

**Udbudsretsforeningen den 22. maj 2014**

**Nyere praksis om evaluering og  
(evt.) om vinderens stilling ved annulation**

v/ landsdommer Katja Høegh,  
næstformand i Klagenævnet for Udbud

## Oversigt

- Evaluering og evalueringsmodeller

Hvis tid:

- Hvad med vinderen, når klagenævnet erklærer uden virkning/annullerer ?

## Evaluering – direktiv- og lovkrav

- Krav om udbudsbekendtgørelse (UBD art. 36, jf. bilag VII A)
- Krav om udbudsbetingelser/beskrivende dokument (UBD art. 39 og 40)
- Krav om kriterier: ”laveste pris” eller ”økonomisk mest fordelagtige tilbud”, jf. art. 53, stk. 1,
- Krav om vægtning af underkriterier, jf. UBD art. 53, stk. 2
- Forudsætning om, at tilbud kan være for lave, jf. UBD art. 55

## Evaluering – direktiv- og lovkrav

- Krav om rapport UBD art. 43
- Krav om (vis) begrundelse håndhævelseslovens § 2, stk. 2, jf. UBD art. 41, stk. 2, 2. pind i form af meddelelse om ”det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele”

## Evaluering – direktiv- og lovkrav

- Grundprincippet om ligebehandling og gennemsigtighed UBD art. 2
- Heraf kan udledes krav om:
  - Skriftlig sagligt begrundet bedømmelse, som sker inden for rammerne af de offentliggjorte tildelingskriterier
  - Ingen udtrykkelige krav hverken med hensyn til procedure for bedømmelse, modelvalg eller formen for den skriftlige bedømmelse

## Evaluering – klagenævnspraksis

### RenoNorden-kendelsen af 9. januar 2012

- Pointmodel: Laveste tilbudspris  
 $10 \times \text{Aktuel tilbudspris} = \text{aktuel point (x 7)}$
- ”Pointtildelingsmodel ... er opbygget sådan, at kun en begrænset del af pointskalaen udnyttes.”  
”[kan] i praksis ikke...afspejle den spredning i de tilbudte priser i de indkomne bud, som er forventelig. Konsekvensen er, at de tilbudte priser vægter langt mindre end de ... 70 %.”  
”.. Kun 10-20% af pointskalaen udnyttes”  
”...pointmodellen – som muligt kan anvendes uden problemer i andre sammenhænge – [er] i det foreliggende tilfælde, hvor pris vægter 70 %, ikke ... egnet til at sikre den fastsatte vægtning af priskriteriet.”

## Evaluering – klagenævnspraksis

Efter RenoNorden blandt andet:

- VKS Inventa A/S mod Hjemmeværnskommandoen af 19. marts 2012 (ikke fumus boni juris ”der tilkommer ordregivere et betydeligt skøn ... og[så] ved valget af den metode, der anvendes til at bedømme tilbuddene”)
- MET 4 JV Cityringen Tender Office mod Metroselskabet A/S af 8. januar 2013 (pointmodel, hvor ordregiver på forhånd havde fastlagt en ”target price” anset for lovlig efter en konkret bedømmelse)
- Calundan ApS mod Gentofte Kommune mfl. af 18. juli 2013 (oplagt uegnet model i det konkrete tilfælde)

## Evaluering – klagenævnspraksis

Ansaldokendelsen af 8. oktober 2013

- Vid skønsmargen i relation til de faktorer, der skal tages i betragtning ved tildeling af kontrakt:
  - Metodevalg (inkl. sproglig evalueringsmodel)
  - Den konkrete bedømmelse iht. den valgte metode
- Inden for de rammer, som er fastsat i udbudsbekendtgørelsen/ udbudsbetingelserne, inkl. den fastsatte vægtning af underkriterier til tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”



## Evaluering – klagenævnspraksis

### Ansaldo-kendelsen

- Den valgte evalueringsmodel skal være egnet til at identificere ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”
- Ikke vilkårlige spring mellem trinnene i modellen
- Frihed til at vælge blandt flere mulige modeller – den sagligt bedste efter ordregivers vurdering
- Skærpet bevisbyrde, hvis valg efter modtagelse af tilbud

## Evaluering – klagenævnspraksis

### Ansaldo-kendelsen

- Hvis helt usædvanlig og for tilbudsgiverne upåregnelig bedømmelsesmetode, skal den oplyses på forhånd
- I øvrigt ikke pligt til forhåndsoplysning
- Offentliggjort model skal respekteres
- Skærpet bevisbyrde, hvis ufuldstændig/uklar begrundelse begrundelse/påfaldende resultat

## Evaluering – klagenævnspraksis

### Ansaldo-kendelsen

- Klagenævnet erstatter ikke erstatter ordregiverens skøn med sit eget (gælder både pris og kvalitativ bedømmelse)
- Forskellig vægtning af delkriterier er (kun) et problem, hvis:
  - (i) delkriterier ændres set i forhold til det, som er fastsat i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne i øvrigt, eller
  - (ii) hvis oplysning om vægtningen, hvis den havde været kendt på tidspunktet for forberedelsen af tilbuddene, kunne have haft indflydelse på udformningen af tilbuddene, eller
  - (iii) hvis der ved fastlæggelsen af vægtningen er taget hensyn til forhold, som kan virke diskriminerende i forhold til en af tilbudsgiverne

## Evaluering – klagenævnspraksis

Efter Ansaldo bl.a.:

- TOP-Rengøring ved Flemming D. Jensen mod Rebild Kommune af 31. oktober 2013 (Indklagedes vide skønsmæssige beføjelse ikke overskredet)
- Scandinavian Air Ambulance Holding AB og Scandinavian MediCopter AB mod Region Midtjylland af 29. april 2014 (Oplagt uegnet model)

## Evaluering – KFST's vejledning

Overordnet (Boks 1.1 side 5):

- Godt købmandskab = god og lovlig evaluering
- Evalueringsmodel skal:
  - Være egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud
  - Være gennemsigtig
  - Sikre ligebehandling
- Konkret vurdering om egnet i det konkrete udbud

## Evaluering – KFST's vejledning

- Forskellige mulige modeller: Point- og prismodeller nævnes andre kan også bruges
- Anbefaling: Nedfæld både forhåndsovervejelse om model og evt. begrundelse for ændring i modelvalg efter modtagelse tilbud
- Offentliggørelse af model giver ”skarpere” priser/konkurrence, men risiko for at blive ”låst” på uegnet model, hvis ukendskab til markedet -> Forkert vinder eller annullation af udbuddet

## Evaluering – KFST's vejledning

- ”Opløftningsmodellen”? (Boks 3.2, side 21 – Kendelse af 29. november 2012. Mediq Danmark A/S mod Jysk Fællesindkøb)
- Håndfast forståelse af klagenævnets udtalelser om manglende respekt for angiven vægtning i udbudsbetingelserne – (Boks 3.2, side 21, og Boks 5.2, side 32).
- Forbehold vedr. lovlighed ”pris-modeller”, side 24
- Krav om udnyttelse ”hele skalaen”, side 36-37

## Evaluering – praktik

- Markedskendskab/markedsundersøgelse på forhånd: Hvad er forventelig pris og kvalitet og forventelige udsving
- Forhåndsovervejelse om modelvalg/bedømmelse:
  - Hvad er ringeste acceptable pris (og kvalitet)
  - Hvad er forventet pris (og kvalitet)
  - Hvad er optimal pris (og kvalitet)
- Dokumentation af disse undersøgelser og overvejelser i et notat om, hvad der forventes og hvilken evalueringsmodel, der på den baggrund agtes anvendt
- Overvejelse offentliggørelse/ikke-offentliggørelse af modellen?



## Evaluering – praktik

- Når tilbud modtages – overvejelse:
- Ligger tilbud inden for det forventede -> model anvendes
- Tilbud uden for det forventede:
  - 1) Atypiske tilbud -> kan model stadig anvendes?
  - 2) Fejlbedømmelse i forhåndsforventninger -> model må justeres (hvis ej offentliggjort) – ellers annulation af udbud
- Dokumentation af overvejelser m.v. i evalueringsrapport (eller andet skriftligt)

## Vinderens stilling ved UV/annullation

- Udgangspunkt uden virkning: Vinderen mister kontrakten  
Kontraktuelt spørgsmål om vinder har et erstatningskrav mod ordregiver – formentlig i en del tilfælde udelukket ved kontrakt og/eller egen skyld/accept af risiko
- Udgangspunkt annullation: Kontrakten ”kører videre”  
Men hvad hvis ordregiver har indskrevet adgang til ophævelse og afskåret krav om erstatning/positiv opfyldelsesinteresse?
- Er klagenævnets afgørelse om annullation bindende i retsforholdet mellem vinder og ordregiver?

## Vinderens stilling ved UV/annullation

- Hvad kan ordregiver gøre for at sikre gennemtvungelse af kontraktbestemmelse om ophør:
  - ”Procesunderretning” om klagesag og klagens indhold
- Kan ordregiver genoptage evaluering?

## Vinderens stilling ved UV/annullation

- Hvad kan vinderen gøre for at sikre sine interesser?
  - Intervenere håndhævelseslov § 6, stk. 3 (selv være opmærksom) og § 6, stk. 5 (klagenævnet skal underrette) (biintervention)
  - Hvis ønske påstande/anbringender, som ligger ud over indklagedes (Kendelse af 29. november 2013, Kinnarps A/S anmodning om genoptagelse og intervention i EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden)
    - > Anlægge selvstændig klagesag/bede om sammenlægning/parallel behandling ("hovedintervention")
  - Krav retlig interesse/klagefrister m.v. skal være opfyldt (Kendelse af 8. januar 2014, Kinnarps A/S mod Region Hovedstaden)

## Afrunding

- Spørgsmål?
- Kommentarer?
- Tak for opmærksomheden