

K E N D E L S E

A/S Julius Nielsen & Søn
(advokat Christian B. Prophet-Rannow, København)

mod

Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse
(advokat Bo Schmidt Pedersen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 033-059132 af 14. februar 2017 udbød Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse ("Ejendomsstyrelsen") som udbud med forhandling efter udbudsloven udførelsesarbejder i forbindelse med restaurering og modernisering af De Gule Stokke i Nyboder, etape 2. Udbuddet blev opdelt i 5 entrepriser, hvoraf de 4 blev udbudt ved ovennævnte udbudsbekendtgørelse. Denne sag vedrører udbuddet af entreprisen "E02 Tømmerstorentreprise".

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 17. marts 2017 havde 12 virksomheder anmodet om prækvalifikation på tømmerstorentreprisen, herunder:

1. A/S Julius Nielsen & Søn ("Julius Nielsen")
2. Enemærke & Petersen A/S
3. Jakon A/S

Den 3. april 2017 besluttede Ejendomsstyrelsen at prækvalificere disse tre virksomheder.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af indledende tilbud den 5. maj 2017 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud.

I perioden fra den 8. maj 2017 til den 12. juni 2017 gennemførte Ejendomsstyrelsen forhandlingsmøder med tilbudsgiverne.

Den 7. juli 2017 udsendte Ejendomsstyrelsen et revideret sæt udbudsbetingelser, og tilbudsgiverne blev opfordret til at afgive et endeligt tilbud, hvilket alle tre virksomheder gjorde inden for fristen den 1. september 2017.

Den 20. oktober 2017 meddelte Ejendomsstyrelsen Julius Nielsen, at Ejendomsstyrelsen havde besluttet at tildele kontrakten til Jakon A/S.

Den 30. oktober 2017 indgav Julius Nielsen klage til Klagenævnet for Udbud over Ejendomsstyrelsen. Julius Nielsen fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 29. november 2017 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om ”fumus boni juris” ikke var opfyldt.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Julius Nielsen har nedlagt følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at ændre den offentliggjorte evalueringsmodel for underkriteriet ”Pris” efter afgivelsen af det indledende tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved i udbudsmaterialet at have beskrevet og anvendt en evalueringsmodel, hvor underkriteriet ”Pris” vurderes relativt samtidig med, at de kvalitative underkriterier, ”Organisation og bemanning”, ”Risikohåndtering” og ”Procesbeskrivelse”, vurderes i henhold til en absolut vurderingsskala.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at anvende principper for pointtildeling, der indebærer, at underkriteriet ”Pris” vægter mere end fastsat i udbudsbetingelserne.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse har handlet i strid med udbudslovens § 66, stk. 5, 2. pkt., ved at have foretaget ændringer i de grundlæggende elementer i det oprindelig udsendte udbudsmateriale.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal annullere Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelses beslutning af 20. oktober 2017 om at tildele den udbudte kontrakt til Jakon A/S.

Påstand 6

Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse tilpligtes at betale A/S Julius Nielsen & Søn kr. 13.800.000,00 ekskl. moms, subsidiært et mindre beløb med tillæg af procesrente fra klagens indgivelse.

Påstand 7 (subsidiær i forhold til påstand 6)

Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse tilpligtes at betale A/S Julius Nielsen & Søn kr. 701.300,00 ekskl. moms, subsidiært et mindre beløb med tillæg af procesrente fra klagens indgivelse.”

Ejendomsstyrelsen har vedrørende påstand 1 - 5 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge og overfor påstand 6 - 7 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 6 og 7, indtil klagenævnet har taget stilling til påstand 1 - 5.

Klagenævnet har den 31. oktober 2017 meddelt Ejendomsstyrelsens kontraktpart, Jakon A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Jakon A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsen fremgik blandt andet:

”II.2.5) Tildelingskriterier

Prisen er ikke det eneste tildelingskriterium og alle kriterier er udelukkende anført i udbudsdokumenterne.

...”

I udbudsbetingelserne stod der:

”...

12.1 Tildelingskriteriet

Tildelingskriteriet er bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Ordregiver vil i den forbindelse lægge følgende underkriterier til grund:

- 1) Pris 40 %
- 2) Organisation og bemanning 20 %
- 3) Risikohåndtering 20 %
- 4) Procesbeskrivelse 20 %

Procentsatserne angiver de enkelte underkriteriers vægt i tilbudsevalueringen.

...

12.2 Evalueringsmodel

Med henblik på at vurdere, hvilket tilbud der har det bedste forhold mellem pris og kvalitet, benytter ordregiver en pointmodel til sammenstilling af underkriterierne ”Pris” og ”Kvalitet”. Pointmodellen er beskrevet nærmere nedenfor.

Underkriteriet "Pris" vil blive bedømt på grundlag af den anførte pris i tilbudslisten, benævnt "Pristilbudssum, ekskl. moms", der udgør den evalueringstekniske pris.

De indkomne tilbud tildeles point for "Pris" efter en lineær model, hvor tilbuddet med den laveste pris får tildelt 5 point (det maksimale antal point), og 1 point (minimumpoint) gives ved laveste pris + 50 %.

Ordregiver vil dog justere det ovenfor angivne prisspænd (50 %) i følgende tilfælde:

- Såfremt et eller flere tilbud ligger uden for prisspændet (spændet mellem laveste pris og laveste pris + 50%), og det tilbud, der samlet står til at opnå det højeste totale antal point for pris og

kvalitet, er blandt disse, udvides prisspændet til at inkludere dette tilbud, hvorefter der foretages en fornyet prisevaluering.

Der gives pointtal med 2 decimaler. Ovenstående er udtryk for, at "Pris" vurderes relativt, således at tilbuddene vurderes op imod hinanden.

Vurderingen af "Kvalitet" vil ske på grundlag af de elementer, som ordregiver i punkt 12.1 ovenfor har angivet vil blive tillagt positiv vægt.

Delkriterierne under "Kvalitet" vurderes i overensstemmelse med tildelingskriterierne på baggrund af følgende vurderingsskala.

Særdeles tilfredsstillende besvarelse	10 point
Meget tilfredsstillende besvarelse	8 point
Tilfredsstillende besvarelse	5 point
Mindre tilfredsstillende besvarelse	3 point
Ikke tilfredsstillende besvarelse	1 point

Point, der ikke er beskrevet ovenfor, gives for besvarelser, der ligger imellem de ovenfor angivne, således at eksempelvis 7 gives for en besvarelse, der er mere end tilfredsstillende, men dog mindre end meget tilfredsstillende.

På baggrund af vurderingen af de enkelte delkriterier foretages en beregning af vurderingen af underkriteriet "Kvalitet". Delkriterierne vægt er angivet i punkt 12.1 ovenfor.

Identifikation af tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet:

Tilbuddet, der med udgangspunkt i ovenstående evalueringsmetode, har opnået det højeste antal point henset til kriterierne indbyrdes vægtning, jf. punkt 12.1 ovenfor, vurderes at være tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

...

Fristen for modtagelse af ansøgning om prækvalifikation udløb den 17. marts 2017, hvor 12 virksomheder havde ansøgt om at afgive tilbud på entreprisen E02 Tømmerstorentreprisen.

Ejendomsstyrelsen prækvalificerede den 3. april 2017 som nævnt virksomhederne Julius Nielsen, Enemærke & Petersen A/S og Jakon A/S.

De tre prækvalificerede blev opfordret til at afgive tilbud på tømrestoren-treprise.

Inden for den fastsatte frist den 5. maj 2017 modtog Ejendomsstyrelsen indledende tilbud fra de tre prækvalificerede virksomheder, og de indkomne tilbudssummer blev i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes pkt. 11 offentliggjort elektronisk, jf. licitationsprotokol af 5. maj 2017.

Efter at have gennemført forhandlinger med alle tre tilbudsgivere udsendte Ejendomsstyrelsen den 7. juli 2017 et opfordringsbrev til afgivelse af endeligt tilbud. Der blev samtidig udsendt overordnede referater fra de individuelle forhandlingsmøder til hver af de tre tilbudsgivere.

I opfordringsbrevet henviste Ejendomsstyrelsen til det reviderede udbudsmateriale, der fra samme dato var tilgængeligt på iBinder.

I samme brev skrev Ejendomsstyrelsen:

”Ændringer i materialet i forhold til tidligere er markeret med ændringsmarkeringer (på tegninger med ”ændringsskyer”). På iBinder vil de reviderede dokumenter være tilgængelige i en version med ændringsmarkeringer samt i en rensset version”.

Ejendomsstyrelsen havde blandt andet foretaget ændringer i udbudsbetingelserne, og af de ændrede udbudsbetingelser, der blev offentliggjort den 7. juli 2017, fremgik følgende vedrørende evalueringsmodellen for så vidt angik underkriteriet ”Pris”:

”12.2 Evalueringsmodel

...

Underkriteriet "Pris" vil blive bedømt på grundlag af den anførte pris i tilbudslisten, benævnt "Pristilbudssum, ekskl. moms", der udgør den evalueringstekniske pris.

De indkomne tilbud tildeles point for "Pris" efter en lineær model, hvor tilbuddet med den laveste pris får tildelt 5 10 point (det maksimale antal point), og 1 point (minimumpoint) gives ved laveste pris + 50 %.

Ordregiver vil dog justere det ovenfor angivne prisspænd (50 %) i følgende tilfælde:

- Såfremt et eller flere tilbud ligger uden for prisspændet (spændet mellem laveste pris og laveste pris + 50%), og det tilbud, der samlet står til at opnå det højeste totale antal point for pris og kvalitet, er blandt disse, udvides prisspændet til at inkludere dette tilbud, hvorefter der foretages en fornyet prisevaluering.

Der gives pointtal med 2 decimaler. Ovenstående er udtryk for, at "Pris" vurderes relativt, således at tilbuddene vurderes op imod hinanden.

...

Ændringen i udbudsbetingelserne var gældende for alle 4 storentrepriser.

Indenfor den fastsatte frist den 1. september 2017 modtog Ejendomsstyrelsen endelige tilbud fra alle tre tilbudsgivere.

Ved brev af 20. oktober 2017 modtog Julius Nielsen meddelelse om afslag fra Ejendomsstyrelsen, der oplyste, at Jakon A/S havde afgivet tilbud med det bedste forhold mellem pris og kvalitet vurderet i forhold til tildelingskriteriet og underkriterierne.

I brevet stod der blandt andet følgende:

”Tilbudsevalueringen er gennemført som beskrevet i udbudsbetingelserne.

...

Tilbudsevalueringen har samlet vist følgende resultat:

Tilbudsgiver	Pris (DKK)	Organisation	Risikohåndtering	Proces	Point
A/S Julius Nielsen & Søn	85.712.435,00 (3,57)	7 (1,40)	6 (1,20)	7 (1,40)	7,57
Ene-mærke & Petersen A/S	86.060.704,89 (3,54)	5 (1,00)	4 (0,80)	4 (0,80)	6,14
Jakon A/S	80.885.000,75 (4,00)	8 (1,60)	5 (1,00)	5 (1,00)	7,60

Som det fremgår af skemaet, har tilbuddet fra A/S Julius Nielsen & Søn opnået højere point end det vindende tilbud på to af de kvalitative underkriterier. Derimod har tilbuddet fra Jakon A/S opnået højere point end A/S Julius Nielsen & Søns tilbud på ét af de kvalitative underkriterier, ligesom Jakon A/S har tilbudt en lavere evalueringsteknisk pris end A/S Julius Nielsen & Søn.

...”

I et uddrag af evalueringsnotat for Julius Nielsen stod det blandt andet:

”Ved evalueringen af underkriteriet ”Pris” er de indkomne tilbud tildelt point fra 1-10 efter en lineær model, hvor tilbuddet med den laveste pris er tildelt 10 point, og hvor 1 point er givet ved laveste pris + 50 %.

...

3.2 Julius Nielsen & Søn A/S

Ordregiver har evalueret Julius Nielsen & Søn A/S's tilbud som følger:

3.2.1 Pris 40 %

Julius Nielsen & Søn A/S har en evalueringsteknisk tilbudspris på kr. 85.712.435,00, som omregnet giver en vægtet pointscore på 3,57.

...

3.3 Jakon A/S

Ordregiver har evalueret Jakon A/S's tilbud som følger:

3.3.1 Pris 40 %

Jakon A/S har en evalueringsteknisk tilbudspris på kr. 80.885.000,75, som omregnet giver en vægtet pointscore på 4,00.

...”

Parternes anbringender

Ad påstand 1 og 4

Julius Nielsen har gjort gældende, at den offentliggjorte evalueringsmodel, herunder den del der vedrørte underkriteriet ”Pris”, udgjorde et grundlæg-

gende element i udbuddet, der skulle forblive stabilt under hele udbudsproceduren.

Ejendomsstyrelsen har ikke bevist, at ændringerne i det offentliggjorte underkriterium for ”Pris”, ikke udgjorde ændringer i et grundlæggende element.

Ændringerne kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet, eller fordrejet/forrykket konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgiverne, jf. i den forbindelse udbudslovens § 24, nr. 37, hvilket den faktisk også gjorde.

Ved at ændre evalueringsmodellen ændredes den indbyrdes rækkefølge mellem de tilbud, som de tre tilbudsgivere havde afgivet. Hvis den oprindelige evalueringsmodel var blevet fastholdt, ville Julius Nielsen være blevet udpeget som vinder med en score på 5,81, da Jakon A/S og Enemærke & Petersen A/S alene ville have opnået henholdsvis 5,60 point og 4,40 point.

Ændring af et grundlæggende element kan ikke ske uden fornyet udbud. Dette støttes af, at Ejendomsstyrelsen hverken havde fastlagt eller beskrevet tilpasningsmuligheder eller sekundære evalueringsmetoder i udbudsbetingelserne eller i udbudsmaterialet i øvrigt.

Ved at ændre pointskalaen for underkriteriet ”Pris” fra pointskalaen 1-5 til 1-10 ændrede Ejendomsstyrelsen hældningsgraden på den lineære pointmodel, der skulle have været anvendt ved evalueringen af tilbuddene.

Det påhvilede Ejendomsstyrelsen at sikre, at bedømmelsen skete på en gennemsigtig måde i overensstemmelse med det, som havde været oplyst i udbudsmaterialet. Ejendomsstyrelsen skal i den forbindelse kunne godtgøre, at evalueringen skete i overensstemmelse med den angivne vægtning i udbudsmaterialet.

Efter udbudslovens § 132 var Ejendomsstyrelsen forpligtet til at give ”fri, direkte og fuld elektronisk adgang til udbudsmaterialet fra datoen for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen i den Europæiske Unions Tidende”.

Når det fremgår af bemærkningerne til udbudslovens § 160, at evalueringen skal ske i overensstemmelse med den angivne vægtning i udbudsmaterialet, må der herved forstås det udbudsmateriale, herunder udbudsbetingelser 1, som blev offentliggjort den 16. oktober 2016, jf. definitionen af ”udbudsmateriale” i udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 36.

Det bestrides, at fejlen i pointskalaen fremstod som en åbenbar skrivefejl, da Ejendomsstyrelsen først opdagede fejlen efter at have modtaget de indledende tilbud og gennemført forhandlingsmøderne. Det bestrides endvidere, at ”skrivefejlen” nødvendiggjorde en korrektion. Det fremgår således af klagenævnets delkendelse i sagen, at sammenlignelighed kunne sikres på ”anden vis” end ved ens skalaer. Det var derfor ikke givet, at den offentliggjorte evalueringsmodel skulle ”berigtiges” med en ændring af evalueringsmetoden vedrørende pris.

Prisforskellen mellem Julius Niensens og Jakons A/S’ indledende tilbud udgjorde et væsentligt incitament for Ejendomsstyrelsen til at ændre på den oprindelige evalueringsmodel/pointskala. Selve den omstændighed, at der således bestod en risiko for, at Ejendomsstyrelsen inddrog andre (usaglige) hensyn – end at rette en ”åbenbar skrivefejl” – indebar, at Ejendomsstyrelsen med ændringen i evalueringsmodellen overtrådte ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet samt udbudslovens § 66, stk. 5, 2. pkt.

Den omstændighed, at tilbudsgiverne ikke kom med indsigelser på tidspunktet for udsendelsen af de reviderede udbudsbetingelser, kan ikke være afgørende for, hvorvidt Ejendomsstyrelsen har handlet i strid med udbudslovens regler.

Det bemærkes i den forbindelse, at den væsentlige ændring i prisskalaen blev ”gemt” blandt de øvrige mindre ændringer, hvilket var medvirkende til, at tilbudsgivernes opmærksomhed ikke blev henledt herpå.

Ejendomsstyrelsen har gjort gældende, at Ejendomsstyrelsen ikke foretog en ændring, men derimod en præcisering af pointskalaen, således at denne stemte overens med Ejendomsstyrelsens udmeldte vægtning af underkriterierne.

Ved en fejl havde Ejendomsstyrelsen i den første version af udbudsbetingelserne angivet, at underkriteriet ”Pris” ville blive tildelt point på en skala

fra 1 – 5, mens de resterende underkriterier under ”Kvalitet” ville blive tildelt point på en skala fra 1 – 10.

Det har aldrig været Ejendomsstyrelsens intention, at der skulle være forskellige pointskalaer på henholdsvis priskriteriet og de kvalitative kriterier, hvilket også ville have været højst usædvanligt, og fejlen fremstod da som en åbenbar skrivefejl, der kunne berigtiges, hvilket skete, efter forhandlingsmøderne var gennemført.

Det bestrides, at Ejendomsstyrelsen ved at foretage denne præcisering reelt foretog en ændring af evalueringsmodellen.

Det ville savne mening, hvis Ejendomsstyrelsen havde fastholdt, at pointskalaerne for underkriterierne skulle være forskellige, idet dette ville betyde, at den fastsatte vægtning af underkriterierne reelt var anderledes end angivet. Var pointskalaen for ”Pris” fastsat til 1-5, mens skalaen for de øvrige kriterier var fastsat til 1-10, havde ”Pris” således ikke vægtet 40 %, som var Ejendomsstyrelsens intention, men derimod reelt kun 20 % som de øvrige underkriterier.

Det bestrides, at der ved præciseringen skete en ændring af et grundlæggende element, som ikke kunne ske uden fornyet udbud.

Følgende fremgår bl.a. af bemærkningerne til udbudslovens § 160 (side 184):

”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 rettelse 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.”

Det bestrides, at Ejendomsstyrelsens ændring af pointskalaen var egnet til eller konkret medførte, at ansøgningsfeltet om prækvalifikation ville have været anderledes.

Det bestrides endvidere, at præciseringen har forvredet konkurrencen mellem tilbudsgiverne.

Ejendomsstyrelsen foretog præciseringen i forbindelse med udsendelsen af det reviderede materiale, ved at ændringerne var markeret i den nye version af udbudsmaterialet. Derefter havde tilbudsgiverne ca. 2 måneder (altså længere tid end minimumstilbudsfristerne ved offentlige eller begrænsede udbud) til at udarbejde deres endelige tilbud, idet tilbudsfristen for det endelige tilbud var fastsat til 1. september 2017.

Præciseringen blev således offentliggjort for alle tre tilbudsgivere samtidig (og samtidigt på de øvrige storentrepriser) og i god tid inden tilbudsfristen.

Tilbudsgiverne fik i forbindelse med offentliggørelsen af licitationsprotokollen af 5. maj 2017 vedrørende det indledende tilbud oplyst de øvrige tilbudsgiveres tilbudssummer i de indledende tilbud. Det var således muligt for tilbudsgiverne at tage disse oplysninger – sammen med præciseringen af pointskalaen – i betragtning ved udarbejdelsen af de endelige tilbud, hvilket understøtter, at præciseringen på ingen måde har haft betydning for konkurrencen, hvilket må skulle vurderes på tidspunktet for tilbudsafgivelsen.

Det bestrides som udokumenteret, at ændringen skulle være båret af usaglige hensyn. Ændringen blev foretaget på et tidspunkt, hvor Ejendomsstyrelsen endnu ikke havde set de endelige tilbud, og allerede af den grund kan ændringen ikke være sket for at tilgodese bestemte tilbudsgivere. Endvidere måtte Ejendomsstyrelsen forvente, at tilbudsgiverne ville ændre priserne i de endelige tilbud, da tilbudsgiverne i forbindelse med offentliggørelsen af licitationsprotokollen af 5. maj 2017 som anført fik oplyst tilbudssummerne i de øvrige tilbudsgiveres indledende tilbud.

Det må komme Julius Nielsen til skade, at virksomheden i den ca. 2 måneder lange tilbudsperiode for det afsluttende tilbud ikke gjorde opmærksom på, at virksomheden var af den opfattelse, at præciseringen af pointskalaen var en ændring af et grundlæggende element.

Af både udbudsbetingelser 1 og udbudsbetingelser 2 fremgik det, at Ejendomsstyrelsen i relation til prisevalueringssmodellen havde forbeholdt sig retten til at justere i prisspændet (på 50 %), i tilfælde af, at et eller flere tilbud lå uden for prisspændet, og det tilbud, der samlet stod til at opnå det højeste totale antal point for pris og kvalitet, var blandt disse.

Såfremt Ejendomsstyrelsen ikke havde foretaget justeringen af pointskalaen, ville styrelsen have været nødsaget til at omregne de afgivne point til en fælles skala.

Det bestrides, at præciseringen blev ”gemt” ved udsendelse af det reviderede materiale. Det reviderede materiale var med ændringsmarkeringer på de steder, hvor materialet var forskelligt fra det først offentliggjorte, hvilket tilbudsgiverne blev gjort opmærksom på i opfordringsbrevet. Det er tilbudsgivernes ansvar at gennemgå det reviderede materiale.

Ad påstand 2 og 3

Julius Nielsen har gjort gældende, at Ejendomsstyrelsen ved at evaluere underkriteriet ”Pris” ud fra en relativ model samtidig med, at vurderingen af de kvalitative underkriterier skete ud fra en absolut vurderingsskala, har anvendt to pointskalaer, der ikke var sammenlignelige, hvilket indebærer en risiko for, at den oplyste vægtning i udbudsmaterialet forrykkedes.

De to forskellige pointskalaer samt principper for evaluering af tilbuddene indebærer en risiko for, at underkriteriet ”Pris” vægtede mere end de 40 %, som var oplyst i udbudsmaterialet.

Ved at have evalueret de endelige tilbud i henhold til evalueringssmodellen i udbudsbetingelser 2, der både rummede et relativt og et absolut element, har Ejendomsstyrelsen handlet i strid med det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip og ligebehandlingsprincip.

Julius Nielsen skulle have haft tildelt opgaven, såfremt Ejendomsstyrelsen havde tildelt opgaven i henhold til udbudsbetingelser 1.

Det bestrides, at udbudslovens § 160 kan fortolkes således, at den rummer mulighed for at evaluere underkriterier både relativt og absolut. Det gøres derfor gældende, at en ordregiver enten må benytte sig af en relativ evaluering

ringsmodel eller en absolut evalueringsmodel på samtlige underkriterier. Derved sikres det også, som nævnt i klagenævnets delkendelse af 29. november 2017, at de point, der gives for forskellige underkriterier, kan sammenlignes.

Såfremt Ejendomsstyrelsen havde evalueret alle underkriterier relativt efter vægtningen i de reviderede udbudsbetingelser, ville Julius Nielsen have opnået den højeste score og dermed vundet udbuddet. Dermed ville de tildelte karakterer også have afspejlet de oplyste vægte modsat den faktisk gennemførte vægtning, hvor de respektive underkriterier faktisk vægtede væsentligt anderledes end oplyst i udbudsmaterialet.

Dette kan eksempelvis konstateres ved at se på den (vægtede) karakter, som Jakon A/S' tilbud blev tildelt, for så vidt angår underkriteriet "Pris". Ifølge evalueringsnotatet blev Jakon A/S tildelt en samlet pointscore på 7,60, hvoraf scoren for pris udgjorde 4,00. Dette betød, at prisen vægtede 52 %, hvorved den faktiske vægtning ikke svarede til de 40 %, der fremgik af udbudsmaterialet.

Ejendomsstyrelsen har gjort gældende, at Ejendomsstyrelsen ikke har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have anvendt en evalueringsmodel, hvor underkriteriet "Pris" blev vurderet relativt samtidig med, at de øvrige underkriterier blev vurderet i henhold til en absolut skala.

Følgende er anført i bemærkningerne til udbudslovens § 160:

"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."

Bemærkningerne til bestemmelsen er i overensstemmelse med det grundlæggende princip i udbudsloven om, at en ordregiver har meget betydelige frihedsgrader til at vælge, hvordan ordregiver vil evaluere tilbuddene i hen-

hold til de enkelte kriterier. Det afgørende er, at evalueringsmetoden er gennemsigtig, og at ordregiver foretager evalueringen i henhold til de underkriterier, der er fastsat, samt under anvendelse af de evalueringsmetoder, der fremgår af udbudsmaterialet, jf. udbudslovens § 160, samt lovbemærkningerne hertil.

Hverken udbudslovens § 160 eller lovbemærkningerne hertil stiller krav om, at der skal vælges den samme model for samtlige underkriterier. Der er således ikke holdepunkter for at antage, at der er noget til hinder for – som Ejendomsstyrelsen har valgt i nærværende udbud – at lade ét kriterium vurdere ud fra en relativ model, samtidig med at de øvrige kriterier vurderes ud fra en absolut vurderingsskala.

Det forhold, at ét kriterium vurderes relativt, og at andre kriterier vægtes ud fra en absolut skala, er desuden efter Ejendomsstyrelsens opfattelse helt sædvanligt i normalt anvendte evalueringsmodeller.

Særligt i relation til Julius Nielsens påstand om, at principperne for pointtildelingen indebar en risiko for, at underkriteriet ”Pris” ville vægte mere end fastsat i udbudsbetingelserne, har Ejendomsstyrelsen gjort gældende, at principperne for pointtildelingen blev fastsat i overensstemmelse med udbudsloven, og at disse har været beskrevet i udbudsbetingelserne. Pointene, der fremgår af evalueringsnotatet, blev givet i fuld overensstemmelse med den evalueringsmodel, herunder vægtninger, der var oplyst i udbudsmaterialet.

Ad påstand 5

Julius Nielsen har gjort gældende, at der under henvisning til de overtrædelser af udbudsreglerne, herunder gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet, som er beskrevet ad påstand 1-4, skal ske annullation af tildelingsbeslutningen.

Ejendomsstyrelsen har gjort gældende, at Julius Nielsen ikke har godtgjort, at Ejendomsstyrelsen har foretaget en ændring i udbudsmaterialet, der krævede et fornyet udbud.

Julius Nielsen har hverken påvist eller godtgjort, at ændringen har haft konkret betydning for kredsen af interesserede økonomiske aktører, eller at

denne har forvredet konkurrencen mellem tilbudsgiverne, og at præciseringen dermed kan anses som ændring af et grundlæggende element.

Julius Nielsen har heller ikke godtgjort påstanden om, at Ejendomsstyrelsens evalueringsmodel var fastsat i strid med bestemmelserne i udbudsloven.

Det følger af det, der er anført ovenfor vedrørende påstand 1 - 4, at der ikke er sådanne væsentlige mangler ved Ejendomsstyrelsens tildelingsbeslutning, at denne skal annulleres. Julius Nielsen har således hverken påvist eller sandsynliggjort udbudsretlige overtrædelser af en karakter, der ud fra en konkret væsentlighedsvurdering kan bære en annullation af tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet har i delkendelse af 29. november 2017 blandt andet udtalt:

”Vedrørende betingelse nr. 1 (*”fumus boni juris”*) bemærker klagenævnet følgende:

Ad påstand 1 og 4

I et udbud med forhandling skal det øvrige udbudsmateriale offentliggøres samtidig med udbudsbekendtgørelsen, jf. udbudslovens § 63, stk. 3, og der kan herefter – uanset baggrunden – ikke foretages ændringer i grundlæggende elementer i det oprindelig udsendte udbudsmateriale, jf. udbudslovens § 66, stk. 5.

Såfremt der foretages ændringer af grundlæggende elementer i løbet af udbudsprocessen, vil ændringerne som følge af de grundlæggende principper i udbudslovens § 2 være så vidtgående, at ordregiver må starte forfra med udbudsprocessen.

Det beror på en konkret vurdering af ændringens karakter samt på tiden for ændringens gennemførelse, om der foreligger uvæsentlige ændringer, væsentlige ændringer eller ændringer af grundlæggende elementer.

Af forarbejderne til udbudslovens § 2 fremgår blandt andet:

”...

Ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet udgør ændringer, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

Som eksempel herpå kan nævnes, at kriterier for tildeling tilføjes, fjernes eller rækkevidden heraf på andre måder ændres. Kriterierne for tildelingen og deres vægtning skal forblive stabile under hele udbudsproceduren, hvorfor de blandt andet heller ikke kan være genstand for forhandling i forbindelse med udbud med forhandling, jf. § 66, stk. 2.

...”

I de specielle bemærkninger til udbudslovens § 160 står der blandt andet:

”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 rettelse 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.

...”

En evaluering, der sikrer, at de respektive underkriterier i den samlede evaluering bliver givet den vægt, som er fastsat i udbudsbetingelserne, forudsætter, at det sikres, at de to skalaer er sammenlignelige. Det er således i almindelighed en forudsætning enten, at der ved evalueringerne i forhold til de enkelte underkriterier anvendes ens skalaer i alle underkriterier, eller at det på anden vis sikres, at de point, der er givet for de forskellige underkriterier, kan sammenlignes. Hvis Ejendomsstyrelsen ikke havde foretaget den nævnte justering af pointskalaen, således at denne blev identisk med pointskalaen for de point, tilbuddene blev tildelt ved evalueringen i forhold til underkriteriet ”Kvalitet”, ville styrelsen, hvilket må have stået tilbudsgiverne klart, således have været nødt til – efter evalueringen i forhold til underkriterierne hver for sig – at omregne de afgivne point til en fælles skala, jf. herved i den retning klagenævnets

kendelse af 29. juli 2011, Social-Medicinsk Tolkeservice mod Region Hovedstaden (ad påstand 3).

Korrektionen af pointskalaen medførte formelt ikke en forrykkelse af forholdet mellem vægten af underkriterieret ”Pris” og vægten af de øvrige underkriterier i forhold til det, der var fastsat i udbudsbetingelserne, idet der med korrektionen alene blev skabt overensstemmelse mellem pointskalaerne og det angivne om underkriteriernes vægning.

Korrektionen af pointskalaen har heller ikke været egnet til at have haft betydning for nogen virksomheds beslutning om, hvorvidt den ønskede at deltage i udbudsproceduren eller ej, såfremt ændringen havde været kendt.

Efter det anførte må det endvidere lægges til grund, at korrektionen konkret ikke har forrykket konkurrencen mellem tilbudsgiverne.

Ændringen i udbudsbetingelserne blev således offentliggjort for alle 3 tilbudsgivere den 7. juli 2017 samt for de øvrige storentrepriser, og Ejendomsstyrelsen gjorde i opfordringsbrevet af samme dato til de prækvalificerede specifikt opmærksom på, at ”ændringer i materialet i forhold til tidligere er markeret med ændringsmarkeringer...”, samt at fristen for de endelige tilbud blev fastsat til den 1. september 2017, hvorved Julius Nielsen og de øvrige prækvalificerede fik henvend 2 måneder til at udfærdige deres endelige tilbud. Tilbudsgiverne havde endvidere mulighed for at tage oplysningerne om de indledende tilbud, der fremgik af den offentliggjorte licitationsprotokol af 5. maj 2017, med i deres overvejelser ved udarbejdelsen af de endelige tilbud.

Det anførte støttes i øvrigt af, at ingen af de aktuelle tilbudsgivere gjorde indsigelse mod ændringen af pointgivning for priskriteriet.

Uanset en ordregiver som hovedregel er bundet af den offentliggjorte evalueringsmetode, finder klagenævnet under disse omstændigheder, at korrektionen undtagelsesvist har været lovlige, og at Ejendomsstyrelsen derfor ikke har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og udbudslovens § 66, stk. 5, 2. pkt.

Der er derfor på det foreløbigt foreliggende grundlag ikke udsigt til, at klagenævnet vil tage påstand 1 og 4 til følge.

...”

Ad påstand 1 og 4

Der er heller ikke efter de nu foreliggende oplysninger grund til at tro, at korrektionen konkret har haft en betydning for kredsen af mulige ansøgere eller i øvrigt på tidspunktet for den endelige tilbudsafgivelse har forrykket konkurrencen mellem tilbudsgiverne.

Det forhold, at Julius Nielsen ville være blevet udpeget som vinder af udbuddet, såfremt den oprindelige pointmodel for så vidt angår underkriteriet ”Pris” var blevet fastholdt, kan ikke føre til et andet resultat, da de to pointskaler ikke var sammenlignelige.

På denne baggrund, og da der således ikke under den efterfølgende behandling af sagen er fremkommet nye oplysninger, der kan føre til en ændret vurdering, tages påstand 1 og 4 ikke til følge.

Ad påstand 2-3

En ordregiver har betydelig frihed til at vælge, hvordan han vil evaluere tilbuddene i henhold til de enkelte kriterier. Som nærmere beskrevet i klagenævnets delkendelse af 29. november 2017 kan en ordregiver i udbudsbetingerne frit vælge, om tilbuddene skal evalueres relativt i forhold til hinanden på kvalitative kriterier, eller om de skal evalueres i forhold til en absolut standard, så længe den valgte evaluerings- og omregningsmodel sikrer, at den fastlagte vægtning af underkriterierne overholdes.

Der er efter de foreliggende oplysninger ikke grundlag for at antage, at der ved den anvendte evalueringsmodel ikke er sket en overholdelse af vægtningen ved evalueringen, og at underkriterierne har opnået en anden betydning i den samlede bedømmelse end den, der var oplyst i udbudsbetingelserne.

Klagenævnet har herved lagt vægt på, at Ejendomsstyrelsen ved opgørelsen af de enkelte underkriteriers point ses at have taget højde for vægtningen i udbudsbetingelserne, hvilket opnås ved at gange de omregnede point med vægtprocenterne.

Pointene findes på den baggrund at være tildelt i overensstemmelse med evalueringsmodellen i udbudsbetingelserne.

Klagenævnet tager derfor ikke påstand 2 og 3 til følge.

Ad påstand 5

Som følge af det ovenfor anførte tages annullationspåstanden ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

A/S Julius Nielsen & Søn skal i sagsomkostninger til Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
Kontorfuldmægtig