud, er derimod primært kravene til den udbudte ydelse og derefter tildelingskriterierne og disses vægtning, mens udmøntningen af den valgte evalueringsmetode er af ingen eller marginal betydning.

Oplysningen om den konkrete hældningskvotient har således ikke betydning for tilbudsgivernes mulighed for at vurdere, om de ønsker at afgive tilbud, hvilket i øvrigt understøttes af, at ingen af tilbudsgiverne har stillet spørgsmål til evalueringsmetoden, herunder den ”manglende” hældningskvotient.

Endelig kan der ikke af kravet om, at tilbudsgiverne skal kunne vurdere, hvorledes de kan optimere deres tilbud, udledes en forpligtigelse til at foretage en i alle henseender udførlig beskrivelse af evalueringsmetoden i udbudsmaterialet. En oplysning om den konkrete hældningskvotient vil ikke

give tilbudsgiverne en bedre mulighed for at optimere deres tilbud, da tilbudsgiverne i sagens natur ikke har kendskab til den laveste pris, som vil blive tilbudt.

Når tilbudsgiverne netop som påpeget af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har stor indsigt i markedspriserne, vil de også kunne forudsige den forventede spredning i de faktisk indkomne priser og dermed også, hvilket point en given tilbudspris vil medføre.

I øvrigt må det være i såvel tilbudsgivernes som ordregiverens interesse, at ordregiveren ved den konkrete evaluering kan tage højde for eventuelle udsving i forhold til det forventelige prisniveau, i stedet for at være låst af en i detaljer fastlagt evalueringsmodel, idet dette i så fald blot fører til risiko for en uønsket annullation og deraf følgende ressourceforbrug.

Den evalueringsmetode, som Region Midtjylland har beskrevet i udbudsbetingelsernes punkt 1.19, har givet tilbudsgiverne bedre muligheder for at optimere deres tilbud, end en sproglig evalueringsmetode (hvor pointtildelingen i endnu højere grad afhænger af ordregiverens skøn) eller en prismodel (hvor pristillægget ved vurderingen efter de kvalitative kriterier dels afhænger af, hvor mange point tilbudsgiver efter ordregiverens skøn opnår i henhold til de kvalitative kriterier, dels det pristillæg, der kan beregnes på baggrund af de tildelte point og de indkomne priser).

Endelig kan der heller ikke af kravet om, at tilbudsgiverne efterfølgende skal kunne kontrollere, at evalueringen er sket i overensstemmelse med den offentliggjorte evalueringsmetode, udledes en forpligtelse til at angive en udførlig beskrivelse af evalueringsmetoden i udbudsmaterialet.

Tilbudsgiverne kunne således i forbindelse med evalueringsmetoden kontrollere, *at* regionen har anvendt en lineær pointmodel, *at* der er tildelt 8 point til tilbuddet med den laveste pris, og *at* hældningskvotienten (xx %) er fastsat på baggrund af det forud for tilbudsfristen forventede prisniveau samt spredningen i de faktisk indkomne priser, samt *at* regionen ved vurderingen af tilbuddene har foretaget en interpolation mellem de to yderpunkter.

Ad påstand 2

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har subsidiært gjort gældende, at Region Midtjylland handlede i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, ved ikke i tilstrækkelig grad at oplyse, hvorledes evalueringen af tilbuddene ville ske for så vidt angår det økonomiske underkriterium, herunder hvilke faktorer der lå til grund for valget af hældningsgraden på den lineære pointmodel.

Den beskrivelse, som Region Midtjylland gav, er reelt indholdsløs, idet den blot – på et abstrakt plan – gentager de principper, der kan udledes af tidligere klagenævnspraksis for valg af hældningsgrad på pointmodeller.

Det forhold, at regionen oplyste at ville anvende en model, der sikrede, at underkriterierne fik den vægtning, der var angivet i udbudsbetingelse, var reelt blot en tilkendegivelse om, at man vil overholde loven. Dette savnede indhold og bidrog således ikke til øget indsigt i den konkrete models systematik.

Det blev derimod ikke på nogen måde konkretiseret, hvorledes regionen agtede at sikre fastholdelsen af underkriteriernes vægtning. Det blev heller ikke nærmere beskrevet, hvad der skulle forstås ved ”unormalt lave eller unormalt høje priser”, og hvad det ville sige, at priserne ville blive ”justeret” herfor.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har tillige gjort gældende, at der ikke findes en almenyldig model, der kan sikre, at underkriteriernes vægtning respekteres, og tilbudsgiverne havde derfor heller ikke mulighed for at efterprøve den valgte model.

Ikke engang de forventede prisspænd var oplyst i udbudsmaterialet til trods for, at regionen var bekendt med dem.

I en situation som den foreliggende, hvor ordregiveren agter at tage udgangspunkt i det forventede prisspænd ved fastlæggelsen af hældningsgraden, følger som minimum en forpligtelse til at angive dette spænd i udbudsmaterialet samt at konkretisere, under hvilke omstændigheder man agter at fravige udgangspunktet. Eventuel brug af et ”skuffenotat” er ikke tilstrækkeligt til at sikre tilbudsgivernes krav på forudgående øget gennemsig-

tighed, hvilket er en forudsætning for, at de kan optimere deres tilbud, end-sige vurdere grundlaget at afgive tilbud.

Det er ikke muligt ved den efterfølgende fastlæggelse af hældningsgraden at sikre, at de enkelte underkriterier i praksis får den vægtning, som er fast-sat i udbudsmaterialet.

De relative vægte er efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse forskellige alt afhængig af, hvilken tilbudsgiver man vurderer det i forhold til. Styrelsen har fremlagt beregninger og tabeller, der for delaftale 1 viser, at det økonomiske underkriterium for ingen af de fire tilbuds vedkommende har haft en vægt på 35 %. For delaftale 2 viser styrelsens tabeller, at ”den relative vægtning af det økonomiske underkriterium her [varierer] helt fra 3 % til 40 %.”.

Hverken på et abstrakt eller konkret plan er det således muligt, når det gæl-der den valgte model, at teste den valgte hældningsgrad op imod den over-ordnede vægtning af underkriterierne. Det savner mening som følge af det cirkulære element og må i alle tilfælde som minimum kræve, at man på for-hånd oplyser mere konkret om, hvordan det vil skulle ske, herunder om det er i forhold til den tilbudsgiver, der har den laveste pris og/eller det mest konkurrencedygtige tilbud, eller i forhold til en gennemsnitsbetragtning, og om denne, i så fald, gælder på tværs af samtlige tilbud, eller alene det antal tilbud, som der er plads til på rammen. Men selv hvis der måtte være oplyst herom, savner metoden mening.

Endelig er det vanskeligt at forstå den nærmere logik ved anvendelsen af de meget forskellige hældningsgrader på de to aftaler. Særligt det forhold, at regionen har valgt at udstrække hældningsgraden i det ene tilfælde, men ik-ke i det andet tilfælde, forekommer ulogisk.

Selv tilbudsgivere med indsigt i markedspriserne ville ikke kunne forudsi-ge, hvilken forventet prisspredning regionen lagde til grund, samt i hvilken grad regionen ville tage hensyn til spredningen i de faktisk indkomne priser.

For delaftale 1 forventede regionen en gennemsnitlig evalueringssum på 5.390.600 kr. og en prisspredning på 75 %. Til trods for, at prisspredningen viste sig at være på 39 %, korrigerede regionen ikke hældningsgraden på baggrund af de indkomne tilbud.

For delaftale 2 valgte regionen derimod at udstrække hældningsgraden fra 50 % til 150 %.

Der er dermed en stor forskel mellem det prisspænd, og dermed den hældningsgrad, som tilbudsgivere med stor indsigt i markedspriserne ville kunne forvente, og den prisspredning, som regionen forventede og endte med at benytte til at fastsætte hældningsgraden.

Selv en tilbudsgiver, som kunne have forudsagt prisniveauet fuldstændigt, ville således ikke kunne forudsige, hvilket point en given tilbudspris ville medføre. Et sådant forhold ville en tilbudsgiver først kunne forudsige, såfremt Region Midtjylland havde oplyst den forventede prisspredning, som regionen lagde til grund, eller såfremt regionen havde oplyst hældningsgraden, subsidiært de objektive forhold for justeringen heraf.

Desuden beskrev Region Midtjylland ikke, hvordan der ved fastsættelsen af hældningsgraden ville blive taget hensyn til den faktiske spredning i de indkomne tilbud, og det fremgik således ikke af udbudsbetingelserne, at der f.eks. kun ville blive taget hensyn til den faktiske spredning, såfremt denne afveg markant fra regionens forventning.

Endelig har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anført, at det er uklart, hvad der forstås ved unormalt høje og unormalt lave tilbud. Det rigtige må være at opstille nogle gennemsnits- og medianbetragtninger, så man på objektivt grundlag kan udskille de såkaldte outliers og fastlægge interpoleringen i forhold til de andre. Dette er en fast indarbejdet og velfungerende model i markedet.

Region Midtjylland har anført, at det bestrides, at lovforarbejdernes betragtninger vedrørende muligheden for at benytte sekundære evalueringsmetoder - som anført af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen - ”må ses som en konsekvens af pligten til at beskrive den fulde evalueringsmetode, herunder hældningsgraden, i udbudsmaterialet”.

Regionen har videre anført, at muligheden for at benytte sig af sekundære evalueringsmetoder ikke fremgår af ordlyden af udbudslovens § 160. Muligheden indebærer desuden udelukkende, at en ordregiver, der måtte vælge at foretage en forholdsvis udførlig beskrivelse af evalueringsmetoden i sit

udbudsmateriale (trods en manglende pligt hertil), som led i en sådan udførlig beskrivelse har mulighed for at beskrive, hvordan metoden kan tilpasses de faktisk indkomne tilbud.

Det følger af princippet om ”det mindre i det mere” (i muligheden for at benytte sig af sekundære evalueringsmetoder), at en sådan sekundær evalueringsmetode kan indarbejdes i den primære evalueringsmetode, således som regionen netop har gjort det ved at fastsætte, at procentsatsen (hældningskvotienten) fastlægges på baggrund af bl.a. ”spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser”.

Uden støtte i lovtæksten eller forarbejderne til udbudsloven, herunder baggrunden for og formålet med udbudslovens § 160, stk. 1, kan der således heller ikke af muligheden for at benytte sekundære evalueringsmetoder udledes en pligt til at foretage en i alle henseender udførlig og udtømmende beskrivelse af den anvendte evalueringsmetode i udbudsmaterialet.

Klagenævnet udtaler:

Kravet i udbudslovens § 160, stk. 1, om, at ordregiveren i ”udbudsmaterialet” skal ”beskrive evalueringsmetoden”, implementerer ikke en bestemmelse i udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EU), men er en rent dansk regel.

Udbudsloven indeholder ikke bestemmelser, der fastsætter, hvad der skal forstås ved ”evalueringsmetoden”, og forudsætningen i lovbemærkningerne til udbudslovens § 160, hvorefter ”Baggrunden for forslaget er, at der i direktivet er et stærkere krav, end der i dag ses i dansk klagenævnspraksis, når det gælder den forudgående gennemsigtighed i, hvad ordregiverne lægger vægt på ved evalueringen, og hvordan evalueringen nærmere foretages”, er ikke blevet bekræftet i EU-Domstolens - efterfølgende - praksis, jf. EU-Domstolens dom af 14. juli 2016 i sag C-6/15, TNS Dimarso NV.

Klagenævnet finder på den baggrund, at bestemmelsen ikke skal fortolkes videre end dens ordlyd og bemærkningerne giver sikker dækning for.

I lovbemærkningerne er anført, at § 160, stk. 1, indebærer, at ordregiveren skal beskrive ”den systematik, som ordregiveren benytter i evalueringen af tilbuddene med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige

tilbud”, og at formålet med en på forhånd fastlagt evalueringsmetode navnlig er at sikre, at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen. Ifølge lovbemærkningerne er formålet desuden at sikre, at tilbudsgiverne har et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge resurser på at udarbejde et tilbud, og for at optimere deres tilbud. Endelig fremgår det, at formålet er at sikre, at tilbudsgiverne får bedre mulighed for at kontrollere ordregiverens tilbudsevaluering.

Ved vurderingen af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens påstande tager klagenævnet udgangspunkt i, at Region Midtjylland i udbudsbetingelserne om evalueringen efter underkriteriet ”Den samlede økonomiske konsekvens/økonomi” som beskrevet ovenfor havde fastsat og oplyst, at der ville blive benyttet en lineær pointmodel, at maksimumpoint ville blive givet til tilbuddet med den laveste pris, og at 0 point ville blive givet til det tilbud, der lå ”xx %” over tilbuddet med den laveste pris. Det var samtidig oplyst, at der ved fastlæggelsen af den procentsats, som ville blive benyttet til at beregne nulpunktet, ville blive taget højde for det prisniveau, der forventedes forud for tilbudsfristen, samt for spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser.

Det følger heraf, at hældningsgraden på den lineære pointmodel ikke med mening har kunnet fastlægges forud for, at de indkomne tilbuds indhold var kendt, herunder hvorledes tilbuddene fordelte sig.

Bestemmelsen i udbudslovens § 160, stk. 1, om, at ordregiveren i udbudsmaterialet skal beskrive evalueringsmetoden, indebærer ifølge bemærkningerne som nævnt, at ordregiveren skal beskrive den benyttede systematik, og at formålet med en på forhånd fastlagt evalueringsmetode navnlig er at sikre, at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen.

Den evalueringsmetode, som regionen har fastsat og beskrevet, efterlader ikke regionen med et ubetinget frit valg ved evalueringen. Dels vil evalueringen nøje skulle overholde de fastsatte vægtninger, dels har regionen bundet sig til at anvende en lineær pointmodel med hensyntagen til spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser. Herudover gælder i overensstemmelse med den hidtil gældende retstilstand blandt andet et almindeligt krav om saglighed. I evalueringsnotatet har regionen beskrevet, på hvilket grundlag hældningsgraderne for de to delaftaler herefter er fastlagt.

I lovbemærkningerne til udbudslovens § 160, stk. 1, er tilkendegivet, at formålet med bestemmelsen desuden er at sikre, at tilbudsgiverne har et bedre grundlag ved udarbejdelsen af deres tilbud. Det er imidlertid ikke oplagt, hvorledes en oplyst hælningsgrad (eventuelt oplyst som en sekundær eller tertiær hælningsgrad) i en lineær evalueringsmodel i sig selv skulle give potentielle tilbudsgivere med kendskab til markedet et bedre grundlag for at vurdere, om man ville afgive tilbud, eller for at optimere et sådant tilbud, end den beskrivelse af evalueringsmetoden, som regionen har oplyst, og hvor prisen vægtede 35 %. Ved økonomiske underkriterier må udgangspunktet for enhver tilbudsgiver i øvrigt utvivlsomt være, at det er afgørende ikke at afgive for dyrt et tilbud.

I relation til den del af formålet med udbudslovens § 160, stk.1, der angår at sikre, at tilbudsgiverne får bedre mulighed for at kontrollere ordregiverens tilbudsevaluering, bemærkes, at tilbudsgiverne i det foreliggende tilfælde fuldt ud har kunnet kontrollere, at regionen har overholdt den evalueringsmetode, som var fastsat i udbudsbetingelserne.

Der følger heraf, at der ikke i udbudslovens § 160, stk. 1, er hjemmel til i et udbud som det foreliggende at stille krav som anført i påstand 1 om, at hælningsgraden på den lineære pointmodel, der skulle anvendes ved evalueringen af tilbuddene for så vidt angår det økonomiske underkriterium, angives i udbudsmaterialet.

Der er heller ikke grundlag for at fastslå, at regionen har tilsidesat udbudslovens § 160, stk. 1, som anført i påstand 2 ved ikke i tilstrækkelig grad at oplyse i udbudsmaterialet, hvorledes evalueringen af tilbuddene ville ske for så vidt angår det økonomiske underkriterium.

Klagenævnet tager herefter ikke Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens påstande til følge. Det, som styrelsen i øvrigt har anført, kan ikke føre til et andet resultat.

Ved omkostningsfastsættelsen har klagenævnet tillagt det betydning, at sagen må anses for at være principiel.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal i sagsomkostninger til Region Midtjylland betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Kirsten Thorup

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig