

K E N D E L S E

Sigmax Law Enforcement B.V.
(selv)

mod

Rejsekort A/S
(selv)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 067-126988 af 3. april 2017 udbød Rejsekort A/S (herefter Rejsekort) som begrænset udbud med forhandling efter direktiv 2014/25/EU (forsyningsvirksomhedsdirektivet) en kontrakt om udvikling, support og vedligeholdelse af MARK, en Mobil Applikation for Rejsekort Kontrol.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 3. maj 2017 havde 8 virksomheder anmodet om prækvalifikation. Rejsekort prækvalificerede 6 ansøgere, og ved udløbet af fristen for aflevering af indledende tilbud den 12. juni 2017 modtog Rejsekort 4 indledende tilbud fra følgende tilbudsgivere

1. Trifork
2. Sigmax Law Enforcement B.V. (Sigmax)
3. Tehnolution
4. Thales Communications and Security (Thales).

Efter en forhandlingsrunde med de fire tilbudsgivere besluttede Rejsekort at gennemføre en endelig forhandlingsrunde med Thales og Sigmax.

Den 5. september 2017 besluttede Rejsekort at indgå kontrakt med Thales.

Den 6. oktober 2017 indgav Sigmax klage til Klagenævnet for Udbud over Rejsekort. Klagen har været behandlet skriftligt.

Ved mail af 3. november 2017 fremsatte Sigmax følgende anmodning: ” Also, if I have not mentioned this already, Sigmax wishes this complaint to have suspensive effect”. Klagenævnet har efter modtagelse af svarskrift, replik og duplik besluttet at afgøre sagen uden at tage stilling til anmodningen om opsættende virkning.

Sigmax har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Rejsekort har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 36, stk. 1, ved at tildele kontrakten til Thales, idet Sigmax indgav tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet i overensstemmelse med vilkårene og betingelserne, og beslutningen om tildelingen af kontrakten var derfor åbenbart forkert.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Rejsekort har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 36, stk. 1, ved at tildele kontrakten til Thales, idet Rejsekort afveg fra vilkårene for fordelingen af point uden at motivere denne beslutning eller oplyse tilbudsgiverne om denne beslutning inden den 27. september 2017, hvilket var uger efter tildelingsbeslutningen, og beslutningen om tildelingen af kontrakten var derfor åbenbart forkert.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Rejsekort har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 36, stk. 1, ved at tildele kontrakten til Thales, idet beslutningen om tildelingen af kontrakten til Thales ikke var tilstrækkeligt motiveret.

Klagen må i øvrigt forstås sådan, at Sigmax nedlægger påstand om, at tildelingsbeslutningen annulleres.

Rejsekort har vedrørende påstand 1 - 3 nedlagt påstand om, at klagen afvises, hvilket efter anbringenderne må forstås som påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen af 3. april 2017 indeholder følgende oplysninger om den udbudte kontrakt:

“ ...
II.2.4)

Description of the procurement:

There is a need to improve the current solution for inspection of valid transport tickets on the Rejsekort and actions to improve the efficiency and quality of this solution has been identified.

...

Main business objectives:

The new solution enables traffic operator inspection agents to perform inspection of Rejsekort travel cards to determine if customers have a valid transport ticket on the inspected Rejsekort, for all offered Rejsekort card types.

Since the traffic operators (PTOs) are responsible for the management of device users, the new solution enables each PTO, either by manual operations or by their own choice of MDM solution, to configure the operation of the application, supporting the minimum needs for operation.

The new solution provides the client application on the mobile device with all relevant data and files, such as transport operator network information, applicable fare rules for the traffic operator, configuration files and data lists currently named as Business Participant List, Black List, Action List.

The new solution supports the exchange of relevant data send and received by the device, enabling the inspector to monitor inspection and return log files, including e.g inspection logs and service level modification logs.

Traffic operator inspection agents will be the only direct users of the application and the new solution flawlessly supports the constantly

changing location (Stop points, lines aso.) and the several hundreds of broad range transport ticket inspections, which is a natural part of a traffic operator inspection agent working shift.
 ...”

Om udbuddets planlagte forløb står i samme afsnit følgende:

“ ...
 A negotiated procedure with prior call for competition, according to article 47 of the Utilities Directive starts with a prequalification phase.
 ...

In the negotiation phase, the selected candidates make an introductory tender, after which there is a negotiation with the tenderers. In the tender phase, the selected tenderer forward a final tender. The contracting entity shall evaluate the tenders and award the contract.
 ...”

Om antallet af prækvalificerede er oplyst følgende:

“II.2.9)

Information about the limits on the number of candidates to be invited

Envisaged number of candidates: 5
 ...”

I udbudsbetingelserne ”Terms and conditions regarding tender” er under pkt. 7.1.1 blandt andet anført følgende om prækvalifikationsfasen:

“In case there are more than 5 companies which meet the minimum requirements Rejsekort will limit the number of applicants that will be invited to submit an offer to the 5 best suited applicants.”

Under pkt. 8 står følgende om forhandlingsrunder:

“The negotiation phase runs from when the selected tenderers receive invitation to participate in the process up to Rejsekort A/S’s request for final offers.
 ...

Rejsekort A/S reserves the right to award the contract based on the initial offer, and tenderers cannot expect negotiation rounds.
 ...

If Rejsekort A/S's award is based on the initial offer it will be based on the criteria for the award as well as the described method of evaluation.

...

Upon receipt of the initial offer, Rejsekort A/S will organize individual negotiation meetings with all tenderers that have duly submitted an initial offer. Negotiations will be conducted in accordance with the principles of equal treatment and transparency.

...”

I udbudsbetingelsernes pkt. 8.6 står følgende om justering af udbudsmaterialet under udbudsprocessen:

“ ...

8.6 Revised tender documents

Rejsekort A/S may make adjustments to the tender documents on the basis of information and experiences obtained through the negotiation phase. Rejsekort A/S cannot change the basic elements in the tender documentation and criteria for the award. The revised tender documents will form the basis for submitting the final offer.

All tenderers will receive the revised tender documents simultaneously and will have the same time to prepare the final offers.

...”

Kriteriet for tildelingen af kontrakten var ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” vurderet på baggrund af følgende underkriterier:

- “• Price (35 %), which consists of the following two criteria:
 - o Total development price (weight 65%)
 - o Hourly price (35%)
- Quality (65 %), which consist of the following two criteria:
 - o Compliance with requirements (35%)
 - o Supply security, quality and compliance with time schedule (65%)”

Om evalueringen af underkriteriet ”Price” står blandt andet.:

“The vendor’s prices will be evaluated against each other’s according to the following:

The lowest price will get 100 points and the rest will obtain:

Lowest price/Tenderer’s price x 100

Here is an example:

Sub criterion price				35%	
Overall scheme					
Vendor	Total project price	Hourly price	SUM	35%	Total weighted character
V1	65,00	22,26	87,26	0,35	30,54
V2	55,25	27,83	83,08	0,35	29,08
V3	46,04	30,92	76,96	0,35	26,94
V4	61,39	31,09	92,48	0,35	32,37
V5	50,23	35,00	85,23	0,35	29,83
Total project price				65%	
Vendor	Offer	Points	Weighted		
V1	850.000,00	100,00	65,00		
V2	1.000.000,00	85,00	55,25		
V3	1.200.000,00	70,83	46,04		
V4	900.000,00	94,44	61,39		
V5	1.100.000,00	77,27	50,23		
Lowest price:	850.000,00	100 points	V1		
Hourly price				35%	
Vendor	Offer	Points	Weighted		
V1	1.250,00	63,60	22,26		
V2	1.000,00	79,50	27,83		
V3	900,00	88,33	30,92		
V4	895,00	88,83	31,09		
V5	795,00	100,00	35,00		
Lowest price	795	100 points	V5		

I pkt. 10.3 ”Evaluation of Sub criterion Supply Security, quality and compliance with time schedule” var angivet et skema med eksempel på evaluering af det kvalitative underkriterium. Af skemaet fremgår:

“

Sub criterion quality						65%
Vendor	Compliance with requirements	Supply security, quality and compliance with time schedule	SUM	65%	Total	
V1	32,81	57,20	90,01	0,65	58,51	
V2	30,63	54,60	85,23	0,65	55,40	
V3	34,13	26,00	60,13	0,65	39,08	
V4	30,19	28,60	58,79	0,65	38,21	
V5	28,44	28,60	57,04	0,65	37,07	

Compliance with requirements			35%
Vendor	Character	Weighted	
V1	93,75	32,81	
V2	87,50	30,63	
V3	97,50	34,13	
V4	86,25	30,19	
V5	81,25	28,44	
Fillrate			
Supply security, quality and compliance with time schedule			65%
Vendor	Character	Weighted	
V1	88,00	57,20	
V2	84,00	54,60	
V3	40,00	26,00	
V4	44,00	28,60	
V5	44,00	28,60	
Max.:	100,00		
Assessment based on:			
The Vendors description of how to secure quality			
Team members qualifications based on CVs			
How vendors timeschedule meets RK's date in Appendix 1			
How vendors organizational setup meets RK's organization			
The Vendors description of how to secure delivery			

“

I pkt. 10.3.2 står om evalueringen af delkriteriet “Requirements evaluation”:

“ ...

Compliance with requirements			
Number of mandatory requirements			80
Fillrate			75/80
.->.			93,75
	Fillrate	Points	
V1	75/80	93,75	
V2	70/80	87,50	
V3	78/80	97,50	
V4	69/80	86,25	
V5	65/80	81,25	

The vendor's obtained fill-rate will be calculated as the number of requirements described by the vendor meeting the mandatory requirements relatively to the total number of mandatory requirements.”

I pkt. 10.3.3 ”Quality evaluation” hedder det:

“
...

In the quality evaluation, the 5 descriptions delivered by the vendors, will be evaluated relatively up against each vendors description. As set below, the ranking will result in characters 20, 40, 60, 80 and 100.

The vendor will describe:

- How to secure quality
- The team members qualifications based on CV’s
- How to meet the time schedule as set out in Appendix 1
- How the vendors organizational setup meets the customers setup
- How to secure delivery

Each vendor will be evaluated on each description and ranked up against the other vendors.

...”

Under beskrivelsen af delkriteriet ”Supply security, quality and compliance with time schedule” var indsat følgende skema:

”

Evaluation of:	Vendor				
	V1	V2	V3	V4	V5
The Vendors description of how to secure quality	100	80	60	40	20
Team members qualifications based on CVs	80	100	40	60	20
How vendors timeschedule meets RK’s date in Appendix 1	80	60	20	40	100
How vendors organizational setup meets RK’s organization	100	80	60	40	20
The Vendors description of how to secure delivery	80	100	20	40	60
SUM	440	420	200	220	220
MAXIMUM	500	500	500	500	500
Converted to points with a maximum of 100.	88	84	40	44	44

Ranking	Points
1	100
2	80
3	60
4	40
5	20

“

I tildelingsmeddelelse af 5. september 2017 blev det oplyst, at Rejsekort havde besluttet at tildele kontrakten til Thales. I meddelelsen hedder det blandt andet:

“Rejsekort A/S has completed a thorough review of the submitted offers and assessed these based on the award criteria described in chapter 10 in the Terms and conditions.

Rejsekort A/S is pleased to announce, that Thales Communications & Security (Thales) has submitted the offer considered as providing the best relation between price and quality, evaluated in accordance with the award criteria.

...

According to Law on enforcement of procurement rules § 3 (no. 492 of 12 May 2010) the contracting entity may at the earliest conclude the contract after a stand still period of 10 calendar days counted from the day after the day where the contracting entity has sent its notification of the award to all tenderers.

The stand still period ends on Sept. 15th, 2017, hence Rejsekort A/S will not sign and conclude the contract before that date at the earliest.”

Med tildelingsmeddelelsen fulgte et evalueringsnotat. I notatet står blandt andet:

“Motivation:

Thales proposed a solution, relying on an established architecture and well described integrations, which is considered to provide the best security for delivering the requirements.

When presenting a time schedule honoring the expected delivery date, the proposed organizational set-up is expected to result in a satisfying minor work load on the internal system knowledge resources, which combined with an expected moderate work load on project resources, was positively contributing to the evaluation.

The presentation of several very experienced CVs covering the transportation domain and the Rejsekort system, combined with some experience within the fields of android - and agile - development, the presented team was considered as qualified and relevant.

Finally, when offering an end-2-end responsibility for the total solution and building on a well-established system, concerns about reliability and future handling of interface issues between systems was reduced, resulting in a perceived higher securement of quality, making the Thales proposal a winning solution for Rejsekort A/S.”

Af den vedlagte oversigt over tildelingen af point fremgår følgende:

”

INITIAL OFFER – OVERALL SCORES:

1. THALES (86 POINTS)

FINAL OFFER – OVERALL SCORES:

1. THALES (76 POINTS)

2. SIGMAX (85 POINTS)
3. TECHNOLUTION (77 POINTS)
4. TRIFORK (76 POINTS)

INITIAL OFFER – PRICING SCORES:

1. THALES AND TRIFORK (30 POINTS)
3. SIGMAX (28 POINTS)
4. TECHNOLUTION (27 POINTS)

INITIAL OFFER – QUALITY SCORES:

1. THALES AND SIGMAX (57 POINTS)
3. TECHNOLUTION (50 POINTS)
4. TRIFORK (46 POINTS)

2. SIGMAX (75 POINTS)

FINAL OFFER – PRICING SCORES:

1. SIGMAX (35 POINTS)
2. THALES (28 POINTS)

FINAL OFFER – QUALITY SCORES:

1. THALES (48 POINTS)
2. SIGMAX (40 POINTS)

”

Sigmax gjorde i mail af 8. september 2017 indsigelse over tilbudsevalueringen og fremsatte en række spørgsmål dertil. I mailen står blandt andet:

“Reading your Notification document we have a few questions. We hope you can elaborate on these for us.

On page 2 you write that the solution proposed by Thales is relying on an established architecture and well described integration which is considered to provide the best security for delivering the requirements.

a. Our solution is also based on an established architecture which also connects to a Thales system. What is the difference with our solution and the Thales solution regarding this point? What was the score on this point for us and Thales?

...

In the Quality scores we see an 8 points difference, can you provide us with detailed information in where the differences in points were made? How did you reward the various quality points?

Can you give an overview of the compliance with requirements that Thales has offered?

Looking forward to your fast reply, if feasible latest Tuesday 12 September 2017 because of the stand still period.”

Ved mail af 15. september 2017 svarede Rejsekort følgende:

”...

As a follow up on your mail to Rejsekort A/S on September 8.2017 we shall inform you, that, at present we have no further comments to the decision made by Rejsekort A/S in connection with the award of the contract.

As we have communicated before we thank you for good work in the process and hope that you will consider to participate in future Rejsekort tenders.

...”

Ved mail af samme dato svarede Sigmax blandt andet:

”The notification contained a brief motivation on the Thales proposal as a winning solution for Rejsekort A/S. It also contained a short summary on the evaluation process. Despite the information mentioned in the notice, it is not clear which exact criteria Rejsekort A/S used to determine whether the proposal of Thales or Sigmax would be the winning solution. Also, it has not been made clear in which perspective the proposals of Thales and Sigmax differed, leading to the different amount of points assigned to both proposals. It is not possible to verify whether the right amount of points are attributed to both parties, making it impossible to verify whether both parties were treated equally. The information stated in the notice therefore does not comply with article 18 of the European directive 2014/24/EU.

...

Despite several emails containing reminders, Sigmax has not received any answer of Rejsekort A/S. Today, on the last day of the stand still period, you finally let us know not to comment on our questions, which is another infringement of article 18 of the European directive 2014/24/EU. Since the infringements on article 18 of the European directive 2014/24/EU have not been remedied, you leave Sigmax no choice but to complain before the Complaints Board for Public Procurement (Complaints Board)

...

We will send our complaint to the Complaint Board as soon as possible.”

Den 18. september 2017 fremlagde Rejsekort et udvidet tildelingsnotat, ”Evaluation of Final Offer – extended”, hvorefter fremgår følgende:

“...

As described in Terms and Conditions 10.3 – “Evaluation of Sub Criterion Supply security, quality and compliance with time schedule” the evaluation was based on 5 parameters:

- How to secure quality
- The team members qualification based on CVs
- How to meet the time schedule as set out in Appendix 1
- How the vendors organizational setup meets the customers setup
- How to secure delivery

The scores and motivations of the evaluation are listed below:

	SIGMAX	THALES
THE DESCRIPTION OF HOW TO SECURE QUALITY	Score – 0 POINTS: “Demonstrating experience with a similar setup in NL, but future maintainability and evolution of the proposed solution, relying on more integrations between systems, was considered to provide less security for quality assurance, hence as the least attractive option for RK in the final comparison.”	Score – 100 POINTS: “Offering an end-2-end responsibility for the solution, building on a well-established system was considered the winning solution for RK in the final comparison.”
TEAM MEMBERS QUALIFICATIONS BASED ON CVS	Score – 100 POINTS: “The presentation of several very experienced CVs covering the transportation domain and the fields of android - and agile development - combined with some experience in integration with the RK system, the presented team was considered best qualified in the final comparison.”	Score – 0 POINTS: “The presentation of several very experienced CVs covering the transportation domain and the RK system, combined with some experience within the fields of android - and agile development - the presented team was considered as the less qualified in the final comparison.”
COMPLIANCE WITH TIME SCHEDULE	Score – 100 POINTS: “The presentation of a time schedule with an earlier delivery date than expected, including a supporting and well- documented project plan, made this considered as the winning option for RK in the final comparison.”	Score – 0 POINTS: “The presentation of a time schedule with a delivery date as expected, was considered as the least attractive option for RK in the final comparison.”
HOW THE TENDERES ORGANIZATIONAL SETUP MEETS CUSTOMER SET-UP	Score – 0 POINTS: “The proposed setup is expected to result in a moderate work load on RK system knowledge resources, which combined with an expected moderate work load on RK project resources, was considered as the least attractive option for RK in the final comparison.”	Score – 100 POINTS: “The proposed set-up is expected to result in a minor work load on RK system knowledge resources, which combined with an expected moderate work load on RK project resources, was considered as the winning option for RK in the final comparison.”
HOW IS DELIVERY OF REQUIREMENTS SECURED	Score – 0 POINTS: “The proposed solution, relying on a new, but well described architecture and integrations with a to some extent well described user interface, is considered the least attractive option in the final comparison.”	Score – 100 POINTS: “The proposed solution, relying on an established architecture, well described integrations and to some extent well described user interface, is considered to provide the best security of delivering the requirements and the winning option in the final comparison.”

Converted to points with a max of 100:

Converted to points with a max of 100:

	200/(5 x 100)	300/(5 x 100)
TOTAL	40 POINTS	60 POINTS

...

The overall evaluation resulted in the following ranking:

FINAL OFFER – OVERALL SCORES:

1. THALES - 76 POINTS	28 PRICE POINTS + 48 QUALITY POINTS
2. SIGMAX - 75 POINTS	35 PRICE POINTS + 40 QUALITY POINTS

FINAL OFFER – PRICING SCORES:

PROJECT PRICE (WEIGHT: 65%)	HOURLY PRICE (WEIGHT: 35%)	TOTAL PRICE (WEIGHT: 35%)
1. SIGMAX - 65 POINTS (100 POINTS x 65%)	1. SIGMAX - 35 POINTS (100 POINTS x 35%)	1. SIGMAX - 35 POINTS (100 POINTS x 35%)
2. THALES - 57 POINTS (88 POINTS x 65%)	2. THALES - 23 POINTS (65 POINTS x 35%)	2. THALES - 28 POINTS (80 POINTS x 35%)

FINAL OFFER – QUALITY SCORES:

QUALITY (WEIGHT: 65%)	COMPLIANCE (WEIGHT: 35%)	TOTAL QUALITY (WEIGHT: 65%)
1. THALES - 39 POINTS (60 POINTS x 65%)	1. THALES - 35 POINTS (100 POINTS x 35%)	1. THALES - 48 POINTS (74 POINTS x 65%)
2. SIGMAX - 26 POINTS (40 POINTS x 65%)	1. SIGMAX - 35 POINTS (100 POINTS x 35%)	THALES - 40 POINTS (61 POINTS x 65%)

Ved brev af 19. september 2017 rettede Sigmax igen henvendelse til Rejsekort med bemærkninger til det udvidede evalueringsnotat. I brevet står blandt andet:

“After reading the evaluation, I also have a new and urgent question. In the evaluation, page 2, the points regarding quality were assigned to the two vendors: Sigmax Law Enforcement B.V.(hereinafter referred to as: Sigmax) and Thales Communications & Security (hereinafter referred to as: Thales). The winning option received 100 points, the least attractive option received 0 points.

Contrary to the assignation of points in the evaluation, in your Terms and conditions regarding tender, page 18, it is stated that the party ranked as number one should receive 100 points, and the party ranked as number two should receive 80 points, instead of 0 points.”

I brev af 27. november 2017 fra Rejsekort til Sigmax er blandt andet anført følgende:

“As explained in the section 10 of the Terms and Conditions, Rejsekort expected 5 tenderers to submit final offers, where the best score was set to 100 points. Hence, the point system presented in the Terms and Conditions shows a relative point system from 0-100, where the best offer gets 100 points, the next best 80 and so on, and the lowest score expected to be 20 points.

In the prequalification, Rejsekort nevertheless prequalified 6 tenderers. In order to follow the method described in the tender material, Rejsekort needed to distribute the scores differently, why the lowest score was set to 0 points, the next lowest 20 points and so forth - to be able to distribute the scores evenly.

...

As informed in letter "D20197 - Notification of Award MARK" of September 5th, 2017 Thales did receive the highest overall score after the evaluation, implying that Thales would be the sole Tenderer to be invited into negotiations.

However, when evaluating the initial offers, it was clear that the offers from two tenderers - Thales and Sigmax - were so close, that both tenderers should have the opportunity to prepare a final offer. This would secure an equal and fair process but consequently this meant that a final decisive evaluation had to be conducted.

Since a promotion of the second-best option is not in the interest of Rejsekort, it was considered crucial that the scoring would result in either a win or a loss, clarifying the impact of each of the 5 Quality Criteria set out in the tender documents, when conducting the final and decisive evaluation.

Rejsekort still used the scores 0-100 where the best offer got 100 and the other 0, resulting in a 300-200 scoring in the favor of Thales. The weight of the criteria was of course the same as presented in the Terms and Conditions.

Rejsekort has in the Terms and Conditions presented the evaluation method to be used, in accordance with article 82 of the Directive 2014/25/EU on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors.

The Danish Review Board has on 8 August 2017 (Journal no. 17/00089) ruled in a case regarding publication of evaluation methods. The Review Board came to the conclusion, that the evaluation method must not be detailed in an extent which means that the gradient of the point distribution must be published in the tender documents. It is also stated, that the evaluation method must be described in a way so that the contracting entity has no unconditional choice of model or offer for the subsequent offer assessment.

Rejsekort has published a thorough description of the evaluation method as well as an example of how the point distribution is made, based on the example of 5 offers. The distribution of the scores for the prequalification as well as for the offers follows the evaluation method described and the scores are distributed evenly and objectively. Accordingly, Rejsekort has followed the procurement rules in accordance with the ruling from the Review Board stated above.”

Sigmax fremsatte ved brev af 29. september 2017 indsigelse og yderligere bemærkninger til Rejsekorts svarskrivelse. Rejsekort svarede ved mail af 4. oktober 2017 følgende:

“ ...

Thank you for your reply. I can inform you that Rejsekort A/S has at this point no further comments to the material already sent to Sigmax. We maintain our view that Rejsekort has fulfilled our obligations during the tender process, including adhering to the rules and guidelines outlined by Danish authorities.

...”

Parternes anbringender

Ad påstand 1 og 2

Sigmax har samlet gjort gældende, at Rejsekorts afvigelse fra pointmodellen er i strid med udbudsretten, herunder principperne om gennemsigtighed og ligebehandling, og i strid med punkt 8.6 i udbudsbetingelserne.

I udbudsbetingelserne er angivet, at den tilbudsgiver, der tilbyder den bedste løsning vedrørende delkriteriet "Supply security, quality and compliance with time schedule", tildeles 100 point, mens den tilbudsgiver, der ligger nummer 2, tildeles 80 point og ikke 0 point. Sigmax burde på den baggrund have modtaget 440 point og Thales 460 point for delkriteriet. Når disse tal konverteres, giver det et samlet antal point for Sigmax på 88 point og 92 point til Thales for delkriteriet "Supply security, quality and compliance with time schedule". Ganges dette med vægtningen på 65 %, skulle Sigmax modtage 57 point og Thales 60 point. Hertil lægges yderligere 35 point, som er det antal point, Sigmax modtog vedrørende delkriteriet "Compliance with requirements". Tilsammen giver dette i alt 92 point til Sigmax og 95 point til Thales.

Ganges dette med vægtningen 65 % for underkriteriet "Quality", ville Sigmax få i alt 60 point for underkriteriet, mens Thales ville få 62 point. Lægges dette til antallet af point for underkriteriet Pris, ville Sigmax have i alt $60 + 35 = 95$ point, mens Thales ville have i alt $62 + 28 = 90$ point. Dermed ville Sigmax have fået det højeste samlede antal point og er den, der leverede tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet. Havde Rejsekort anvendt det laveste antal point, dvs. 20 point, i evalueringen, ville Sigmax stadig have opnået det højeste antal point, idet det ville give i alt 80 point til Sigmax og 79 point til Thales.

Hvis pointskalaen 20-100 var anvendt som beskrevet i udbudsbetingelserne, ville Sigmax således have afgivet tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet. Thales var således kun i stand til at vinde, fordi Rejsekort anvendte den ændrede pointmodel med enten 0 eller 100 point. Det er derfor ikke korrekt, når Rejsekort hævder, at Rejsekort behandlede både Thales og Sigmax lige med den ændrede pointmodel.

En skala på 0-100 medfører en markant forskel mellem tilbudsgiverne og et resultat, der er langt fra det resultat, tilbudsgiverne ville have opnået, hvis Rejsekort havde efterlevet den model, som var beskrevet i udbudsbetingelserne. Idet Rejsekort netop har beskrevet evalueringsmodellen, herunder pointmodellen, i udbudsbetingelserne, skal denne følges og kan ikke ændres undervejs i processen, jf. ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Klagenævnets kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland, ændrer ikke herved.

Rejsekort havde i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne fastsat, at 5 ansøgere ville blive prækvalificeret, og den offentliggjorte skala 100-80-60-40-20 var indrettet herpå. Intet sted i de almindelige betingelser nævnes en score på 0.

Sigmax har endelig anført, at pointskalaen i de almindelige betingelser er definitiv. Udbudsbetingelserne indeholder endvidere ikke forskellige procedurer for evaluering af det indledende og det endelige tilbud.

Såfremt der er sket en overtrædelse af udbudslovgivningen, ønsker Sigmax, at kontrakten mellem Rejsekort og Thales erklæres ugyldig, og at kontrakten tildeles Sigmax.

Rejsekort har overordnet gjort gældende, at Rejsekort under tilbudsevalueringen har handlet i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Rejsekort har nærmere anført, at den beskrevne pointskala fordeler sig lineært fra 20-100 point, idet Rejsekort forventede at modtage 5 tilbud, hvilket fremgår af udbudsbekendtgørelsen. Rejsekort valgte imidlertid at prækvalificere 6 ansøgere, og Rejsekort modtog herefter 4 indledende tilbud.

Ved gennemgangen af de indkomne tilbud konstaterede Rejsekort, at Thales fik den højeste samlede score for det indledende tilbud. I udbudsbetingelserne havde Rejsekort forbeholdt sig ret til kun at forhandle med én tilbudsgiver, men da Sigmax pointmæssigt lå tæt på Thales, indkaldte Rejsekort de to tilbudsgivere til forhandlingsrunder og modtog tilbud fra begge. Dette viser, at Rejsekort ikke har haft incitament til at forfordle Sigmax, men omvendt har ønsket at lade Sigmax gå videre i udbuddet på trods af, at der var støtte i udbudsmaterialet til ikke at gøre det.

Rejsekort har videre anført, at den beskrevne evalueringsmodel vedrørende de kvalitative delkriterier rummer en svaghed i forhold til anvendelse på kun 2 tilbud, idet tilbudsgiverne på forhånd kan beregne udfaldsrummet for pointtildelingen.

Vedrørende delkriteriet "Compliance with requirements" kender tilbudsgiveren således deres fillrate, og det opnåede antal point kan derfor beregnes på forhånd (f.eks. fillrate 100 % gange vægt 35 %, svarende til 35 point). Vedrørende delkriteriet "Supply security, quality and compliance with schedule" vil tilbudsgiverne tilsvarende kunne beregne, inden for hvilket interval pointtildelingen vil ligge, ved at gange vægten 65 % med henholdsvis maksimum og minimum point, uagtet hvilken pointtildeling inden for den anvendte skala der måtte være anvendt.

Konsekvensen heraf er, at udbuddets 2 tilbageværende tilbudsgivere på forhånd kan fastlægge et interval, inden for hvilket 65 % af den samlede pointtildeling vil ligge. De 2 tilbudsgivere ville dermed inden afgivelse af endeligt tilbud kunne estimere, hvor meget prisen på det indledende tilbud skal sænkes for at kompensere for evt. manglende point for "Kvalitet" i den endelige vurdering.

Herved bliver prisen de facto det udslagsgivende kriterium, og ligebehandlingen af udbuddets øvrige deltagere vil blive kraftigt udfordret. Rejsekort vurderede det nødvendigt, at pointtildelingen ved vurderingen af det endelige tilbud sikrede en fastholdelse af udbuddets oprindelige relation mellem pris og kvalitet samt de etablerede kriterier og vægtninger, hvorfor det ville være meningsløst at genanvende den indledende evalueringens hældningsgrad ved pointtildelingen.

Rejsekort besluttede på den baggrund at anvende en partiel afgørende evaluering af de 2 modtagne endelige tilbud specifikt for hvert af de fem listede kriterier til delkriteriet "Supply security, quality and compliance with schedule". Rejsekort fandt støtte i dette valg i klagenævnets kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland, som fastslår, at alle detaljer af evalueringsmetoden ikke behøver at offentliggøres på forhånd. Evalueringen af delkriteriet skulle afvikles efter en model, hvor hver af de 5 underparametre i delkriteriet enten blev vundet eller tabt. Af hensyn til gennemsigtighed og kontinuitet i ligebehandlingen af

alle udbuddets deltagere var det nødvendigt at fastholde den samlede model for så vidt angår evalueringskriterier og pointtildeling, hvorfor op til 500 point (5 x 100 point, 100 point for hver af de 5 underparameter) til hver af de resterende 2 tilbudsgivere skulle fordeles. Det var derfor nødvendigt at anvende udbuddets fulde skala, gående fra 100 point for et vundet kriterium og 0 point for et tabt kriterium i den afgørende evaluering, hvilket havde den afledte konsekvens, at en ændring af hældningsgraden for pointtildeling i den afgørende evaluering var nødvendig. Rejsekort har i denne forbindelse anført, at udbudsbetingelsernes beskrivelse af antallet af tilbudsgivere ikke er udtryk for et definitivt antal, og at pointskalaen er et eksempel. Rejsekort har derfor ikke vurderet det nødvendigt at vise et eksempel på pointtildeling for ethvert tænkeligt udfald af antal tilbudsgivere.

Rejsekort har fremhævet, at pointmodellen gjaldt for begge tilbudsgivere, og Thales ligeledes modtog 0 point og ikke 80 point på de kvalitetsparametre, som Thales tabte. Thales endte med at tabe 2 ud af 5 parametre. Princippet om ligebehandling er derved opfyldt.

Ad påstand 3

Sigmax har gjort gældende, at tildelingsmeddelelsen ikke indeholdt nogen nærmere begrundelse for Rejsekorts beslutning om tildeling af kontrakten. Ved mail af 8. september 2017 bad Sigmax specifikt om information, men først efter at Sigmax den 15. september 2017 meddelte Rejsekort, at Sigmax agtede at indgive en klage, sendte Rejsekort den 18. september 2017 – efter standstill-periodens udløb – det udvidede evalueringsnotat, hvoraf pointtildelingen fremgår. Hverken i tildelingsbeslutningen eller i det udvidede evalueringsnotat er det imidlertid præciseret, i hvilken henseende tilbuddene fra Thales og Sigmax var forskellige. Rejsekort burde således have givet flere oplysninger. Uden disse oplysninger kunne Sigmax ikke verificere, om tildelingen af point skete objektivt, hvilket gjorde det umuligt at verificere, om Rejsekort overholdt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Rejsekort har gjort gældende, at Rejsekort har taget udgangspunkt i god skik og praksis for begrundelse af tildeling af udbud. Ved beslutningen om, hvilken tilbudsgiver der vandt udbuddet, sendte Rejsekort afslagsbrev til Sigmax og øvrige tilbudsgivere med meddelelse om, at Rejsekort påtænkte at tildele kontrakten til Thales. På opfordring fra Sigmax sendte Rejsekort

efterfølgende et tildelingsnotat, som indeholdt en mere detaljeret redegørelse for, hvordan de forskellige kvalitetsparametre var blevet vurderet for henholdsvis Thales og Sigmax. Rejsekorts underretning indeholdt 1) tilstrækkelige oplysninger om det vindende tilbuds karakteristika og relative fordele i forhold til det forbigåede tilbud, 2) oplysninger om de centrale elementer, der har været væsentlige og udslagsgivende ved bedømmelsen af det vindende og det forbigåede tilbud for de enkelte under- og delkriterier, 3) navnet på den vindende tilbudsgiver, 4) resultatet af evalueringen på delkriterieniveau og 5) oplysninger om de forhold, der er lagt vægt på. Meddelelsen opfyldt derved kravene til begrundelse for tildeling af kontrakt.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand og 2

For underkriteriet ”Quality”, som vægtede 65 %, har Rejsekort som delkriterium med en vægt på 65 % fastsat kriteriet ”Supply security, quality and compliance with time schedule”. I udbudsbetingelsernes pkt. 10.3.3 har Rejsekort fastsat en evalueringsmodel, hvorefter tilbudsgiverne for hvert af 5 underpunkter til delkriteriet kunne opnå point fra 20 til 100. Klagenævnet har ikke fundet støtte i udbudsbetingelserne for, at pointskalaen 20-100 blot var indsat som et eksempel som anført af Rejsekort.

I den endelige tilbudsevaluering har Rejsekort ubestridt fraveget pointmodellen på 20-100 point vedrørende delkriteriet ”Supply security, quality and compliance with time schedule”.

Rejsekort har under sagen anført, at tilbuddene fra Thales og Sigmax i den endelige tilbudsevaluering konkurrerede om de enkelte underpunkter til delkriteriet, således at det enkelte underpunkt enten blev tabt, hvorved man modtog 0 point, eller vundet, hvorved man modtog 100 point. Denne konkrete forskel i evalueringsmetode var ikke meldt ud til tilbudsgiverne i løbet af udbudsprocessen, ligesom det ikke var meldt ud eller beskrevet noget sted i udbudsmaterialet, at evalueringen af de endelige tilbud på noget punkt ville foregå på anden vis end beskrevet i udbudsbetingelsernes pkt. 10.3.3.

I lovbemærkningerne til udbudslovens § 160, som finder anvendelse ved udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. § 14 i bekendtgørelse nr.

1624 af 15. december 2015 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester, hedder det blandt andet om evalueringsmodeller:

”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.

...

(...)i forbindelse med kvalitative under- og eventuelle delkriterier [skal det] 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.

...

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.

...

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.

...

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.”

Rejsekorts ændring af evalueringsmetoden har karakter af en ændring af et grundlæggende element, som ikke kunne foretages uden et fornyet udbud. Klagenævnet har lagt vægt på, at ændringen af evalueringsmetoden for Thales og Sigmax ubestridt har været udslagsgivende ved det endelige resultat, og at ændringen dermed har fordrejet konkurrencen mellem de to tilbudsgivere.

Da den faktisk anvendte metode ved evalueringen af delkriteriet strider mod det, som er beskrevet i udbudsbetingelserne, har Rejsekort handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Det kan ikke føre til et andet resultat, at evalueringsmodellen, som den er beskrevet i udbudsbetingelserne, efter Rejsekorts opfattelse konkret viste sig uegnet til bedømmelse af de indkomne tilbud, idet ordregiveren bærer risikoen for udformning af udbudsmaterialet.

Klagenævnet tager herefter påstand 1 og 2 til følge.

Klagenævnet kan efter lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 2, blandt andet afgøre en sag i realiteten helt eller delvis. Hvis klagenævnet behandler en sag delvis, tager nævnet ikke stilling til den øvrige del af klagen. Under hensyn til klagenævnets resultat vedrørende påstand 1 og 2 tager nævnet ikke stilling til påstand 3.

Efter karakteren af den overtrædelse, som klagenævnet har konstateret i relation til påstand 1 og 2, annullerer klagenævnet Rejsekorts tildelingsbeslutning af 5. september 2017.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1 og 2

Rejsekort A/S har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at tildele kontrakten til Thales, idet Rejsekort A/S afveg fra vilkårene for fordelingen af point uden at motivere denne beslutning eller oplyse tilbudsgiverne om denne beslutning.

Rejsekort A/S' beslutning af 5. september 2017 om at indgå kontrakt med Thales Communications and Security annulleres.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
fuldmægtig