

**ACCURA**  
ADVOKATAKTIESELSKAB



# **Ordregivers evaluering af tilbud og annullation af udbudsprocessen**

Advokat Jesper Fabricius

Accura Advokataktieselskab

Dansk Forening for Udbudsret, 14. september 2009

# Ordregivers evaluering og annullation

- 1) Etablering af grundlaget for evaluering
  - Tildelingskriterier og underkriterier
  - Vægtning og evalueringsmodel
  - Underkriterier og udbudsbetingelser
  
- 2) Gennemførelse af evalueringen
  - Kontrol af formelle forhold
  - Evaluering af tilbuddenes materielle indhold
  
- 3) Annullation af udbudsprocessen

# Ordregivers evaluering og annulation

## Del 1 : Etablering af grundlaget for evaluering

## Generelt om tildelingskriterier

- To valgmuligheder, jf. Udbudsdirektivets art. 53: *"Laveste pris" eller "Det økonomisk mest fordelagtige tilbud"*
- Vælges "det økonomisk mest fordelagtige tilbud" skal der fastsættes underkriterier
- Underkriterierne kan f.eks. være *"kvalitet, pris, teknisk værdi, æstetik og funktionsmæssig karakter, miljøegenskaber, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid"*
- Efter EF-Domstolens praksis forskellige krav til underkriterierne, herunder navnlig at underkriterierne skal stå i forbindelse med den udbudte kontrakts genstand, jf. nu også art. 53, hvilket f.eks. medfører, at der ikke kan lægges vægt på om en tilbudsgiver optræder mere eller mindre miljømæssigt forsvarligt i sammenhænge, der ikke har relevans for den udbudte leverance, jf. C-448/01, EVN.

## Vægtning og evalueringsmodel

- Indbyrdes vægtning af underkriterier skal anføres senest i udbudsbetingelserne. Kan ske ved fastsættelse af ramme med passende maksimalt udsving. Udsving på +/- 5% (svarende til 10% spænd, eks "20-30%") er acceptabelt, jf. 12/9-2008 Master Data I/S
- Uklart om der må anføres rammer for vægtning, som muliggør, at to underkriterier kan skifte plads i vægtningsrækkefølgen, jf. 12/9-08, Master Data, over for 4/8-09, Mölnlycke Health Care
- Ifølge Klagenævnet ikke pligt til at gengive evalueringsmodellen i udbudsbetingelserne, selv hvor evalueringsmodellen ligger klar på tidspunktet for udbudsbetingelsernes udsendelse, jf. 4/8-09 Mölnlycke Health Care
- EF-Domstolen har tydeligt skærpet kravene til udbudsbetingelsernes oplysninger om, hvad der vil blive lagt vægt på ved evalueringen

## Vægtning og evalueringsmodel (2)

- I sag 331/04, ATI, udtalte EF-Domstolen, at det ikke er i strid med udbudsreglerne, at en ordregivende myndighed efter, at udbudsbetingelserne er udarbejdet, fordeler de point, som et underkriterium vægter med, på flere forskellige under-elementer, som er nævnt i udbudsbetingelserne. Dog en betingelse herfor, at (i) den efterfølgende fordeling ikke ændrer kriterierne for tildeling af ordren som angivet i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, (ii) den efterfølgende fordeling ikke indeholder elementer, som ville have påvirket tilbuddenes udformning, hvis fordelingen havde været kendt på tidspunktet for tilbuddenes udarbejdelse, og (iii) den efterfølgende fordeling ikke sker på baggrund af forhold, som ville medføre diskrimination i forhold til én af tilbudsgiverne.
- I sag C-532/06, Lianakis, udtalte EFD, at gennemsigtighedsforpligtelsen kræver, at *"de potentielle tilbudsgivere på det tidspunkt, hvor de forbereder deres bud, har kendskab til alle forhold, som den ordregivende myndighed tager i betragtning ved udvælgelsen af det økonomisk mest fordelagtige bud, og disse forholds relative betydning"* og at *"en ordregivende myndighed har derfor ikke ret til at anvende bestemmelser om vægtning eller underkriterier for kriterierne for tildeling af ordren, som ikke forudgående er bragt til tilbudsgivernes kundskab"*.

## Udbudsbetingelser og underkriterier

- Klagenævn har skærpet praksis i retning af en udvidet forpligtelse for ordregiver til at angive i udbudsbetingelserne, hvad der vil blive lagt vægt på ved evalueringen, og hvad der skal forstås ved de valgte underkriterier:
- I 12/2-07, Dansk Høreteknik, udtalte Klagenævnet, at der *"ikke [er] krav om, at en udbyder i udbudsbetingelserne skal angive i alle enkeltheder, hvad der sigtes til med et underkriterium om kvalitet. Hvis udbyderen ved tildelingsbeslutningen lægger afgørende vægt på, om de tilbudte produkter har nogle bestemte egenskaber, må tilbudsgiverne imidlertid med rimelighed kunne forvente, at udbyderen har oplyst herom på forhånd."*
- I 5/11-08, Brøndum, udtalte Klagenævnet, at et fastsat underkriterium om *"Vurdering af driftsorganisation og CV'er på nøglepersoner"* allerede efter sit indhold var uklart, og *"en sammenholdelse af underkriteriet med beskrivelsen i udbudsbetingelserne af de indholdsmæssige krav, som tilbudene skal opfylde, har ikke givet tilbudsgiverne noget sikkert eller blot acceptabelt grundlag for at vurdere, hvilket indhold de skulle give deres tilbud, for at deres tilbud under indklagedes vurdering af tilbudene ville få en god eller acceptabel bedømmelse"* i relation til underkriteriet.

## Udbudsbetingelser og underkriterier (2)

- I 14/7-09, Udata, fandt Klagenævnet det i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, at det ikke af udbudsbetingelserne fremgik, hvorledes underkriterierne "Systemløsning", "Funktionalitet", "Udstyrets beskaffenhed/formåen" og "Systemmæssige forhold" adskilte sig fra hinanden. I samme sag fandt Klagenævnet det i strid med udbudsreglerne, at udbyderen ved evalueringen af underkriterierne "Økonomi, anskaffelse" og "Økonomi, drift" havde fastsat nogle delkriterier og vægtet disse på en måde, der medførte, at tilbudsgiverne *"ikke ved afgivelsen af tilbud [havde] haft mulighed for at gennemskue, hvorledes et tilbud skulle sammensættes for så vidt angår pris for at opnå den gunstigste konkurrencesituation."*
- I 4/8-09, Mölnlycke Health Care, fandt Klagenævnet det i strid med gennemsigtighedsprincippet, at udbyderen havde anført "Kvalitet" og "Funktionalitet" som underkriterier ved evalueringen (med forskellig vægtning) uden at angive hvilke forhold, der blev tillagt vægt ved vurderingen af henholdsvis "Kvalitet" og "Funktionalitet".



## Udbudsbetingelser og underkriterier (3)

- Udbudsbetingelserne skal klart og utvetydigt efterspørge de oplysninger fra tilbudsgiverne, som skal gøre det muligt at evaluere i henhold til underkriterierne, jf. 29/9-04, Dansk Byggeri, (Tilbudsloven) hvor Klagenævnet udtalte, at et underkriterium kun er *»egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, når underkriteriet har relation til oplysninger, som efter licitationsbetingelserne skal være indeholdt i buddene, og som derfor må forventes at være indeholdt i de modtagne bud«*. Se også sag C-448/01, EVN, hvor EFD udtalte, at et underkriterium kun er lovligt, hvis det er muligt for ordregiver at kontrollere de oplysninger, tilbudsgiverne afgiver i deres tilbud vedrørende det pågældende underkriterium
- Krav, der anvendes som minimumskrav, skal have en objektiv karakter, så det faktisk kan konstateres, om kravet er opfyldt eller ej, uden noget væsentligt skønselement fra ordregivers side, jf. 6/8-09, Conva Tec.
- Et minimumskrav, som er et "enten-eller"-krav, kan ikke også være underkriterium eller indgå i evalueringen af et underkriterium, jf. 14/7-09, Updata

## Sammenfatning af del 1 om grundlaget for evaluering

- Evalueringen skal bygge på det fundament, der etableres med udbudsbetingelserne
- Den ordregivende myndighed skal nøje gennemtænke sammenhængen i udbudsbetingelserne mellem
  - 1) de minimumskrav, som myndigheden vil stille til den udbudte leverance,
  - 2) myndighedens eventuelle konkret udtrykte ønsker til leverancen,
  - 3) de forhold det overlades til leverandørerne at finde løsningsforslag på, og
  - 4) det valgte tildelingskriterium med evt. tilhørende underkriterier
- Udbudsbetingelserne skal
  - angive underkriterier og vægtning
  - efterspørge oplysninger, der kan bruges ved evalueringen
  - give en tilstrækkelig beskrivelse af, hvad der vil blive lagt vægt på ved evalueringen, herunder angive eventuelle forhold som vil blive tillagt særlig vægt ved evalueringen

# Ordregivers evaluering og annullation

## Del 2 : Gennemførelse af evalueringen

## Ordregivers kontrol af formelle forhold i tilbud

- Er der fastsat særlige, formelle krav til tilbuddenes indhold, har den ordregivende myndighed som udgangspunkt både ret og pligt til at påse disse
  - I kendelse af 6/8-01, Oxford Research, havde ordregiver fastsat begrænsning på 15 sider for tilbud. Ifølge Klagenævnet havde ordregiver pligt til at afvise tilbud på 16 sider.
  - Nyeste praksis er dog muligvis mere pragmatisk, jf. 4/8-09, Mölnlycke Health Care, hvor Klagenævnet fandt, at ordregiver havde ret men ikke pligt til at afvise tilbud, der ikke fuldt ud overholdt udbudsbetingelsernes krav til dokumentation vedrørende (i) årsregnskaber, (ii) sprog, (iii) tekniske oplysninger om f.eks. klæbeevne. Omvendt fandt Klagenævnet i samme kendelse, at ordregiver på baggrund af en formulering i udbudsbetingelserne ikke kunne tage hensyn til oplysninger i et tilbud, der var indeholdt i den elektronisk kopi af tilbuddet men ikke i papirkopien.

## Evaluering af tilbuddenes materielle indhold

- Evalueringen skal ske på en gennemsigtig måde
- Evalueringen må kun ske i henhold til de underkriterier, som er fastsat i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne - og alle anførte kriterier skal indgå
- Evalueringen skal ske i henhold til den vægtning, som den ordregivende myndighed har fastsat
- Den ordregivende myndighed har en bred skønsmargin - intet krav om, at ordregivers evaluering skal føre til det, der efter andres vurdering er det billigste eller bedste tilbud. Klagenævnet er endvidere ekstremt tilbageholdende med at gå ind i ordregivers evaluering

## Evalueringsmodeller/Pointsystemer

- Intet krav om at der skal anvendes pointssystemer og principielt stor frihed for udbyder til at fastlægge pointssystem/evalueringsmodel
- Klagenævnet efterhånden lagt en fast praksis for, at udbyder skal evaluere i forhold til underkriteriet og udbudsbetingelsernes krav og ikke må evaluere tilbudsgivernes tilbud i forhold til hinanden (bortset fra underkriteriet pris), jf. 12/2-07, Dansk Høreteknik m.fl.
  - Må således efter praksis ikke anvende et pointssystem, hvor det bedste tilbud altid får 10 point på en 10-skala, næstbedste tilbud 9 point, tredjebedste 8, osv.
- Må heller ikke anvende et pointssystem, der fører til tilfældige eller vilkårlige spring i karaktergivningen, f.eks. for pris, jf. 10/7-08, European Land Solutions og 14/7-09, Updata

# Tilbudsforbehold

- Ordregiver er berettiget til at afvise tilbud med forbehold, med mindre forbehold udtrykkeligt er tilladt i udbudsbetingelserne (eller forbeholdet er helt bagatelagtigt)
- Ordregiver er berettiget til at antage tilbud med forbehold, hvis forbeholdet ikke angår ”grundlæggende elementer”, med mindre udbudsbetingelserne indeholder forbud mod forbehold
- Ordregiver er forpligtet til at afvise tilbud med forbehold, hvis forbehold er udtrykkeligt forbudt i udbudsbetingelserne
- Ordregiver er forpligtet til at afvise tilbud med forbehold, hvis det angår ”grundlæggende elementer”

## Tilbudsforbehold (fortsat)

- Uklare formuleringer i tilbud fortolkes til skade for tilbudsgiver, med mindre de skyldes uklarheder i udbudsbetingelserne
- Et forbehold angår et grundlæggende element, såfremt det vil indebære en væsentlig fordrejning af konkurrencen, hvis man tillader en tilbudsgiver at tage forbeholdet (forbehold over for centrale krav til ydelsen eller en evt. tidsplan, vil i de fleste brancher normalt være grundlæggende)
- Forbehold skal prissættes, så *”der skabes fuld sikkerhed for, at den pågældende tilbudsgiver ikke ved at tage forbeholdet opnår en økonomisk fordel i forhold til andre tilbudsgivere. Ordregiveren skal herved udvise forsigtighed [...] og medregne den maximale økonomiske risiko ved antagelsen af et tilbud med forbehold”*, jf. 26/8-09, Barslund. Må iflg 26/8-09, Barslund, ikke tage hensyn til sandsynligheden for, at et forbehold aktualiseres



## Sammenfatning af del 2 om gennemførelse af evalueringen

- Ordregiver skal påse overholdelsen af formelle krav til tilbuddene og har i vid udstrækning pligt til at afvise tilbud, der ikke overholder formelle krav
- Ordregiver har stor frihed til at tilrettelægge og gennemføre evalueringen af tilbuddenes materielle indhold efter eget skøn, så længe alle forud fastsatte underkriterier – og kun disse - indgår i evalueringen
- Ordregiver forpligtet til at prissætte forbehold og til at afvise tilbud med forbehold, som angår grundlæggende elementer i udbuddet

# Ordregivers evaluering og annulation

## Del 3 : Ordregivers annulation af udbudsprocessen

# Ordregivers annullation af udbudsprocessen

- Kræver en beslutning, jf. Udbudsdirektivets art. 41, stk. 1
- Ordregiver har som udgangspunkt ret til at aflyse, med mindre han har usaglig grund hertil, jf. herved også VLD 15/5-09, ISS Facility Services og DI mod Silkeborg Kommune (se også T-125/06, Centro Studi, og C-27/98, Metalmeccanica Fracasso)
- Ordregiver har pligt til at aflyse, hvis væsentlige fejl og mangler. Må ifølge Klagenævnet ikke omgøre en truffet tildelingsbeslutning uden at aflyse, jf. 4/8-09, Mölnlycke Health Care
- Ordregiver kan aflyse helt frem til kontraktindgåelse

ACCURA  
ADVOKATAKTIESELSKAB



Tuborg Boulevard 1  
DK-2900 Hellerup  
Copenhagen, Denmark

Tel. +45 3945 2800  
Fax +45 3945 2801  
[www.accura.dk](http://www.accura.dk)