

Beskrivelse af evalueringsmetode i praksis

Dansk Forening for Udbudsret , Medlemskonference 18. januar 2018

Anders Birkelund Nielsen, advokat, partner

Temaer

- Hvor *detaljeret* skal ordregivers beskrivelse af evalueringsmetoden være?
- Hvilken grad af beskrivelse er mest *hensigtsmæssig* for ordregiver?
- Hvilken betydning tillægger *tilbudsgiverne* den offentliggjorte beskrivelse?

Tildeling og evalueringsmetode

Udbudslovens § 160, stk. 1

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

Lovbemærkningerne (uddrag)

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

Input fra
Kommissionen

KFST marts 2016:
" ... hvis der anvendes en
evalueringssmodel, som er
baseret på en matematisk
formel, udgør formelen en del af
den evalueringssmetode, som skal
oplyses ... "

Tildeling og evalueringsmetode (2)

Lovbemærkningerne (uddrag)

- "Evalueringsmetoden er *den systematik, som ordregiveren benytter i evalueringen af tilbuddene* med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud."
- "*Evalueringsmetoden skal være fastlagt på forhånd og være beskrevet klart* i udbudsmaterialet. Hermed menes, at ordregiveren skal beskrive metoden på en måde, der gør det klart for de potentielle ansøgere og tilbudsgivere, hvordan ordregiveren vil anvende metoden, *således at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen*, og således at de potentielle ansøgere og tilbudsgivere [...] har et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud, og *hvordan tilbudsgiverne kan optimere deres tilbud.*"
- "Endvidere medfører offentliggørelsen af evalueringsmetoden, at *tilbudsgiverne efterfølgende kan kontrollere*, at evalueringen er sket i overensstemmelse med den offentliggjorte evalueringsmetode."
- "*Kravet om forudgående offentliggørelse af evalueringsmetoden betyder, at ordregiver skal oplyse nedenstående [...]:*
 1. Det skal i forbindelse med økonomiske under- og eventuelle delkriterier oplyses, *hvordan priserne og andre økonomiske forhold vurderes*. Priserne kan indgå direkte i sammenstillingen med vurderingen af de kvalitative kriterier. Priserne kan også omregnes ved anvendelse af en model, som for eksempel omregner pris til point, [...]"

Evalueringsmodeller (eksempler)

Prismodel

- ◆ Point for kvalitet omregnes til prisbeløb på baggrund af omregningsmodel

Pointmodel

- ◆ Pris omregnes til point på baggrund af omregningsmodel

Prosamodel

- ◆ Sproglig evaluering af tilbuddene for hvert vægtede underkriterium (ingen point eller formler)

Procentmodel

- ◆ Relativ evaluering af tilbud for økonomiske og kvalitative kriterier (ift. bedste tilbud), hvor tilbuddet med den samlede set laveste (vægtede) procentvise forskel vinder

Price/quality-ratio ("Kommissionsmodellen")

- ◆ Tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet (pris pr. kvalitetspoint) vinder
-

C-6/15, TNS Dimarso NV (14. juli 2016)

Præjudicielt spørgsmål:

- "Skal artikel 53, stk. 2, i [...] direktiv 2004/18 [...] alene og sammenholdt med rækkevidden af de EU-retlige principper om lighed og gennemsigtighed [...] fortolkes således, at den ordregivende myndighed, [...], altid er forpligtet til på forhånd at fastsætte den bedømmelsesmetode eller de vægtningsregler, som uanset forudseelighed, brug i almindelighed eller rækkevidde, vil blive lagt til grund for bedømmelsen af tilbuddene [...], og optage dem i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, [...]?"

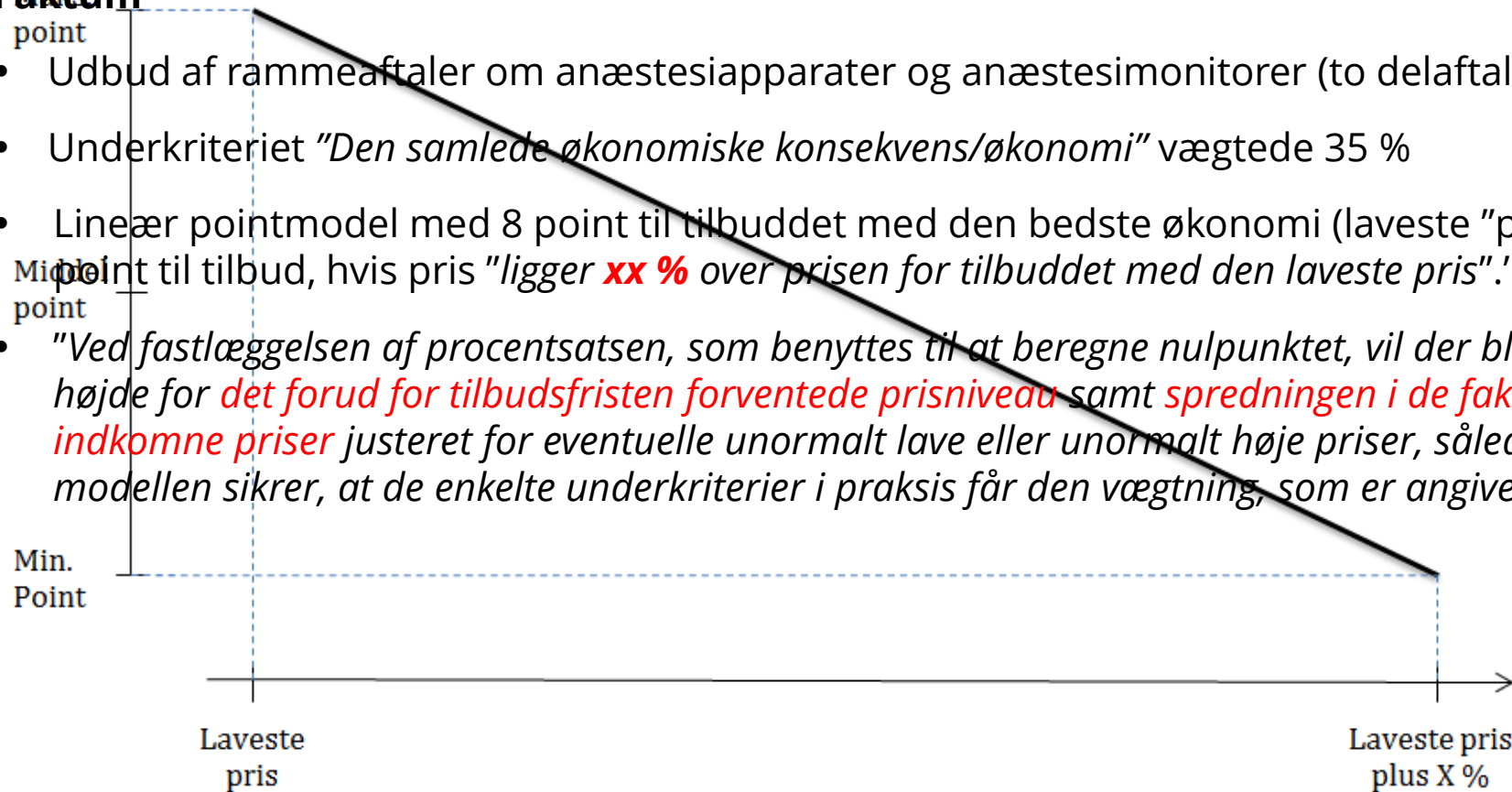
EU-Domstolen:

- Ikke pligt til offentliggørelse i medfør af direktiv 2004/18/EF eller EU-Domstolens praksis (præmis 27 og 28)
- "Domstolen har således fastslået, at et **bedømmelsesudvalg skal råde over en vis frihed** ved opfyldelsen af dets opgave [...]". (præmis 29)
- "Denne frihed er ligeledes **begrundet i praktiske hensyn**. Den ordregivende myndighed **skal kunne tilpasse den bedømmelsesmetode**, som den vil anvende [...], i forhold til den **konkrete sags omstændigheder**." (præmis 30)
- "I overensstemmelse med de i artikel 2 [...] fastsatte principper [...] og for at undgå enhver risiko for favorisering kan den bedømmelsesmetode, som den ordregivende myndighed anvender [...], **i princippet ikke fastsættes efter den ordregivende myndigheds åbning af tilbuddene**. I det tilfælde, hvor fastsættelsen af denne metode **af påviste grunde ikke er mulig** inden denne åbning, kan det, [...], ikke foreholdes den ordregivende myndighed, at den først fastsatte metoden efter [...] kendskab til indholdet af tilbuddene." (præmis 31)

KFST mod Region Midtjylland (8. august 2017)

Faktum

- Udbud af rammeaftaler om anæstesiapparater og anæstesimonitorer (to delaftaler)
- Underkriteriet "Den samlede økonomiske konsekvens/økonomi" vægtede 35 %
- Lineær pointmodel med 8 point til tilbuddet med den bedste økonomi (laveste "pris") og 0 point til tilbud, hvis pris "ligger **xx %** over prisen for tilbuddet med den laveste pris".
- "Ved fastlæggelsen af procentsatsen, som benyttes til at beregne nulpunktet, vil der blive taget højde for **det forud for tilbudsfristen forventede prisniveau** samt **spredningen i de faktisk indkomne priser** justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser, således at modellen sikrer, at de enkelte underkriterier i praksis får den vægtning, som er angivet ovenfor."



KFST mod Region Midtjylland (2)

Faktum

- Af evalueringsnotatet fremgik bl.a. følgende om RM's fastsættelse af "XX":
 - ♦ På delaftale 1 blev der ved fastsættelsen af "XX" lagt vægt på, at RM på baggrund af tidligere udbud og suppleringskøb estimerede en gennemsnitlig evalueringssum på 5.390.600 kr. og et prisspænd på 75 %
 - ♦ Tilbuddene lå jævnt fordelt indenfor det forventede prisspænd, idet det billigste tilbud dog var lidt lavere end forventet → **Konkret prisspænd 38,45 %**
 - ♦ *"På denne baggrund er XX fastsat til 75 %"*
 - ♦ På delaftale 2 blev der ved fastsættelsen af "XX" lagt vægt på, at RM på baggrund af tidligere køb estimerede en gennemsnitlig evalueringssum på 3.800.000 kr. og et prisspænd på 50 %
 - ♦ En tilbudsgiver tilbød en pris, som lå markant under de øvrige tilbudte priser, men en modtaget redegørelse efter UBL § 169 gav ikke RM anledning til at afvise tilbuddet som unormalt lavt.
 - ♦ Prisspændet var på næsten 150 %. Tre ud af fem tilbud lå indenfor det forventede prisspænd, idet priserne i disse tilbud dog var højere end den estimerede gennemsnitlige evalueringssum. Et tilbud var lidt højere end den forventede højeste pris → **Konkret prisspænd 143,40 %**
 - ♦ *"Da tilbuddet fra [tilbudsgiveren med den højeste pris] kun netop ligger uden for det forventede økonomiske prisspænd, fastsættes "XX" til 150 %, hvilket såvel på baggrund af det estimerede prisspænd, som de faktisk indkomne priser, forekommer at være et realistisk nulpunkt."*
-

KFST mod Region Midtjylland (3)

Klagenævnet:

- Rent dansk regel (ikke en implementering af udbudsdirektivet) og UBL fastsætter ikke, hvad der skal forstås ved "evalueringsmetoden"
 - Forudsætningen i lovbemærkningerne, hvorefter "*der i direktivet er stærkere krav, end der i dag ses i dansk klagenævnspraksis*" er ikke blevet bekræftet af EU-Domstolens praksis
 - Udbudslovens § 160, stk. 1 skal derfor ikke fortolkes videre end dens ordlyd og bemærkningerne giver sikker dækning for
 - Det tillægges vægt, at RM havde fastsat og oplyst, dels "*at der ville blive benyttet en lineær pointmodel, at maksimumpoint ville blive givet til tilbuddet med den laveste pris, og at 0 point ville blive givet til det tilbud, der lå "xx %" over tilbuddet med den laveste pris*", dels "*at der ved fastlæggelsen af den procentsats, som ville blive benyttet til at beregne nulpunktet, ville blive taget højde for det prisniveau, der forventedes forud for tilbudsfristen, samt for spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser*"
 - "*Det følger heraf, at hældningsgraden på den lineære pointmodel ikke med mening kunne fastlægges forud for, at de indkomne tilbuds indhold var kendt [...]*"
-

KFST mod Region Midtjylland (4)

Klagenævnet:

- Den fastsatte evalueringsmetode "*efterlader ikke RM med et ubetinget frit valg [...]*", **i)** da "*evalueringen nøje skulle overholde de fastsatte vægtninger*", **ii)** da regionen har "*bundet sig til at anvende en lineær pointmodel med hensyntagen til spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser*", og **iii)** da der gælder et "*almindeligt krav om saglighed.*"
 - "*Det er [...] ikke oplagt, hvorledes en oplyst hældningsgrad [...] i en lineær evalueringsmodel i sig selv skulle give potentielle tilbudsgivere med kendskab til markedet et bedre grundlag for at vurdere, om man ville afgive tilbud, eller for at optimere et sådant tilbud, end den beskrivelse af evalueringsmetoden, som regionen har oplyst, og hvor prisen vægtede 35 %.*"
 - "*Ved økonomiske underkriterier må udgangspunktet for enhver tilbudsgiver i øvrigt utvivlsomt være, at det er afgørende ikke at afgive for dyrt et tilbud.*"
-

KFST mod Region Midtjylland (5)

Klagenævnet:

- *"Der følger heraf, at der ikke i udbudslovens § 160, stk. 1, er hjemmel til i et udbud som det foreliggende at stille krav som anført i påstand 1 om, at hældningsgraden på den lineære pointmodel, [...], angives i udbudsmaterialet."*
 - *"Der er heller ikke grundlag for at fastslå, at regionen har tilsidesat udbudslovens § 160, stk. 1, som anført i påstand 2 ved ikke i tilstrækkelig grad at oplyse i udbudsmaterialet, hvorledes evalueringen af tilbuddene ville ske for så vidt angår det økonomiske underkriterium."*
-

Konklusioner

Kan man generelt anvende den af Region Midtjylland benyttede "model", eller kan denne kun anvendes, hvis særlige betingelser er opfyldt?

- Klagenævnets konklusion er efter sin ordlyd begrænset til "*i udbud som det foreliggende*"
 - Er det forudsat, at det økonomiske underkriterium har en lav vægt?
 - Var Region Midtjyllands beskrivelse af evalueringsmetoden særlig udførlig?
 - ♦ Oplyst, **i)** "*lineær pointmodel*", **ii)** "*maksimumpoint til tilbuddet med den laveste pris*", **iii)** "*0 point ville blive givet til det tilbud, der lå "xx %" over tilbuddet med den laveste pris*", og **iv)** "*at der ved fastlæggelsen af den procentsats, som ville blive benyttet til at beregne nulpunktet, ville blive taget højde for det prisniveau, der forventedes forud for tilbudsfristen, samt for spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser*"
 - Havde det betydning, at priserne konkret viste sig vanskelige at forudsige?
 - Kan "modellen" (den fulde formel oplyses ikke) kun anvendes ifm. lineære pointmodeller?
-

Konklusioner (2)

Men ...

- Der gælder ikke en ubetinget pligt til i udbudsmaterialet at beskrive den fulde evalueringsmetode, inkl. den matematiske formel for en anvendt pointmodel
 - Der gælder dog muligvis en videre forpligtelse i dansk ret end efter EU-retten generelt
 - Og "*bedømmelsesmetoden*" (jf. Dimarso-afgørelsen) skal - som det klare udgangspunkt - fastsættes før åbning af tilbuddene

 - KFST: "*Vi tager nævnets kendelse til efterretning*" → Der arbejdes stadig på en revideret vejledning
-

Hvilken grad af beskrivelse er mest hensigtsmæssig for ordregiver?

Udfordringer og overvejelser

- Evalueringsmodellen skal respektere vægtningen af de fastsatte underkriterier
 - ◆ Der skal formentlig stadig tages hensyn til det konkrete marked, det konkrete udbuds karakteristika og forventet prisniveau og -spredning → Gælder uanset graden af offentliggørelse
 - Der er *stadig* risiko for, at Klagenævnet for Udbud tilsidesætter en uegnet evalueringsmodel
 - ◆ Selv en offentliggjort evalueringsmodel kan tilsidesættes, hvis denne er i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtig, jf. udbudslovens § 160, stk. 2
 - Evalueringsmetoden binder - der er kun en meget begrænset ændringsadgang
 - ◆ Efter lovbemærkningerne kan evalueringsmetoden muligvis ændres, *"hvis det kan godtgøres, at ændringen hverken kan have haft betydning for kredsen af interesserede økonomiske aktører, eller har forvredet konkurrencen mellem tilbudsgiverne."*
 - ◆ Ordregiver vil derfor formentlig være nødsaget til annullere et udbud, hvis ordregiver selv finder den offentliggjorte evalueringsmodel uegnet
 - Kan offentliggørelse af den fulde evalueringsmodel i kombination med alternative (sekundære) evalueringsmodeller give et uhensigtsmæssigt resultat?
-

Hvilken grad af beskrivelse er mest hensigtsmæssig for ordregiver? (2)

Udfordringer og overvejelser

- Offentliggørelse af detaljerne i evalueringsmodellen kan være afgørende for, om tilbuddene indrettes på en (for ordregiver) hensigtsmæssig måde
 - ◆ Hvis prisen reelt har mindre betydning for ordregiver, så bør dette meldes klart ud, så tilbudsgiverne prioriterer en tilsvarende højere kvalitet
 - ◆ Hvis man vil "styre" tilbudsgivernes priser i en bestemt retning, så bør man offentliggøre mere, fx oplyse et fast spænd i DKK, fast maksimumpris eller "laveste pris + 20 %"
 - Fortsat pligt til at offentliggøre hele evalueringsmetoden, hvis denne konkret er usædvanlig
 - Høj grad af offentliggørelse begrænser risikoen for berettigede klager
-

Kontakt



Anders Birkelund Nielsen

Partner · København

EU- & Konkurrenceret

T +45 72 27 34 04

M +45 25 26 34 04

E abn@bechbruun.com

København
Danmark

Aarhus
Danmark

Shanghai
Kina

T +45 72 27 00 00
www.bechbruun.com



Praktiske erfaringer med evalueringsmodeller

Dansk Forening For Udbudsret
Medlemskonference

Rikke Thorlund Haahr
Direct Sales & Contract Management Director

18. januar 2018

Min erfaring med evalueringsmodeller

- Ansvarlig for KL's udbudsportal gennem fem år
 - Rådgivning af kommunale ordregivere om regler og praktik vedr. udbud
 - Tæt på forarbejdet til udbudsloven
- Mediq Danmark, kontraktcenter og markedschef
 - Leverer hjælpemidler til hjemmeboende kronikere (diabetesudstyr, katetre og stomihjælpemidler), samt udstyr til hospitaler og klinikker.
 - Sortimentsudbud fra kommuner med op til 3.000 varelinier – stærkt fokus på pris.
 - Regionsudbud – ofte opdelt i mange delaftaler. Fokus på den rette kvalitet.
 - Stærkt konkurrenceprægede markeder

Hvad betyder evalueringsmodellen?

Evalueringsmodellen sender et klart signal til os om, hvad der ønskes, og hvad der lægges vægt på:

- Hvordan er balancen mellem pris og andre kriterier (fx 40/ 60 vægtning).
- Udtrykkes dels gennem vægtning af delkriterierne
- Spiller tæt sammen med kravspecifikationen og mindstekravene



Fokus på det kvantificerbare

I realiteten ender vi med primært at satse på de kvantificerbare dele af evalueringsmodellen.

Fx. pris og evt. sortimentsbredde, som kan tælles og gøres op

De kvalitative tildelingskriterier indeholder (næsten) altid et subjektivt element.



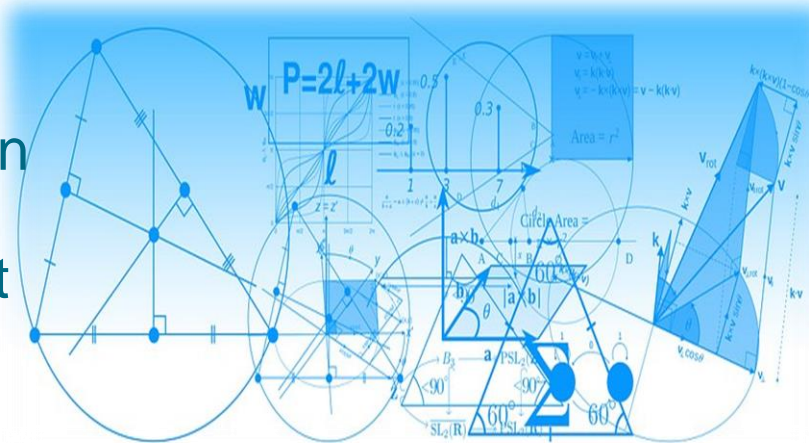
Klarhed omkring de kvalitative kriterier

- Hvis kvaliteten skal tillægges reel vægt, er det vigtigt at metoden til at evaluere kvaliteten er tydeligt beskrevet.
- Desuden bør det klart fremgå, hvad der udløser de forskellige point-niveauer
- Ellers skyder vi i blinde, og ender med at forlade os på prisen.
- Uklare kvalitets-kriterier reducerer konkurrencen, da den eksisterende leverandør har en klar fordel.



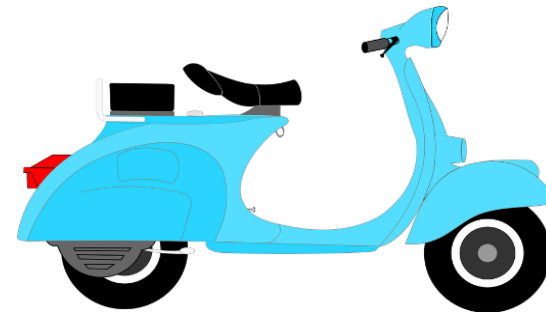
Formlen er vigtig

- Beskrivelsen af den konkrete formel betyder rigtig meget for os!
- Hvis prisen fx vægter (kun) 40 pct., men der forudsættes en spredning der er meget lav (fx at laveste pris + 20 pct. giver 0 point), vil selv små prisforskelle være afgørende.
- Og så vil vi ofte ende med at vælge de billigste produkter, fordi produktkvaliteten aldrig vil opveje en prisforskel. Særligt hvis det er uklart, hvad der lægges vægt på i evalueringen af kvalitet.
- Og så vil vi ofte ende med at vælge de billigste produkter, fordi produktkvaliteten aldrig vil opveje en prisforskel. Særligt hvis det er uklart, hvad der lægges vægt på i evalueringen af kvalitet.



Man får hvad man beder om

- Endelig ser vi også nogle eksempler på, at ordregiver skriver nogle "hensigtserklæringer" i fx indledningen eller andetsteds, som ikke harmonerer med evalueringsmodellen.
- Fx at man ønsker et bredt og alsidigt sortiment, men så ikke lægger vægt på sortimentsbredde i evalueringen.
- Sådanne udbudsmaterialet giver os en del hovedbrud, fordi vi er splittede mellem at give ordregiver det de har brug for og det de beder om.



En gode evalueringsmodel...

- Sender et klart signal om, hvad der er et acceptabelt kvalitetsniveau (mindstekrav el. lign), og hvad der evt. tillægges positiv værdi.
- Forudsætter en vis markedsindsigt!
- Er robust overfor "outliers"

