

# De generelle EU-princippers betydning for tildelingsfasen med særligt fokus på evaluering af tilbud

## The implication of the EU-principles for the award phase focusing on the evaluation of tenders

af PATRICK BUSKBJERG

*Afhandlingen omhandler de generelle EU-princippers betydning for tildelingsfasen med særligt fokus på evaluering af tilbud. Afhandlingen beskriver først de generelle principper og faserne for udbud, hvorefter der sættes fokus på fastsættelse af underkriterier. Derfra går afhandlingen videre til at diskutere Klagenævnet for Udbuds praksis vedrørende evalueringsmodeller.*

*Afhandlingen finder, at det er problematisk, at Klagenævnet tillader benyttelsen af rene sproglige evalueringsmodeller, idet disse vurderes indebærer en risiko for brud på de generelle principper. Det diskuteres herefter, at Klagenævnet har fastsat et krav om fuld udnyttelse af pointmodellen i forbindelse med evaluering af underkriteriet pris. Det konkluderes, at klagenævnets praksis ikke er i overensstemmelse med udbudsretten, men at idéen bagved kravet er i overensstemmelse med udbudsretten. Derefter diskuteres det, at Klagenævnet har fastsat et forbud mod at sammenligne tilbud ved evaluering af kvalitative underkriterier. Klagenævnets praksis kritiseres, da der ikke findes at være hjemmel for forbuddet. Afslutningsvist inddrages den nye udbudslov, og der kommer en vurdering af udviklingen for de forskellige punkter der har været diskuteret i opgaven som følge af denne.*

## INDHOLDSFORTEGNELSE

1 INDLEDNING, PROBLEMFORMULERING OG FREMGANGSMÅDE .....	2
1.1 INDLEDNING .....	2
1.2 PROBLEMFORMULERING .....	2
1.3 FREMGANGSMÅDE.....	2
2 SAMMENSPILLET MELLEM GENNEMSIGTIGHED OG LIGEBEHANDLING .....	3
2.1 TRAKTATENS PRINCIPPER.....	3
2.1.1 LIGEBEHANDLINGSPRINCIPPET .....	3
2.1.2 GENNEMSIGTIGHEDSPRINCIPPET .....	4
3 TILDELINGSFASEN .....	5
3.1.1 UDBUDDETS FORLØB I FASER .....	5
3.1.2 INDLEDNING OM TILDELINGSFASEN .....	5
3.2 TILDELINGSKRITERIET DET ØKONOMISK MEST FORDELAGTIGE TILBUD.....	6
3.2.1 KRAV TIL UNDERKRITERIER .....	6
3.2.2 LOVLIGE HENSYN VED FASTSÆTTELSE AF UNDERKRITERIER .....	7
3.2.3 VÆGTNING AF UNDERKRITERIER.....	8
3.2.3.1 Delkriterier og vægtningen af disse.....	9
4 EVALUERING AF INDKOMNE TILBUD .....	10
4.1 EVALUERINGSMODELLER.....	10
4.1.1 EVALUERINGSMODELLER OG FORHOLDET TIL PRINCIPPERNE.....	10

4.1.2	ORDREGIVERS SKØN VED VALG AF EVALUERINGSMODEL OG VED EVALUERINGEN AF TILBUD	11
4.1.2.1	Sproglig evaluering af tilbud – objektivitet og gennemsigthed	13
4.1.2.1.1	Efterprøvelse af sproglige evalueringsmodeller	14
4.1.2.1.2	Vurdering	16
4.1.2.1.3	Delkonklusion	17
4.1.2.2	Matematiske modeller – evaluering af underkriteriet ”pris”	18
4.1.2.2.1	Krav om udnyttelse af hele karakterskalaen	19
4.1.2.2.2	Norsk ret	20
4.1.2.2.3	Diskussion og vurdering	22
4.1.2.2.4	Delkonklusion	24
4.1.2.3	Evaluering af kvalitative kriterier	24
4.1.2.3.1	Kritik af praksis	25
4.1.2.3.2	Norsk ret	26
4.1.2.3.3	Vurdering	28
4.1.2.3.4	Delkonklusion	30
5	ÆNDRINGER I FORBINDELSE MED VEDTAGELSEN AF UDBUDSLOVEN	30
6	KONKLUSION	32
7	LITTERATURLISTE	33

## **1 Indledning, problemformulering og fremgangsmåde**

### **1.1 Indledning**

De generelle principper om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling, der går igen i alle dele af EU-retten, spiller en vigtig rolle i forbindelse med udbudsretten. På trods af et omfattende regelsæt i form af bl.a. udbudsdirektiverne, har særligt princippet om ligebehandling og gennemsigthed en stor betydning for, hvordan udbudsretten ser ud i dag. Idet selve tildelingen og evalueringen, der leder op til tildelingen, er meget sparsomt reguleret i direktiverne, har det således været op til EU-domstolen at fastsætte de overordnede regler for denne vigtige fase i udbuddet.

I Danmark er det hovedsageligt Klagenævnet for Udbud, der tager sig af afgørelser om udbudsretten, og langt størstedelen af danske klager over udbud bliver behandlet af Klagenævnet for udbud, hvorfor Klagenavnets praksis er en meget vigtig spiller, når det kommer til udviklingen i dansk udbudsret.

Derfor er det interessant at undersøge, hvordan de generelle principper influerer Klagenavnets afgørelser. Særligt afgørelser omkring evaluering af tilbud er interessante, idet lovgrundlaget er meget sparsomt og hovedsageligt er udviklet i praksis.

### **1.2 Problemformulering**

Jeg vil i denne afhandling undersøge Klagenavnets praksis for evaluering af tilbud og dennes sammenhæng med de generelle principper. Med udgangspunkt i denne undersøgelse vil jeg diskutere og vurdere hensigtsmæssigheden af denne praksis.

### **1.3 Fremgangsmåde**

Indledningsvist vil jeg redegøre for indholdet af de generelle principper og udbuddets faser, herunder særligt tildelingsfasen. Derefter vil jeg foretage en kort redegørelse af sammenhængen mellem de generelle principper og valg og vægtning af underkriterier.

Det er herefter hensigten med afhandlingen, at den danske klagenavnpraksis vedr. evaluering af tilbud bliver gennemgået og analyseret med henblik på en vurdering af, hvorledes Klagenævnet håndhæver de generelle principper.

Til denne vurdering vil der blive inddraget en stor del kendelser fra Klagenævnet for udbud, relevant litteratur og desuden praksis fra det norske udbudsklagenavn KOFA.

Da der endnu ikke findes praksis for håndhævelsen af den nye udbudslov, vil der til sidst i afhandlingen blive gisnet om mulige ændringer i praksis som følge af den nye lovgivning.

## 2 Sammenspillet mellem gennemsigtighed og ligebehandling

### 2.1 Traktatens<sup>1</sup> principper

Udbudsretten er reguleret af et omfattende regelsæt, herunder både i national ret og i EU-retten. Udbudsretten er således reguleret gennem udbudsdirektiverne på EU-plan og af tilbudsloven på nationalt plan. På trods af udbudsrettens fremtoning, som et velreguleret område, har EU-domstolen fundet, at der har været et behov for udvikling af udbudsreglerne. Domstolen udleder en række principper igennem sin læsning af EU-traktaten. De vigtigste af disse principper for udbudsretten er principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Ligebehandlingsprincippet er ”hovedprincippet”, mens bl.a. gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet bliver udledt af ligebehandlingsprincippet, hvorefter de har udviklet et selvstændigt ”liv”. Man kan anse gennemsigtigheds- og proportionalitetsprincippet som ”sekundære” principper, der til dels fungerer til sikringen af overholdelse af ligebehandlingsprincippet.

Man ser således ofte i EU-domstolens afgørelser, at gennemsigtighedsprincippet benyttes i begrundelsen, men at det er hægtet på ligebehandlingsprincippet<sup>2</sup>. Der bliver argumenteret for, at gennemsigtighed er nødvendigt for en effektiv håndhævelse af ligebehandlingsprincippet.

Gennemsigtighedsprincippets selvstændige betydning er således ikke umiddelbart til at få øje på, når man læser afgørelser fra EU-domstolen.

Ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet hænger så tæt sammen, at de i denne afhandling vil blive behandlet sammen under fællesbetegnelsen principperne, idet formålet med denne opgave er en belysning af princippernes fælles betydning for tildelingsfasen, herunder både udformningen af tildelingskriterierne og i særlig grad den efterfølgende evaluering af opfyldelsen af disse.

#### 2.1.1 Ligebehandlingsprincippet

Ligebehandlingsprincippet er udledt af både traktatens principper om ikke-diskrimination, og desuden af de generelle forvaltningsretlige principper om ligebehandling af borgere. I udbudsretten bliver det sat sammen til en grundsætning om ligebehandling af EU-borgere uanset nationalitet.

Ligebehandlingsprincippet er fundamentalt for såvel de øvrige principper som for hele EU-udbudsrettens regelsæt. Det er derfor også cementeret i Udbudsdirektivets<sup>3</sup> artikel 2, hvoraf fremgår:

*”De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.”*

Ligebehandlingsprincippet er først og fremmest en sikring af det generelle forbud mod nationalitetsdiskrimination i EUF-traktaten, hvorfor det ikke alene gælder for de

---

<sup>1</sup> EUF-traktaten

<sup>2</sup> bl.a. i C-87/94, Kommissionen mod Belgien og C-92/00, Hospital Ingenieure

<sup>3</sup> Direktiv 2004/18/EF

kontrakter, der er omfattet af udbudsdirektivets regler. Således viser ligebehandlingsprincippet fundamentalitet for udbudsretten sig ved, at det kræver overholdelse i alle tilfælde af offentlig kontraktindgåelse, der har en ”grænseoverskridende interesse”.

I relation til afgrænsningen og præcisering af ligebehandlingsprincippet rækkervidde, har EU-domstolen afsagt flere domme.

Det er således i sag C-21/03, Fabricom slået fast, at der ikke er en forpligtelse til at behandle alle lige, men alene behandle det, der er lige, lige. I præmis 27 udtaler domstolen således:

*”... at ligebehandlingsprincippet kræver, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet”*

Det blev igen behandlet i mere konkrete vendinger i sag T-345/03, Evropaiki Dynamiki, hvor EU-domstolen udtalte, at det kunne blive nødvendigt at foretage særlige skridt for at neutralisere den aktuelle leverandørs evt. fordele.

Det skal desuden bemærkes, at det ikke alene er de aktuelle tilbudsgivere, der skal behandles lige. Der er ligeledes en forpligtelse til at behandle potentielle tilbudsgivere lige. Således kan der kun i sjældne tilfælde laves ændringer i udbudsmaterialet, selv når ændringerne bliver gennemført lige overfor alle de aktuelle tilbudsgivere.

### 2.1.2 Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet indebærer en forpligtelse for ordregivende myndigheder til at gøre udbudsprocessen så transparent, som det er muligt. Det kommer bl.a. til udtryk ved den store grad af standardisering af dokumenter og procedurer. Gennemsigtigheden påvirker hele udbudsretten, og det er bl.a. kravet om gennemsigtighed, der adskiller udbudsretten fra den almindelige private kontraktret.

Fra udbudsbekendtgørelsen og indtil bekendtgørelsen om kontraktstildelingen, er der krav om, at resten af verden kan følge med i processen.

Gennemsigtighedsprincippet startede sin eksistens som en affødt konsekvens af ligebehandlingsprincippet. Det er først efter vedtagelsen af udbudsdirektivet i 2004, at gennemsigtighed i udbudsretten er blevet en håndfast regel. Inden da har princippet alene været fastslået i domstolens praksis. Første gang gennemsigtighedsprincippet blev nævnt ved navn i en afgørelse var i sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, hvor det blev udtalt, at:

*”fremgangsmåden ved sammenligning af tilbud skal således på alle stadier overholde såvel princippet om ligebehandling af tilbudsgivere som princippet om gennemsigtighed, således at alle får lige chancer ved formuleringen af deres tilbud”<sup>4</sup>*

I denne udtalelse bliver det gjort klart, at gennemsigtighedsprincippet fungerer som et supplement til sikring af, at alle tilbudsgivere har lige muligheder. Således er det senere slået fast, at gennemsigtighedsprincippet alene henter sin berettigelse igennem ligebehandlingsprincippet, hvilket fremgår af sag C-92/00, Hospital Ingenieure, hvor domstolen udtaler, at ligebehandlingsprincippet indebærer en gennemsigtighedsforpligtelse, der gør det muligt at fastslå, hvorvidt ligebehandlingsprincippet er blevet overholdt.

---

<sup>4</sup> præmis 54

På trods af sin rolle som ”hjælperedskab” for ligebehandlingsprincippet, har gennemsigtighedsprincippet sideløbende spillet en stor selvstændig rolle i praksis. Det kan bl.a. nævnes, at gennemsigtighedsprincippet indebærer en selvstændig forpligtelse til offentliggørelse af en stor del af udbudsmaterialet.

Ligeledes har gennemsigtighedsprincippet også en rolle at spille i forbindelse med korrupktion. En af de væsentligste hensyn, som gennemsigtighedsprincippet varetager, er hensynet til, at alle har mulighed for at følge de offentlige midler rundt i systemet.

Spørgsmålet om gennemsigtighedsprincippets selvstændige betydning vil ikke blive behandlet yderligere i denne afhandling, og det skal blot konkluderes, at uanset om man anser gennemsigtighedsprincippet som et redskab til at sikre ligebehandling, eller som et selvstændigt princip, så er det tydeligt, at gennemsigtigheden spiller en stor rolle for, hvordan praksis vedr. tildelingsfasen udvikler sig.

### **3 Tildelingsfasen**

#### *3.1.1 Udbuddets forløb i faser*

Når man ønsker at få udført en kontrakt som en ordregivende myndighed, skal man følge en anderledes procedure, end hvis man havde været en privat aktør. Den første og vigtigste handling for udbuddet er offentliggørelsen. Her gør man opmærksom på afholdelse af udbuddet, og opfordrer desuden egnede tilbudsgivere til at gøre tilbud.

Herefter kommer udvælgelsesfasen, der skilles de uegnede tilbudsgivere fra, så det kun er de tilbudsgivere, der rent faktisk kan løfte opgaven, hvis tilbud bliver taget i betragtning.

Når man har udvalgt de egnede tilbudsgivere, fastsættes de nærmere rammer for tildelingsfasen. Hvorledes tildelingsfasen forløber, er bl.a. afhængigt af ordregivers valg af tildelingskriterium, og vil blive behandlet nærmere straks nedenfor under pkt. 3.1.2.

#### *3.1.2 Indledning om tildelingsfasen*

Tildeling skal enten ske efter kriteriet det laveste bud eller det økonomisk mest fordelagtige tilbud jf. Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 1, litra a og b. Det laveste bud kan være interessant at beskæftige sig med i forbindelse med en undersøgelse af princippernes indvirkning på tildelingsfasen, men priskonkurrencer er generelt mere enkle, idet der på forhånd er fastsat en klar beskrivelse af den løsning, ordregiver ønsker. Dermed ikke sagt, at der ikke også kan forekomme problemstillinger i forhold til principperne, når man har valgt det laveste bud. Imidlertid er det ikke udgangspunktet eller fokus for denne afhandling. Interessant for denne afhandling er derimod det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da både fastsættelse af underkriterier, delkriterier og desuden evalueringen af tilbuddene foretages under hensyntagen til særligt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

I forbindelse med tildelingsfasen ved valg af økonomisk mest fordelagtige tilbud, skal der fastsættes underkriterier, og disse skal evalueres igennem en evalueringsmodel. Særligt underkriterier og evalueringsmodeller er spændende i forbindelse med belysning af princippernes betydning for tildelingen af kontrakter. Denne afhandling vil kort beskæftige sig med underkriterier, hvorefter hovedvægten vil blive lagt på evaluering af tilbud.

### 3.2 Tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud

Det økonomisk mest fordelagtige bud foreligger, når en tilbudsgiver samlet set bedst opfylder de af ordregiver fastsatte underkriterier.

Underkriterierne fastsættes af ordregiver relativt frit. Det er således det fra ordregivers synspunkt mest økonomisk fordelagtige tilbud, der vinder udbuddet jf. artikel 53, stk. 1, litra a. Det er imidlertid et krav, at de valgte underkriterier har forbindelse med kontraktgenstanden. De hensyn, der nævnes i artiklen, er således alene eksempler på, hvilke hensyn, der kan ligges vægt på i underkriterierne.

De nærmere begrænsninger af eller krav til ordregivers valg af underkriterier er fastsat af EU-domstolen, og, i dansk ret, af Klagenævnet for Udbud. Disse begrænsninger er fastlagt under hensyntagen til bl.a. ligebehandlings-, gennemsigtigheds- og proportionalitetsprincippet, hvorfor disse er spændende at undersøge i forbindelse med denne afhandling.

Evalueringen er særligt interessant i forbindelse med tildelingskriteriet økonomisk mest fordelagtige tilbud, da der bl.a. stilles krav om, at evalueringen ikke må forløbe på en måde, der kan forrykke vægtningen mellem underkriterierne, hvilket i praksis giver anledning til et stort antal retssager, hvor ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet spiller en vigtig rolle. Derfor vil også evalueringsmodeller blive undersøgt nedenfor.

#### 3.2.1 Krav til underkriterier

De nærmere krav til underkriterierne er fastsat af EU-domstolen i sag C-513/99, Concordia Bus, hvor der udtales generelt, at underkriterier er lovligt fastsat, såfremt:

*”... disse kriterier er forbundet med kontraktens genstand, ikke tillægger den nævnte ordregivende myndighed et ubetinget frit valg, er udtrykkeligt nævnt i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen og overholder alle de grundlæggende principper i fællesskabsretten, herunder navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling.”<sup>5</sup>*

På trods af forpligtelsen til overholdelse af de grundlæggende principper i fællesskabsretten, eksisterer der ikke en forpligtelse til, at de skal efterleves førend alt andet. Det ses bl.a. ved Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. marts 2014, G4S Security Services A/S mod Region Syddanmark, hvorefter et krav om, at tilbudsgiver skal kunne stille med personale, der kan tale og forstå dansk blev vurderet til at være *”et sagligt og proportionalt krav”*, idet opgaven krævede det. Der er således også åbnet mulighed for, at man kan tilgodese danske tilbudsgivere, der må antages at have nemmere ved opfyldelsen af dette krav, såfremt kontrakten kræver det. Kravet til kriteriets forbundenhed med kontraktens genstand vil således kunne *”trumfe”* kravet til ikke-diskrimination i de tilfælde, hvor kontrakten kræver det.

I den nævnte sag fandt Klagenævnet, at den pågældende kontrakt ikke havde grænseoverskridende interesse, hvorfor principperne ikke kunne kræves overholdt. Dette gør dog ikke betragtningen irrelevant i forhold til andre udbud, hvor et krav om dansktalende ansatte ligeledes ville have afgørende betydning for udførelsen af kontrakten.

Det gentages i sag C-448/01, EVN, at kriterierne for tildeling i forbindelse med vurderingen af buddene skal anvendes på en objektiv og ensartet måde over for alle bydende. For at dette generelle princip kan overholdes, kræver det endvidere, at den

---

<sup>5</sup> præmis 69

ordregivende myndighed faktisk er i stand til på grundlag af de oplysninger og beviser, der er fremlagt af de bydende, at vurdere, om deres bud opfylder kriterierne for tildeling.

Domstolen udtaler videre, at:

*”Det fremgår derfor, at når en ordregivende myndighed foreskriver et tildelingskriterium og angiver, at den hverken ønsker eller kan kontrollere nøjagtigheden af de bydendes oplysninger, tilsidesætter den princippet om ligebehandling, idet et sådant kriterium ikke garanterer gennemsigtighed og objektivitet i udbudsproceduren. Det må herefter konstateres, at et tildelingskriterium, hvortil der ikke er knyttet krav, der gør det muligt at foretage en effektiv kontrol med nøjagtigheden af de oplysninger, der er fremlagt af de bydende, er i strid med de fællesskabsretlige principper, der gælder for offentlige kontrakter.”<sup>6</sup>*

Således er det ikke blot et krav, at man kan overholder ligebehandlingsprincippet i forbindelse med tildelingsbeslutningen. Man har yderligere en forpligtelse til, at ligebehandlingen foregår på et fuldt oplyst og dokumenteret grundlag, idet det kun er på den måde, at man kan sikre en reel overholdelse af både ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

For at sikre en lige konkurrence, er det vigtigt, at ikke bare ordregiver har mulighed for at vurdere tilbuddene på et oplyst grundlag. Det er ligeledes en forudsætning for en lige konkurrence, at alle tilbudsgivere har samme mulighed for at fortolke underkriterierne. Kriterierne må altså være offentliggjort i enten udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, og de skal desuden være til præcise til, at *”alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende at fortolke dem på samme måde”<sup>7</sup>*. Det fastslås ligeledes i EVN-dommen.<sup>8</sup>

De generelle krav til underkriterierne kan opsummeres til, at underkriterierne skal være forbundne til kontraktens genstand, ikke tillægge ordregiver et frit skøn, overholde de generelle principper, og desuden skal fastsættes tilpas præcist i udbudsmaterialet til, at det er muligt for alle tilbudsgivere at fortolke kriterierne på samme måde.

### 3.2.2 Lovlige hensyn ved fastsættelse af underkriterier

I afsnittet ovenfor er de generelle krav til fastsættelsen af underkriterier fastslået. Imidlertid er der fra lovgivers side fastsat en række hensyn, der er tillagt særlig betydning. I nogle tilfælde vil disse hensyn kunne veje tungere, end de generelle krav til fastsættelse af underkriterier. Det fremgår således af betragtning 46, 4. afsnit til udbudsdirektivet, at:

*”For at sikre ligebehandling skal tildelingskriterierne gøre det muligt at sammenligne tilbuddene og vurdere dem objektivt. Hvis disse betingelser er opfyldt, kan økonomiske og kvalitative tildelingskriterier, f.eks. dem, der vedrører opfyldelsen af miljøkrav, give den ordregivende myndighed mulighed for at opfylde den berørte almenheds behov som anført i kontraktspesifikationer. Under samme omstændigheder kan en ordregivende myndighed anvende kriterier, der skal opfylde sociale krav, navnlig svarende til behov — som defineret i kontraktspesifikationer — hos særligt*

<sup>6</sup> præmis 51

<sup>7</sup> præmis 57

<sup>8</sup> C-448/01, EVN

*ugunstigt stillede befolkningsgrupper, hvortil hører modtagerne/brugerne af de bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, der er omfattet af kontrakten.”*

Hvordan dette nærmere skal finde anvendelse, er fastsat i retspraksis. Et eksempel herpå er den ovennævnte sag C-513/99, Concordia Bus, hvor hensynet til beskyttelse af miljøet blev anerkendt som et lovligt hensyn. Det udtales i dommen, at:

*”Princippet om ligebehandling er ikke til hinder for, at der tages hensyn til kriterier som de i hovedsagen omhandlede, der er forbundet med beskyttelse af miljøet, idet den ordregivende myndigheds egen transportvirksomhed er en af de få virksomheder, der har mulighed for at tilbyde materiel, der opfylder de nævnte kriterier”<sup>9</sup>*

Der åbnes således mulighed for at lade miljøhensyn veje tungere end hensyn til ligebehandling. Imidlertid er det alene i forhold til den aktuelle kontrakt, at man kan lægge vægt på beskyttelse af miljøet. Der kan således ikke lægges vægt på miljøbeskyttelsen i andre kontrakter. Det fastslås i EVN-dommen.<sup>10</sup>

I sag C-368/10, Kommissionen mod Holland, der omhandler drift af kaffemaskiner, havde ordregiver tillagt det særlig vægt, at ingredienserne så vidt muligt burde svare til mærket EKO og/eller MAX HAVELAAR. Det blev udtalt, at:

*”Der er således i princippet intet til hinder for, at et sådant kriterium omhandler det forhold, at et produkt er et fair trade-produkt.”<sup>11</sup>*

I dommen blev det dog bestemt, at ordregiver ikke måtte tillægge specifikke mærker en særlig vægt uden samtidigt at oplyse de bagvedliggende kriterier for mærket.

### 3.2.3 Vægtning af underkriterier

I forbindelse med fastsættelsen af underkriterier til tildelingskriteriet økonomisk mest fordelagtige bud, er det fastsat i udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, at ordregiver er forpligtet til at angive den relative vægtning af de valgte underkriterier. Hvis der ikke kan foretages en vægtning af underkriterierne, vil ordregiver være i stedet skulle prioritere underkriterierne, således tilbudsgiverne har mulighed for at vurdere den relative betydning af det enkelte underkriterium. Såfremt der ikke angives en vægtning af kriterierne, vil tilbudsgiverne kunne indrette sig på, at der ikke er større skel mellem de enkelte underkriterier.

Vægtningen af kriterierne er et vigtigt værktøj, når man henser til overholdelsen af både ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Såfremt der ikke bliver foretaget en vægtning af kriterierne ville det overlade et videre skøn til ordregiver, hvilket ville resultere i en skæv konkurrence.

I forbindelse med fastsættelsen af vægtning, er der mulighed for mindre udsving i de annoncerede vægtninger. Det er fastslået i Klagenævnets kendelse af 12. september 2008, Masterdata I/S mod Københavns Kommune, at rammer med udsvingsmulighed på +/- 5 % er acceptable. Modsætningsvist vil større udsving være problematisk.

Selv udsving på +/- 5 % vil kunne blive problematiske i tilfælde, hvor et sådant udsving ville kunne betyde, at nogle underkriterier skiftede prioritet. Det blev fastslået i samme kendelse.

---

<sup>9</sup> præmis 86

<sup>10</sup> C-448/01, EVN

<sup>11</sup> Præmis 91



Senere er der stillet spørgsmålstegn ved, hvorvidt det er korrekt, at det vil være problematisk med udsving, der ville kunne ændre prioritet af underkriterier. Således stemte flertallet af Klagenævnet for tilladelse af sådanne udsving i kendelse af 4. august 2009, Mölnlycke Health Care ApS mod Region Hovedstaden.

Det er imidlertid min vurdering, at en sådan opfattelse kan være på grænsen af det tilladelige, idet artikel 53, stk. 2, tredje afsnit, hvorefter en ordregiver, der ikke ser sig i stand til at fastsætte en vægtning, har mulighed for at angive en prioriteret rækkefølge i stedet, må anses som det absolutte minimumskrav til gennemsigtighed. En praksis, hvor ordregiver har mulighed for at ændre prioriteten af underkriterierne, er efter min overbevisning ikke i overensstemmelse med udbudsdirektivet.

### 3.2.3.1 Delkriterier og vægtningen af disse

Ved vurderingen af underkriterierne, anvendes ofte delkriterier, der fungerer som under-underkriterier, og som oftest anvendes internt hos den ordregivende myndighed ved evalueringen.

De generelle krav, der stilles til delkriterier er, at de 1) ikke ændrer kriterierne for tildelingen af kontrakten, således som disse er fastlagt i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen, 2) ikke indeholder forhold, som, hvis de havde været kendt på tidspunktet for forberedelsen af buddene, kunne have haft indflydelse på denne forberedelse og 3) ikke blev vedtaget under hensyntagen til forhold, som kan virke diskriminerende over for en af de bydende. Disse er fastsat i sag C-331/04, ATI.

Således accepteres delkriterier til underkriterier i de tilfælde, hvor de overholder ligebehandlingsprincippet.

Vægtningen af kriterierne er som udgangspunkt reguleret på samme måde som underkriterierne, således det skal oplyses, hvorledes den relative vægtning mellem kriterierne er. Ligeledes vil tilbudsgivere, i det tilfælde, at der ikke er angivet en vægtning, kunne gå ud fra, at delkriterierne er vægtet lige. Det må dog anføres hertil, at der ikke er noget krav om offentliggørelse af vægtningen af delkriterier, hverken før eller efter udbud, hvorfor forbigående tilbudsgivere formentligt ikke vil have mulighed for at forholde sig kritisk til evt. overtrædelser af de i ATI-dommen<sup>12</sup> fastlagte krav til delkriterierne, medmindre de af egen drift opsøger oplysninger om disse.

EU-domstolen har forholdt sig til problematikken i sag C-532/06, Lianakis, hvori det udtales, at:

*”... 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 forholdsrelative betydning”<sup>13</sup>*

Med denne dom kunne det virke til, at domstolen gør op med muligheden for ikke at offentliggøre alt. Imidlertid har Klagenævnet for udbud fastholdt linjen, hvorefter man alene er forpligtet til offentliggørelse af delkriterierne uden deres vægtning. Det ses bl.a. i Klagenævnets kendelse af 19. december 2012, Lyreco Danmark A/S mod Morsø Kommune, hvor Klagenævnet kom frem til, at det alene var i det tilfælde, at

---

<sup>12</sup> C-331/04, ATI

<sup>13</sup> præmis 36

vægtningen af delkriterierne kunne kategoriseres som usædvanlig, unaturlig eller meget skæv. I kendelse af 22. februar 2012, Willis Danmark mod DSB, kommer Klagenævnet frem til, at en spredning på mellem 10 % og 20 % ikke kan kategoriseres som meget skæv på trods af en relativ forskel på det højest vægtede og lavest vægtede delkriterium på 100 %.

## 4 Evaluering af indkomne tilbud

### 4.1 Evalueringsmodeller

Der findes flere forskellige typer af modeller til evaluering, der kan benyttes i forbindelse med tildelingsfasen. Man kan dele dem op i prosa-, pris- og pointmodeller.

Prosamodeller er sproglige evalueringsmodeller, der f.eks. kan have et graduerings-system, der går fra ikke-tilfredsstillende og til helt tilfredsstillende. Med fordel kan være indbygget trin herimellem, således ikke-tilfredsstillende, mindre tilfredsstillende, mere tilfredsstillende, meget tilfredsstillende og helt tilfredsstillende. En sådan model har naturligvis sine svagheder, da den ikke så let lader sig omregne til et endeligt facit. Imidlertid er den anerkendt af Klagenævnet for udbud i kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A mod Banedanmark. En sproglig evalueringsmodel vil ofte være fulgt af et egentligt point- eller karaktersystem, således man kan finde en samlet vurdering af samtlige tilbudsgivere. Rene sproglige modeller vil blive behandlet nærmere under pkt. 4.1.2.1.

Sproglige evalueringsmodeller er ikke de mest anvendte modeller, og de er heller ikke de mest egnede til at vise, hvordan principperne spiller ind i evalueringsfasen, idet de giver større problemer i forbindelse med efterprøvelse af modellens overensstemmelse med principperne.

Prismodeller er matematiske modeller, der tager udgangspunkt i tilbudssummen, og herefter lægger til denne, alt efter opfyldelsen af de kvalitative underkriterier. Man omregner således graden af opfyldelse af et kriterium, f.eks. kvalitet, til en pris. Denne pris lægges herpå oveni tilbudssummen, hvorefter man har et udtryk for kvalitet og pris i et tal, der vil være sammenligneligt med andre tilbudsgiveres tal.

En pointmodel ligner på mange punkter prismodellen. Forskellen er bare, at man tager udgangspunkt i de kvalitative underkriteriers point, hvorefter man omregner tilbudssummen til point, hvilket gør det muligt at sammenligne de samlede antal point med andre tilbudsgiveres point.

Selvom evalueringsmodeller kan virke simple, når man giver et overordnet billede af dem, så vil valget af dem ofte vise sig at være noget mere problematiske i praksis, særligt pga. kravet om, at de skal leve op til principperne for ligebehandling og gennemsigtighed.

#### 4.1.1 Evalueringsmodeller og forholdet til principperne

Det gælder for alle typer af evalueringsmodeller, at der ikke er en pligt til offentliggørelse af metoden eller modellen inden evalueringen. Det er således en helt speciel situation, der gælder for evaluering af indkomne tilbud, idet tilbudsgiver ikke har mulighed for at indrette sit tilbud efter evalueringsmodellen. Det er imidlertid fastslået af Klagenævnet for udbud, at ordregiver har en pligt til offentliggørelse af modellen, hvis den har en usædvanlig eller upåregnelig karakter jf. bl.a. kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A mod Banedanmark, hvor klagenævnet udtaler, at:

*”Hvis der anvendes en helt usædvanlig og for tilbudsgiverne upåregnelig bedømmelsesmetode, skal denne oplyses på forhånd i udbudsbetingelserne”*

Kravene til evalueringsmodeller er fastslået i praksis af Klagenævnet for udbud, og det tilbagevendende ”hovedkrav” til valg af evalueringsmodel er, at den valgte model skal være egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Da det økonomisk mest fordelagtige tilbud skal vurderes på baggrund af de fastsatte underkriterier, er det naturligvis et krav, at en evalueringsmodel skal udfærdiges på en sådan måde, at den relative vægtning af de enkelte underkriterier ikke forskubbes ift. hvad der er blevet offentliggjort i udbudsbekendtgørelsen og/eller udbudsbetingelserne. Der gælder således fortsat et krav om overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Det ser man bl.a. i kendelse af 23. marts 2011, AV Form A/S mod 12-by-gruppens Indkøbscentral, der er stadfæstet i U 2012.3232 V, hvor en evalueringsmodel blev erklæret i strid med gennemsigtighedsprincippet. Modellen medførte, at man ved pointfordelingen vægtede varer af bedste kvalitet væsentligt højere end dem af en mindre høj kvalitet. Springet mellem bedste og næst bedste kategori var så stort, at Klagenævnet fandt, at en sådan evalueringsmodel var i strid med gennemsigtighedsprincippet.

Hvis en ordregiver vælger at gøre brug af en evalueringsmodel, og ordregiver desuden vælger at offentliggøre denne inden modtagelsen af tilbuddene, så vil der naturligvis gælde en forpligtelse til, at det også er denne evalueringsmodel, der vil blive benyttet til den efterfølgende vurdering af buddene. Imidlertid er Klagenævnet for udbud i flere tilfælde gået ind i en vurdering af egnetheden af en på forhånd tilkendegivet, der har resulteret i tilsidesættelse af modellen.

Det giver god mening, at en ordregiver vil have bedre muligheder for fastsættelse af en egnet evalueringsmodel, når denne har modtaget og gennemgået de indkomne tilbud, da man først på baggrund af de konkrete tilbud kan fastsætte præcise rammer for, hvor stort et spænd, der skal være i modellen.

Imidlertid betyder Klagenavnets praksis, at de fleste ordregivere vil afholde sig fra at offentliggøre evalueringsmodellen på forhånd af frygt for, at denne vil kunne tilsidesættes af Klagenævnet. På den måde virker Klagenavnets praksis skæmmende for øget gennemsigtighed i forbindelse med evalueringen. I forbindelse med en afvejning mellem interessen i at finde den mest egnede evalueringsmodel og interessen i øget gennemsigtighed, bør det nødvendigvis være gennemsigtigheden, der trumfer. Det er i den forbindelse også stillet krav om offentliggørelse af valg af evalueringsmodel ved den nye udbudslov, men dennes betydning for udviklingen i praksis diskuteres og vurderes nærmere under afsnit 5.

De nærmere krav til udformningen af evalueringsmodellen vil blive gennemgået i forbindelse med en nærmere analyse af baggrunden for kravene nedenfor.

#### *4.1.2 Ordregivers skøn ved valg af evalueringsmodel og ved evalueringen af tilbud*

Som nævnt ovenfor er hovedkravet til en evalueringsmodel, at den er egnet til at finde frem til det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Ligeledes er det nævnt ovenfor, at ordregiver har mulighed for frit at vælge mellem de tre forskellige typer af evalueringsmodeller. Imidlertid må det konkluderes, at de forskellige typer af evalueringer ikke egner sig lige godt til alle udbud.

Sproglige evalueringsmodeller lider under deres manglende sammenlignelighed, og desuden at de har svært ved at udtrykke de enkelte underkriteriers forskellige vægtning. Generelt må det antages, at sproglige evalueringsmodeller vil egne sig bedst til udbud med et lille antal underkriterier, der alle er vægtet lige. Ved anvendelsen af

sproglige evalueringsmodeller accepteres i højere grad, at ordregiver skønner og finder frem til det bedste tilbud samlet set. Det hænger sammen med, at det er sværere at efterprøve sproglige modeller. Ordregiver er dermed ikke bundet af, hvem der har flest point, men blot – lidt skarpt sat op -hvem der er bedst i ordregivers optik.

Matematiske modeller, altså pris- og pointmodeller, har den klare fordel for omverdenen, at de – som udgangspunkt – sikrer, at der er gennemsigtighed i evalueringen og giver bedre mulighed for at efterprøve ordregivers skøn.

På trods af forskellige grader af gennemsigtighed og efterprøvelighed, ændrer det ikke ved udgangspunktet, nemlig at det er ordregiveren, der i sidste ende vælger den evalueringsmodel, som ordregiver finder passende. Som nævnt ovenfor, og som jeg vil komme ind på nærmere i de næste afsnit, vil Klagenævnet dog ikke være tilbageholdende med at afvise en evalueringsmodel, hvis den ikke er egnet til at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Når ordregiver har besluttet sig for en evalueringsmodel, og når ordregiver har modtaget de indkomne tilbud, er det igen overladt til ordregivers skøn, hvorledes ordregiver vurderer, at tilbuddene opfylder de fastsatte underkriterier. Der findes intet krav om inddragelse af særlig faglig eller teknisk rådgivning i forbindelse med evalueringen af tilbuddene jf. bl.a. kendelse af 16. juli 2011, Skandinavisk Parykcenter ApS mod Hillerød Kommune mfl.. Der er på den måde ikke krav om, at ordregiver finder frem til det objektivt set økonomisk mest fordelagtige tilbud, men blot det tilbud, som ordregiver selv vurderer, opfylder kriterierne bedst.

Der er fastsat en række grænser for ordregiverens skøn, der skal sikre et minimum af gennemsigtighed i forbindelse med dennes evaluering af tilbuddene.

Det er således ikke tilladt, at man lader et forhold tælle ned i flere forskellige underkriterier. Det er bl.a. slået fast ved kendelse af 13. marts 2013 ABB A/S mod L90, hvor Klagenævnet udtalte, at:

*”Indklagedes inddragelse af »programmeringsvanskeligheder« både under underkriteriet »service« og »programmeringsfleksibilitet« er i strid med udbudsdirektivets artikel 2”*

Det er uden videre forståelse for udbudsret logisk, at man ikke kan lade et negativt forhold tælle ned ved to forskellige underkriterier. Det er således heller ikke tilladt, at man lader et forhold tælle negativt i evalueringen af et kvalitativt underkriterier og herefter tillægger et forholdsmæssigt beløb til tilbuddets samlede sum.

Selvom det er ordregiver, der tilrettelægger udbuddet og evalueringen af dette, er det endvidere påkrævet, at ordregiveren i forbindelse med evalueringen alene lægger vægt på forhold, der kan rummes af en naturlig sproglig forståelse. Det er slået fast ved bl.a. kendelse af 22. oktober 2013, Kristiansen og Co., Hadsund ApS mod Maria-gjerfjord Kommune, hvor Klagenævnet udtalte, at:

*”»Fastøring: 5 – 10 point samlet for ballast (vægt)/ gennembrydning, gene for afvanding« vedrører imidlertid tekniske forhold snarere end solcelleanlæggets ydre fremtoning. Indklagede har derfor handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet ved at lade dette delkriterium indgå i underkriteriet »arkitektonisk udtryk«.”*

Klagenævnet vil generelt være tilbageholdende med at vurdere hensigtsmæssigheden af skønnet. Det hænger sammen med, at en intensiv prøvelse af skønnets hensigts-

mæssighed ikke ville stemme overens med ordregivers vide skøn. Hvis Klagenævnet efterprøvede hensigtsmæssigheden af skønnet, ville ordregiver skøn reelt set være uden betydning. Ligeledes er Klagenævnet generelt tilbageholdende med at give medhold i klagerens påstand om, at denne skulle have været tildelt kontrakten. Der er kun enkelte tilfælde, hvor Klagenævnet vil udtale sig om, at det burde have været klageren, der skulle have kontrakten. Det kan bl.a. ske, hvis der er sket en fejl, der vil kunne rettes op uden Klagenævnet skal sætte sit skøn i stedet for ordregiverens jf. bl.a. kendelse af 24. oktober 2013, EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden. Det er naturligvis alene i forbindelse med ordregivers skønsudøvelse, at Klagenævnet er tilbageholdent. Man ser således mindre tilbageholdenhed, hvis udbuddet går på laveste pris, da den laveste pris typisk vil være objektiv konstaterbar.

#### *4.1.2.1 Sproglig evaluering af tilbud – objektivitet og gennemsigtighed*

Til illustration af sproglige evalueringsmodellers manglende egnethed ved udbud med forskelligt vægtede underkriterier, vil jeg særligt fremhæve én kendelse fra Klagenævnet for udbud, nemlig kendelse af 16. juli 2010, Kongsvang mod Retten i Aarhus. Sagen omhandler en kontrakt om rengørings- og vinduespoleringsopgaverne for Retten i Aarhus. Ordregiver havde fastsat, at kontrakten skulle tildeles på baggrund af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, nærmere bestemt underkriterierne pris (50%), leveringssikkerhed (25%) og kvalitet (25%). Ordregiver evaluerede buddene sprogligt og det vindende bud blev således vurderet til at være meget tilfredsstillende ved vurderingen af alle underkriterier. Ordregiver besluttede efter en samlet vurdering, at kontrakten skulle gå til det vindende bud. Klagenævnet udtaler i den forbindelse, at:

*“Indklagedes vurdering af tilbuddene skete efter en vurderingsmodel, som ikke ses at indeholde elementer, som sikrer en vægtning i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, og indklagede har ikke godtgjort at have anvendt den vægtning af underkriterierne, der fremgår af udbudsbetingelserne. Indklagede har dermed handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og 53 ved ikke at udvælge det ”økonomisk mest fordelagtige tilbud” efter den vægtning af underkriterierne, som var fastsat i udbudsbetingelserne.”*

Klagenævnet vil således ikke acceptere en sproglig model, hvor det ikke fremgår tydeligt, at der er blevet taget stilling til den offentliggjorte vægtning af underkriterierne. Klagenævnet forholder sig således ikke til, at der ikke er noget, der tilsiger, at det ikke ville have været den aktuelle vinder, som burde have vundet, hvis man havde anvendt en anden model, hvor vægtningen havde fremgået mere tydeligt.

I kendelse af 24. oktober 2012, Forenede Service mod DTU, der omhandler udbud vedr. en kontrakt på rengøringsopgaver, anførte klageren, at ordregiver havde handlet i strid med udbudsreglerne, ved: *”at anvende en sproglig evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og som ikke sikrer en overholdelse af den udmeldte vægtning af de enkelte underkriterier”*. Desuden påstod klageren, at Klagenævnet skulle konstatere, at ordregiver havde skønnet forkert i den konkrete sag. I sagen ordregiver fastlagt en vægtning, hvorefter økonomi/pris vægtede 55 % og leveringssikkerhed vægtede 45 %. Klageren tilbød den laveste pris, mens det vindende tilbud var 9 % højere. Kriteriet leveringssikkerhed blev bedømt ud fra 8 nærmere fastsatte delkriterier, hvis vægtning ikke var angivet, og klagerens håndtering blev vurderet begrænset positiv, mens vindende tilbuds håndtering blev vurderet positiv.

Klagenævnet forholder sig ikke nærmere til, hvorvidt evalueringsmodellen indebærer elementer, der sikrer en overholdelse af den udmeldte vægtning af de enkelte underkriterier, men udtaler generelt, at:

*”Der er således ikke krav om, at en ordregiver giver karakter eller point for derved at kunne beregne en samlet karakter i forhold til underkriteriernes vægtning. Det afgørende er den reelle betydning af tilbuddets fordele og ulemper.”*

Udtalelsen kan virke fremmed fra kravet om gennemsigtighed, da det reelt fører til, at man ikke nødvendigvis kan regne med, at den offentliggjorte vægtning kommer til at have afgørende betydning, idet afgørelsen kan træffes på baggrund af den *”reelle betydning af tilbuddets fordele og ulemper”*. Det er min opfattelse, at kravet om offentliggørelse af vægtning skal fungere som en grænse for ordregiverens skøn. Denne grænse er ingenting værd, hvis en ordregiver kan bevæge sig væk fra sin offentliggjorte vægtning med henvisning til, at han har vurderet den reelle betydning af tilbuddets fordele og ulemper.

Til påstanden om, at Klagenævnet skulle konstatere, at ordregiver havde skønnet forkert i den konkrete sag, udtaler Klagenævnet, at:

*”Tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« giver indklagede et vidt skøn over, hvilket tilbud der bedst opfylder de fastsatte underkriterier, herunder de fastsatte delkriterier, og dermed bedst imødekommer indklagedes behov. Ved afgørelsen af, om der er handlet i strid med udbudsreglerne, er det fast praksis, at Klagenævnet alene tilsidesætter indklagedes skøn, såfremt grænserne for skønnet er overskredet, eksempelvis fordi skønnet er åbenbart forkert eller har inddraget usaglige forhold. Klagenævnet erstatter ikke indklagedes skøn med sit eget”*

Kombinationen af disse to konklusioner betyder, at man har meget vide rammer ved sin evaluering, når man benytter sig af en sproglig evalueringsmodel. I hvert fald så længe vægtningen af de enkelte delkriterier er nogenlunde lige. Man kan forsigtigt konkludere, at der, i forbindelse med sproglige evalueringsmodeller, er meget små krav til forudberegneligheden for tilbudsgiverne ved evalueringen.

#### 4.1.2.1.1 Efterprøvelse af sproglige evalueringsmodeller

Hvis man forsøger sig med at efterprøve ordregivers skøn gennem en omregning af den sproglige evaluering til point, og laver en pointmodel, hvilket anbefales af konkurrence og forbrugerstyrelsen<sup>14</sup>, vil man komme til følgende resultat:

	Klager	Vindende tilbud	Procent
Leveringssikkerhed	4	5	45%
Økonomi	5	3,236885906	55%
Samlet	4,55	4,030287248	100%

Point for kvalitet er omregnet således, at det antages, at ”begrænset positivt” vil blive honoreret med 4 point, mens ”positivt” vil blive honoreret med 5 point, idet det antages, at dette er den bedst mulige bedømmelse. Point for pris er udregnet således, at der gives 5 point for billigste pris på 21.935.718,75 og 0 point til dyreste pris på 27.556.246,25. Det dyreste bud er udregnet til at være 25,62% dyrere end det billig-

<sup>14</sup> Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, 2013, Vejledning om evalueringsmodeller: S. 33-34

ste, og delt op på 5 point betyder det, at man mister et point for hver 5,12 % man er dyrere end det billigste bud. Omregnet vil det vindende tilbud ende med 4,03 point, idet det er 9,04% dyrere end det billigste bud. Efter vægtning af point med 45 % til leveringssikkerhed og 55 % til økonomi bliver resultatet som det er angivet tabellen ovenfor. Eventuelle problemer ved en sådan omregning vil blive diskuteret nedenfor.

I Kendelse af 19. marts 2012, VKS Inventa mod Hjemmeværnet, er et andet eksempel på vide rammer for skønsudøvelsen. I sagen havde ordregiver fastsat, at kontrakten skulle tildeles på baggrund af "Pris" (40%) og "Kvalitet og anvendelighed" (60%). Klageren havde afgivet det billigste tilbud, mens det vindende bud var ca. 65% dyrere end klageren og det dyreste bud var ca. 160% dyrere end klagerens. Klagerens tilbud blev vurderet som godt ift. "Kvalitet og anvendelighed", mens vindende bud blev vurderet som meget godt, hvilket var en trindhøjere vurdering ift. klagerens vurdering. Af evalueringsnotatet fra ordregiver fremgår det, at:

*"De samlede fordele ved [vindende tilbudsgivers] tilbud hvad angår underkriteriet Kvalitet og Anvendelighed, der vægter 60 % overstiger den prismæssige forskel, der er mellem dette tilbud og det billigste tilbud."*

Klagenævnet accepterer denne vurdering med henvisning til bl.a. ordregivende myndigheds vide rammer ved fastsættelse af underkriterier, vægtning og vurderingen heraf. Det samme resultat havde næppe kunnet forekomme, hvis evalueringen var blevet foretaget med en matematisk model. Forudsat en pointmodel spændende fra 0-5 ved både kvalitet og pris, ville pointgivningen have set således ud:

	Klager	Vindende tilbud	Procent
Kvalitet	4	5	60%
Pris	5	2,896830576	40%
Samlet	4,4	4,15873223	100%

Point for kvalitet er omregnet således, at det antages, at "Godt" vil blive honoreret med 4 point, mens "Meget godt" vil blive honoreret med 5 point, idet det antages, at dette er den bedst mulige bedømmelse. Point for pris er udregnet således, at der gives 5 point for billigste pris på 914.922,00 og 0 point til dyreste pris på 2.388.456,64. Det dyreste bud er udregnet til at være 161,06 % dyrere end det billigste, og delt op på 5 point betyder det, at man mister et point for hver 32,21 % man er dyrere end det billigste bud. Omregnet vil det vindende tilbud ende med 2,89 point, idet det er 67,75 % dyrere end det billigste bud. Efter vægtning af point med 60 % til kvalitet og 40 % til pris bliver resultatet som det er angivet tabellen ovenfor.

Man kan stille spørgsmålstegn ved, hvorvidt Klagenævnet ville have annulleret tildelingsbeslutningen, hvis denne var faldet på klagerens tilbud i stedet. Det virker mere nærliggende at antage, at Klagenævnet ligeledes ville have godkendt en tilbudsevaluering, hvor man var kommet frem til, at fordelene ved klagerens relativt billigere pris måtte overstige den kvalitetsmæssige forskel mellem klagerens tilbud og det kvalitetsmæssigt bedste tilbud.

Hvis denne situation er korrekt, så er det min vurdering, at der er overladt så vidt et skøn til ordregiver, at der reelt er overladt ham et frit skøn mellem de bedste bud. Det eneste krav, der herefter er til evalueringen, er at ordregiver kan argumentere tilpas overbevisende for, at tilbuddet, som ordregiver ønsker at antage, er det, der bedst

imødekommer dennes behov. Det vigtigste krav til en evalueringsmodel er, at den er egnet til at finde frem til det økonomisk mest fordelagtige tilbud. En sproglig evalueringsmodel, hvorefter ordregiver reelt kan vælge mellem flere tilbud, vil således ikke leve op til det mest fundamentale krav til evalueringsmodeller.

#### 4.1.2.1.2 Vurdering

Kravet om en saglig og objektiv evaluering af tilbuddene ud fra de forudsatte kriterier kommer til at være uden reel betydning, når afgørelsen træffes på baggrund af den ”reelle betydning af tilbuddets fordele og ulemper”, der skal vurderes ud fra ordregiverens evaluering af deres opfyldelse af ordregivers behov. Selvom kravene til evalueringen af tilbuddene sikrer, at ordregiver ikke kan vælge de tilbud, der er klart mindst fordelagtige, så sikrer de næppe, at tildelingen sker til det ultimativt bedste bud.

Det vurderes, at en sproglig evaluering af indkomne tilbud giver ordregiver et meget vidt skøn, når det kommer til at finde den bedste blandt flere mulige tilbudsgivere. Spørgsmålet er om Klagenævnet kan træffe foranstaltninger, der vil gøre deres vurdering af sproglige modeller mere i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, eller om rene sproglige modeller af natur er så vævende, at man næppe vil kunne sikre en tilpas håndhævelse af de udbudsretlige grundprincipper.

Det er min vurdering, at en sproglig evaluering altid vil indebære en mindre grad af gennemsigtighed for tilbudsgiverne, da en efterprøvelse af dem til enhver tid vil være besværliggjort af, at man ikke kan regne dem efter.

Benyttelse af sproglige evalueringsmodeller er ideelt den bedste måde at sikre, at det er det bedste tilbud i ordregivers optik, der får kontrakten, da ordregiver kan give kontrakten til den tilbudsgiver, der afgiver det bedste tilbud samlet set uden hensyntagen til resultatet fra matematiske modeller. Det er klart, at ordregiver ikke altid vil være enig i, at det bedste tilbud efter en pointopgørelse også er det bedste tilbud samlet set. Imidlertid er det en væsentlig pointe i den sammenhæng, at udbudsreglerne er udviklet på baggrund af traktatens principper, der prædiker gennemsigtighed over pragmatisme.

Et krav om at anvendelsen af en sproglig evaluering ligeledes er fulgt af en karakter eller et point vil derfor uden videre kunne opstilles og forsvares.

Modellerne, der er opstillet for at efterprøve rigtigheden af ordregivers evaluering, har desuden til formål at forsøge at understøtte den holdning, at der bør opstilles krav om, at sproglige evalueringsmodeller understøttes af et point- eller karaktersystem, idet de kommer frem til et anderledes resultat end ordregiver gjorde efter en rent sproglig evaluering. I forbindelse med modellerne, må det dog anføres, at de alene er udført som et forsøg på at anskueliggøre de problematikker, der kan forekomme i forbindelse med sammenligning af tilbuds økonomiske fordelagtighed, når denne sammenligning alene foretages sprogligt. Generelt må modellerne læses med det forbehold, at det alene er ordregiver, der kan fastsætte den præcise model for evaluering, og modellerne er derfor ikke nødvendigvis de samme, som dem ordregiver havde benyttet, hvorfor de heller ikke nødvendigvis er et udtryk for den rigtige pointfordeling. Point for kvalitet, der er fastsat i mine pointmodeller, antages at være tilsvarende til den sproglige vurdering, der er givet. Det kan dog ikke afvises, at ordregiver havde givet anderledes point ud fra sin vurdering.

Opstillingen af pointmodellen for kriteriet pris, derimod, vil der kunne stilles spørgsmål ved, da Klagenævnet for udbud i kendelse af 15. marts 2013, Cowi mod



SKI, har slået fast, at modeller, der tager udgangspunkt i at give laveste pris maksimum point og højeste pris minimum point, er usædvanlige og således ikke nødvendigvis egnede til at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Anvendelsen af disse modeller i denne opgave hænger imidlertid sammen med, at man ikke objektivt vil kunne fastsætte andre referencepunkter til udformning af en pointmodel for pris.

I forbindelse med opgørelsen af point for pris ved kendelse af 19. marts 2012, VKS Inventa mod Hjemmeværnet, er der tale om en meget stor prisforskel mellem det vindende tilbud og klagerens tilbud, og den eneste grund til, at der ikke viser sig en større samlet pointforskel mellem de to, er som følge af, at det dyreste bud er langt dyrere end klagerens. Det kan på den ene side tale for, at den anvendte pointmodel ikke ville være valgt af ordregiver, men på den anden side ville ordregiver formentligt have fastsat en tålegrænse langt førend de 160 % som det dyreste var dyrere end det billigste. Hvis den antagelse er korrekt, så ville anvendelsen af en pointmodel føre til, at klageren fik tildelt kontrakten.

I det andet eksempel, kendelse af 24. oktober 2012, Forenede Service mod DTU, hvor der alene var en spredning på 25 % mellem det laveste og højeste bud, kunne man omvendt forestille sig, at ordregiver havde fastsat en højere tålegrænse en 25 %. Imidlertid skulle grænsen være mere end 50 %, hvis det vindende tilbud skulle vinde på point.

Begge eksempler holder således også i en situation med en fiktiv tålegrænse. Forbeholdet om ordregivers skøn ved valg af evalueringsmodel må dog gentages.

Det skal understreges, at det ikke er hensigten at bevise, at Klagenævnet har truffet forkerte afgørelser, idet det ikke er tilfældet. Klagenævnet har alene truffet afgørelser i overensstemmelse med en praksis, der tillader rent sproglige evalueringsmodeller. Det er derimod hensigten at problematisere og diskutere en praksis, der tillader rent sproglige evalueringsmodeller.

EU-domstolen har ikke tage stilling til benyttelsen af sproglige evalueringsmodeller, men har i flere sager udtalt, at der bør overlades ordregiver et vidt skøn i forbindelse med valg af evalueringsmodel. Det må forstås således, at ordregiver som udgangspunkt har frit valg til at vælge en evalueringsmodel, såfremt den er egnet til at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Der eksisterer således ikke et forbud mod benyttelse af rent sproglige evalueringsmodeller.

#### *4.1.2.1.3 Delkonklusion*

Sproglige evalueringsmodeller indebærer en større risiko for overtrædelse af principperne end pointmodeller, men det er ikke nok til at stille krav om anvendelse af pointmodeller. De udbudsretlige regler er ikke blevet vedtaget for at regulere hensigtsmæssigheden af ordregivers valg, og så længe ordregiver holder sig inden for det lovlige, så er resten overladt til ordregivers skøn, herunder også ordregivers valg af evalueringsmodel.

På baggrund af min analyse, er det min konklusion, at sproglige evalueringsmodeller bevæger sig på grænsen til at være i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet, idet man for det første overlader et meget vidt skøn til ordregiver, og for det andet har meget ringe mulighed for at prøve rigtigheden af skønnet, idet Klagenævnet traditionelt har vist tilbageholdenhed med at sætte sit eget skøn i stedet for ordregivers.

Sproglige evalueringsmodeller viser imidlertid i højere grad end rene matematiske modeller, hvilke hensyn der bliver lagt til grund for ordregivers vurdering af de enkelte underkriterier. En forbigået tilbudsgiver vil således kunne benytte den feedback på en konstruktiv måde i forbindelse med et nyt udbud. Dette kunne tale for, at der er mere åbenhed ved sproglige evalueringsmodeller, end der er ved pointmodeller.

Selvom den enkelte ordregiver kan få et anderledes indblik i baggrunden for vurderingen af det enkelte underkriterium, er det min konklusion, at den mindre grad af efterprøvelighed og den mindre gennemsigtighed ved sammenvejningen, og dermed grundlaget for tildelingsbeslutningen, må veje så meget tungere, at rent sproglige evalueringsmodeller ikke bør tillades benyttet. Der er simpelthen for store betænkkeligheder fra et gennemsigtighedssynspunkt og dermed også ikke fra et ligebehandlings-synspunkt ved benyttelsen af rent sproglige evalueringsmodeller.

Klagenævnets accept af sproglige evalueringsmodeller kan forklares med respekten for ordregiver vide skøn ved tilrettelæggelsen af sit udbud, herunder valget af evalueringsmodel. Imidlertid er det min konklusion, at denne praksis bør ændres, således der stilles krav om et point- eller karaktersystem, der understøtter den sproglige evaluering.

#### *4.1.2.2 Matematiske modeller – evaluering af underkriteriet ”pris”*

Ovenfor er der argumenteret for, at brugen af matematiske modeller sikrer en højere grad af gennemsigtighed og objektivitet ved evalueringen af tilbuddene og særligt ved sammenvejningen af den samlede fordelagtighed. Det betyder imidlertid ikke, at der ikke også kan være problemer ved matematiske modeller.

For at sikre at brugen af matematiske modeller finder det økonomisk mest egnede tilbud, har man opsat flere regler for, hvorledes de skal anvendes, og hvordan de ikke må anvendes. Der gælder et generelt forbud mod vilkårlige eller tvungne spring. Forbuddet har til opgave at sikre, at pointfordelingen til tilbudsgiverne ikke forekommer vilkårlig. Det er bl.a. blevet fastslået i kendelse af 12. februar 2010, Nøhr og Sigsgaard mod Direktoratet for Kriminalforsorgen. Her udtalte Klagenævnet, at en model, der tildelte point, således det laveste bud fik tildelt 5 point, det næstlaveste 4 point mv., ikke var egnet til at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet den ikke forholdt sig til, hvor store eller små springene mellem hvert bud var.

Det er yderligere præciseret i kendelse af 10. juli 2008, European Land Solutions Ltd. mod Kystdirektoratet. Ordregiver havde valgt at benytte en ”trappetrinsmodel”, hvorefter laveste pris blev tildelt 4 point, 0-20 % højere fik 3 point, 20-50 % højere fik 2 point, og 50-100 % højere fik 1 point, mens et tilbud, der var mere end 100 % højere end laveste bud ville få 0 point. Klagenævnet udtalte herom, at:

*”Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved i forbindelse med evalueringen af tilbuddene efter underkriteriet »Pris« at anvende en pointmodel, der ikke fremgår af udbudsbetingelserne, og hvorefter de enkelte tilbud tildeles point på en vilkårlig og uigennemskuelig måde.”*

Modellerne, der blev benyttet i de førnævnte sager, blev erklæret for at være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet som følge af, at de indebar tvungne spring. Det bemærkes, at der i begrundelsen ved European Land Solutions-kendelsen er taget hensyn til, at modellen ikke fremgår af udbudsbetingelserne.

Man må forholde sig kritisk til en sådan begrundelse, idet modellen, selv ved en forudgående offentliggørelse i udbudsbetingelserne, stadig ville indebære en grad af vilkårlighed. Selv hvis modellen havde været offentliggjort inden, ville der være en risiko for, at to næsten ens priser ville blive bedømt med et helt point til forskel. Således ville et tilbud, der var 20 % dyrere end bedste tilbud få 3 point, mens et tilbud, der var 21 % dyrere ville få 2 point, og et tilbud, der var 50% dyrere ville ligeledes få 2 point. Modellen er derfor, uanset offentliggørelse, uegnet til at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvilket burde føre til samme resultat.

#### 4.1.2.2.1 *Krav om udnyttelse af hele karakterskalaen*

Klagenævnet for udbud har fastsat et yderligere krav til modeller, der benyttes ved evalueringen af underkriteriet pris. Kravet, der omhandler benyttelse af hele karakter/pointskalaen, er en nydannelselse ift. tidligere praksis.

Kravet blev fastslået i kendelse af 9. januar 2012, RenoNorden mod Skive Kommune. Ordregiver havde benyttet en på daværende tidspunkt hyppigt anvendt pointmodel, hvorefter laveste pris blev tildelt 10 point, hvorefter de resterende tilbud fik point udregnet efter  $10 \times \text{Laveste pris/aktuel tilbudspris}$ . Pointmodellen betyder, bl.a. at en dobbelt så høj pris får 5 point, en 3 gange så høj pris får 3,33 point etc., hvilket har den naturlige følge, at man sjældent vil benytte pointene fra 0-3.

Klagenævnet udtalte i forbindelse med sin afgørelse om opsættende virkning, at:

*”Pointsystemet er dermed opbygget sådan, at det i praksis ikke kan afspejle den spredning i de tilbudte priser i de indkomne tilbud, som er forventelig. Konsekvensen er, at de tilbudte priser i praksis vægter langt mindre end de i udbudsbetingelserne angivne 70%. Denne virkning af pointsystemets opbygning afspejles også i den konkrete tilbudsbedømmelse, hvor alle tilbud får karakterer mellem 8 og 10, det vil sige at kun 10-20% af pointskalaen udnyttes.”*

I kendelsen præciserede Klagenævnet, at en sådan model ville kunne benyttes i andre sammenhænge, hvor pris ikke vægtede 70 %.

Pointmodellen, der blev anvendt, var offentliggjort på forhånd, hvorfor ordregiver ikke havde mulighed for at revidere pointmodellen efter gennemgang af de konkrete tilbud. Pointmodellen blev anvendt hyppigt af ordregivere,<sup>15</sup> idet den havde en høj grad af gennemsigtighed og enkelthed, hvilket sikrede, at samtlige tilbudsgivere kunne sætte sig ind i evalueringsmetoden, og dermed ikke kunne klage herover.

Sagen har den uheldige sideeffekt, at den formentligt vil afholde ordregivere fra at offentliggøre sin evalueringsmodel på forhånd. Imidlertid må det erkendes, at den konkrete model ikke nødvendigvis er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, specielt når der henses til den offentliggjorte vægtning. Når en ordregiver har valgt, at pris skal vægte 70 %, må det være klart for ham, at konkurrencen i høj grad kommer til at handle om pris, hvorfor ordregiver må forvente, at der bliver hård konkurrence om at komme med den bedste pris.

Det er således også blevet anerkendt af Klagenævnet i kendelse af 7. juni 2012, Dubex A/S mod Danske Spil. I denne sag var kriteriet pris alene vægtet med 20 %, og Klagenævnet udtalte, at:

---

<sup>15</sup> Jesper Fabricius, 2014, Offentlige Indkøb: S. 517

*”I den foreliggende situation, hvor der alene er to tilbudsgivere, og hvor underkriteriet »Pris« vægter 20 %, afspejler pointmodellen dog i tilstrækkelig grad spredningen i de indkomne tilbud, og vægtningen af underkriteriet »Pris« er ikke derved blevet gjort illusorisk som påstået.”*

Klagenævnet godtager således den samme pointmodel, som de har erklæret uegnet, idet vægtningen er anderledes. I en sag som denne, hvor prisen alene vægtes med 20 %, må det forventes, at tilbudsgivere i mindre grad vil konkurrere på prisen, men i stedet vil lade kvalitet stå over omkostninger. Ordregiver er således i en situation, hvor denne kan forvente en større spredning i pris, hvilket - ud fra klagenævnets krav om fuld udnyttelse af pointskalaen - gør modellen mere egnet til at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud end den var i Reno Norden-kendelsen. Der kan stilles spørgsmål ved, hvorvidt modellen bliver godtaget i Dubex-kendelsen, idet underkriteriet pris er vægtes meget lavere, hvilket medfører, at en anden model ikke ville have endt i et andet resultat. Selv hvis det vindende tilbud havde fået 0 point ved evalueringen af pris, ville det stadig have haft flest point samlet set. Der er imidlertid intet i Klagenævnets begrundelse, der antyder, at dette er blevet behandlet i sagen, ligesom Klagenævnet generelt ikke forholder sig til udfaldet af andre modeller.

I kendelse af 18. juli 2013, Caludan Høreteknik ApS mod Gentofte Kommune blev endnu en pointmodel kendt uegnet til identifikation af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

I denne sag have ordregiver valgt en evalueringsmodel til vurdering af kriteriet pris, der gav maksimum point til den bedste pris og gav minimum point til et tilbud, der var 100 % dyrere end det bedste tilbud. På det pågældende marked var der oplyst listepreiser for en del af de produkter, der blev indhentet tilbud på, og det konstateredes, at et tilbud, der i det konkrete tilfælde lå 25 % over listepreiserne, stadig ville udløse 5,71 point på en skala fra 1-8, hvorfor skalaen næppe kan forventes at blive udnyttet fuldt ud.

Klagenævnet udtaler i denne forbindelse, at:

*”Under disse konkrete omstændigheder indebærer den af indklagede anvendte pointmodel, at prisen ikke fik den betydning, som tilbudsgiverne som følge af den fastsatte vægtning af priskriteriet på 50 % kunne forvente. Pointmodellen vedrørende underkriteriet pris var dermed i det konkrete tilfælde uegnet til at afspejle den vægtning af priskriteriet, som var angivet udbudsbetingelserne, og var dermed ikke egnet til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud”*

#### 4.1.2.2.2 Norsk ret

I norsk udbudsret har man en anderledes tilgang til spørgsmålet om, hvorvidt en evalueringsmodel er egnet til at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Evalueringsmodeller bliver således ikke kategorisk afvist, men der foretages en udregning af konsekvensen af valget af model, hvorefter det vurderes, hvorvidt modellen konkret skal accepteres eller afvises.

KOFA<sup>16</sup>, der er den norske pendant til Klagenævnet for udbud og som opererer efter lignende regelsæt i kraft af sine EØS-forpligtelser, fandt i sin kendelse 2014/95 Harstad Kommune, at en model som den, der blev benyttet i Renonorden-kendelsen, var uegnet til at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da man fandt, at den æn-

---

<sup>16</sup> Klagenemnda for offentlige anskaffelser

drede den offentliggjorte vægtning. KOFA udtaler generelt om sin praksis vedr. metoden, at:

*”Den forholdsmæssige metode er ikke i sig selv ulovlig å benytte ved evalueringen av tilbudene i en konkurranse gjennomført etter regelverket for offentlige anskaffelser. Lovligheten av bruken av en poengsettingsmetode i en konkret konkurranse forutsetter imidlertid at bruken av den består den testen EU-domstolen foreskriver som nevnt ovenfor. Dette innebærer etter nemndas vurdering ikke at poengavstanden mellom laveste og høyeste pris må være den samme som mellom beste og dårligste tilbud for de andre tildelingskriteriene. Det innebærer heller ikke at det er et vilkår at bruken av en annen metode enn den benyttede ikke ville ha medført et annet resultat i konkurransen. Nemnda kan således ikke se at det er avgjørende at bruken av en annen metode ville ha medført et annet resultat i denne saken.”*

I den konkrete sag kom KOFA frem til, som nævnt ovenfor, til, at der var sket en overtrædelse af reglerne, idet modellen førte til en ændring i den offentliggjorte vægtning. I denne sag lagde KOFA vægt på, at forskellen på prisen mellem den valgte leverandør og laveste pris var på 40 %, mens modellen førte til, at der kun var en forskel på point mellem den valgte leverandør og det laveste bud på 28 %:

*”I foreliggende sak har bruken av den valgte metoden ført til at den faktiske forskjellen mellom laveste pris og valgte leverandørs pris på ca. 40 %, kun har gitt et poengmessig utslag på ca. 28 %. Konkurranses grunnlaget anga videre at tildelingskriteriet pris skulle ha en vekt på 60 %, og det var ikke gitt informasjon om metoden for evaluering. I en slik situasjon kan den forholdsmæssige metode ikke anses egnet til å sikre den fastsatte vekten av tildelingskriteriet pris, noe som innebærer at de vilkår EU-domstolen har oppstilt ikke kan anses oppfylt.”*

I tidligere sager 2008/67, Departementenes servicecenter, og 2011/176 Helse Vest RHF, kom KOFA frem til en accept af en forskel mellem pris og point på hhv. 6,08 og 3 procentpoint.

KOFA udtaler imidlertid i Harstad-kendelsen, at det ligeledes har betydning for vurderingen, at ”pris” vægter 60 % i første sag, mens den alene vægter 40 % i de to sidstnævnte sager.

KOFA argumenterer for, at det er den relativt høje vægtning af pris (60 %) kombineret med en model, der, i det konkrete tilfælde, førte til en for stor forskel mellem den egentlige prisforskel og den konkrete pointforskel, der leder til, at KOFA finder, at der er begået overtrædelser af udbudsretten.

Selvom KOFA og Klagenævnet håndterer situationen på forskellige måder, så går begges argumenter på, at en model, som den i Harstad-kendelsen hhv. Renonorden-kendelsen, har den utilsigtede effekt, at underkriteriet ”pris”, særligt når dette er vægget højt, kommer til at vægte mindre, end hvad man kunne forvente ud fra den offentliggjorte vægtning, hvilket indebærer en overtrædelse af udbudsdirektivet artikel 53 jf. ATI-dommen.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> C-331/04, ATI

Klagenævnet for udbud udtaler et generelt forbud mod benyttelse af modellen, når priskriteriet vægtes særligt højt, mens KOFA alene forholder sig til det konkrete tilfælde. Der er således en væsentlig forskel i, hvad man kan udlede om fremtidig praksis på området.

En anden forskel på den danske og den norske håndtering er kravet om fuld udnyttelse af pointmodellen. Det fremgår således af KOFAs afgørelser fra 2008 og 2011, at der har været en mindre forskel mellem pris og point, hvilket har været udslagsgivende for accepten af modellerne i disse. Når man benytter den pointmodel, som er benyttet i Renonorden-kendelsen, vil man finde, at jo større en spredning i budene, jo større vil forskellen mellem pris og point være.

KOFA vil således næppe være mere tilbøjelig til at acceptere modellen, hvis den blev udnyttet i højere grad, mens det er mere sandsynligt, at de ville acceptere den, hvis den var blevet udnyttet i mindre grad.

Sammenligningen med norsk udbudsretlig praksis giver ikke anledning til kritik af den danske praksis. Man er således enige om, at det indebærer en risiko for forrykkelse af den offentliggjorte vægtning, når man anvender en den omhandlede model, og at denne risiko er særligt stor, når priskriteriet vægtes højt. Man er for så vidt også enige om, at denne forrykkelse skyldes, at spredningen i pris ikke bliver afspejlet i spredningen i point.

Det danske klagenævn finder imidlertid, at løsningen til dette problem skal findes i, at modellen ikke kan forventes udnyttet fuldt ud, mens det norske alene forholder sig til, at der er en forskel mellem prisspredningen og den konkrete pointfordeling.

#### *4.1.2.2.3 Diskussion og vurdering*

Det er af Jesper Fabricius<sup>18</sup> blevet kritiseret, at Klagenævnet har fastsat et krav om, at hele karakterskalaen tages i brug, når kriteriet "pris" vægtes særligt højt, da det ikke har hjemmel i udbudsdirektivet. Førre en sådan kritik gentages i denne opgave, må det undersøges nærmere, hvorvidt Klagenævnet rent faktisk har fastsat et sådant krav, og hvad baggrunden er for kravet, hvis den ikke kan findes i udbudsdirektivet.

Først og fremmest må det konstateres, at Klagenævnet i begge tilfælde, har udtalt som en del af deres begrundelse, at evalueringsmodellen ikke har været egnet, idet ordregiver ikke med rette har kunnet forvente, at den vil blive udnyttet fuldt ud. Det formodes, at ordregiver ikke i forbindelse med sin udformning af modellen har medtaget overvejelser omkring, hvorledes den konkrete prisspredning ville se ud ved dette udbud, men i stedet blot har valgt en velkendt matematisk formel. Klagenævnet udtaler i begge deres afgørelser, at modellen ikke generelt vil være uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, men at de, under de konkrete omstændigheder, er uegnede. Det nævnes i begge afgørelser, at det bl.a. er pga. priskriteriets vægt, at de er uegnede.

I RenoNorden-kendelsen har ordregiver på forhånd fastsat, hvorledes pointmodellen fungerer, hvorfor ordregiver ikke har haft mulighed for at forholde sin pointmodel til den konkrete spredning i tilbuddene. Man kan i den forbindelse argumentere for, at en forudgående offentliggørelse af pointmodellen burde lempe kravene til den konkrete

---

<sup>18</sup> Jesper Fabricius, 2014, Offentlige Indkøb: S. 517

egnethed af modellen. Der er imidlertid ikke noget i Klagenævnets begrundelse, der peger i den retning.

Klagenævnet udtaler, at det er en konsekvens af den begrænsede udnyttelse af pointmodellen, at kriteriet pris kommer til at vægte langt mindre end de offentliggjorte 70 %. Det kan umiddelbart lyde som en logisk fejlslutning, idet pointene for pris beregningsmæssigt vil vægte det samme, uanset hvor stor eller lille en del af pointmodellen, der benyttes. Problemet skal findes i, at når kriteriet pris er fastsat til at vægte 70 %, vil tilbudsgiveren gå ud fra, at det vil have en væsentlig betydning, at man giver det bedste tilbud eller det dårligste tilbud prismæssigt. Ordregiver skal derfor sørge for, at den offentliggjorte vægtning ikke blot overholdes formelt men i lige så høj grad materielt.

Klagenævnets begrundelse kan således ikke forenkles til isoleret set at dreje sig om et krav om fuld udnyttelse af karakterskalaen, da kernen i problemet drejer sig om, at den offentliggjorte vægtning ikke må forrykkes. Et sådant krav er ikke opfundet af Klagenævnet, men derimod EU-domstolen, hvilket ses i flere afgørelser herunder de under pkt. 2 nævnte Lianakis-dommen<sup>19</sup> og ATI-dommen.<sup>20</sup> Der vil være en risiko for, at vægtningen forrykkes, når der ikke er taget højde for den konkrete vægtning af priskriteriet eller for det konkrete marked i forbindelse med udformningen af evalueringmodellen. Det hænger sammen med, at en pris, der isoleret set vil være ikke-tilfredsstillende, vil kunne opnå en relativt høj score, fx 7, mens den bedste tænkelige pris alene vil få 10, hvis der ikke er taget hensyn til det konkrete marked. Der sigtes ikke her til, at der skal opstilles et krav om, at priserne alene får point efter hvordan de isoleret set har opfyldt priskriteriet, men derimod til, at man stiller visse krav til, hvordan ordregiver udformer sin evalueringmodel.

I Caludan Høreteknik-kendelsen har ordregiver ikke på forhånd offentliggjort pointmodellen, hvorfor der er mulighed for en nærmere tilpasning af denne efter modtagelse af tilbuddene. Ordregiver har ved fastlæggelse af pointmodellen forventet en spredning på 100 % fra det laveste til det højeste bud. Det fremgår ikke af Klagenævnets begrundelse, at der skulle eksistere et krav til pointmodellen om, at denne skal udnyttes fuldt ud, hvis den skal accepteres. Derimod argumenteres der for, at der ikke er noget, der tilsiger, at der skulle kunne opstå en stor nok prisforskel i det pågældende marked. Klagenævnet vil således ikke acceptere en pointmodel, der er udformet på en måde, som gør det helt usandsynligt, at den benyttes tilnærmelsesvist fuldt ud.

Til støtte for kritikken af Klagenævnets praksis, må det indledningsvist konstateres, at der ikke eksisterer et krav om fuld udnyttelse af en pointmodel for pris i udbudsdirektivet<sup>21</sup> eller i EU-domstolens praksis. Norske KOFA er heller ikke kommet frem til, at man må fastsætte sådan et krav for at sikre den fastsatte vægtning.

Når ordregiver bestemmer, at pris skal vægte særligt højt, så betyder det selvfølgelig, at tilbudsgivere vil stramme op for at komme med det bedste tilbud prismæssigt. Med dette in mente, må det forventes, at langt de fleste tilbud vil være absolut gode prismæssigt. Der kan argumenteres for, at en tilbudsgiver, der afgiver et prismæssigt absolut godt tilbud, vil føle sig noget truffet, hvis hans tilbud tildes 0 point, som en følge af, at de andre tilbud var marginalt bedre og at pointskalaen skulle benyttes fuldt ud. Et absolut krav om fuld udnyttelse af karakterskalaen, således fra 0-10, vil ikke hænge sammen med den praktiske virkelighed. Man kan derimod forestille sig et krav

---

<sup>19</sup> C-532/06, Lianakis

<sup>20</sup> C-331/04, ATI

<sup>21</sup> Direktiv 2004/18/EF

om, at modellen skal være opbygget på en måde, der tager højde for, hvor stor en prisforskel, man vil kunne forvente i det givne marked, således at den stadig vil kunne rumme gode og dårlige bud.

Klagenævnets afgørelser i både RenoNorden-kendelsen og Caludan Høreteknik-kendelsen forekommer således ikke i min optik forkerte, idet ordregiver ikke har taget stilling til, hvor stor en prisspredning, man ville kunne forvente ved de givne tilbud. Det er således min vurdering, at et strengt krav om fuld udnyttelse af pointskalaen er ikke bør videreføres, men at tankerne bagved om større krav til pointmodellens konkrete anvendelighed med inddragelse af priskriteriets vægt og den generelle spredning på markedet bør videreføres.

#### *4.1.2.2.4 Delkonklusion*

Jesper Fabricius kan således have en pointe i sin kritik, når han argumenterer for, at forudsætningen, hvorefter hele karakterskalaen skal tages i brug, ikke har direkte hjemmel i udbudsdirektivet. Det fremgår således ikke af direktivets ordlyd, at man skal benytte karakterskalaen fuldt ud, men det fremgår til gengæld, at man ikke må ændre ved den offentliggjorte vægtning af kriterierne. Derfor kan man ikke acceptere en praksis, hvorefter ordregiver kan udarbejde sin pointmodel på en sådan måde, at ordregiver kan udhule betydningen af den offentliggjorte vægtning. Denne argumentation må i al fald gælde i de tilfælde, hvor pointmodellen ikke er offentliggjort på forhånd. Til gengæld er der mindre, der taler for, at der foregår en egentlig brud på gennemsigtighedsprincippet, når såvel vægtningen som pointmodellen er offentliggjort på forhånd. I det tilfælde kan en tilbudsgiver, allerede inden afgivelsen af sit tilbud, regne sig frem til, at priskriteriet ikke vil betyde nær det samme, hvis den givne pointmodel ikke kan forventes at blive benyttet fuldt ud.

En retstilstand, hvor tilbudsgiver ikke kan tage den offentliggjorte vægtning for gode varer uden en samtidig indsigt i den eventuelle effekt fra den valgte pointmodel, må dog forventes at blive mindre gennemsigtig og dermed mindre i overensstemmelse med de generelle principper for udbudsretten.

Tankerne bag klagenævnets krav om udnyttelse af karakterskalaen for at sikre den offentliggjorte vægtning vurderes at være bedre i overensstemmelse med de generelle principper, end en praksis, hvor man tillader en tilsløring af den egentlige vægtning gennem benyttelse af uigennemsigtige evalueringsmodeller. Hertil skal dog knyttes den kommentar, at klagenævnets praksis, som den er nu, efter min vurdering, ikke er i overensstemmelse med udbudsretten, men at det alene er tankerne bagved, der vurderes at være brugbare fremadrettet.

#### *4.1.2.3 Evaluering af kvalitative kriterier*

I forbindelse med evalueringen af kvalitative kriterier, såsom kvalitet, service og funktionalitet, opstår der en række anderledes problemer, idet resultaterne ikke er tal, hvilket gør skønselementet og efterprøvelse af rigtigheden af pointtildelingen mere kompliceret.

Hvor der er mulighed for at tage udgangspunkt i det laveste bud og give point derfra, når kriteriet pris skal vurderes, så er det ikke tilladt at lægge vægt på, hvor gode tilbud er i forhold til hinanden, når det gælder evaluering af kvalitative underkriterier. Dette forbud formuleres i Klagenævnet for udbuds kendelse af 12. februar 2007, Dansk Høreteknik mod Københavns Kommune, hvori det udtales, at:



*”Tildeling af points for tilbuddenes opfyldelse af i hvert fald de kvalitative underkriterier skal således ske ud fra tilbuddenes forhold til de pågældende underkriterier og ikke ud fra tilbuddenes forhold til hinanden”*

Udtalelsen kommer i forlængelse af en udtalelse fra Konkurrencestyrelsen af d. 17. marts 2006 om samme sag<sup>22</sup>, hvori Konkurrencestyrelsen forklarer, at en pointmodel, hvorefter det kvalitetsmæssigt bedste tilbud får 10 point og resten bliver vurderet i forhold til dette, vil have den u hensigtsmæssige konsekvens, at et tilbud, der fuldt ud opfylder kravene i udbudsbetingelserne, vil kunne få en karakter, der er lavere end 10, hvis det bedste bud har overpræsteret.

Både udtalelsen fra Konkurrencestyrelsen og Klagenævnets begrundelse bygger på en præmis om, at det er muligt at overpræstere kvalitetsmæssigt, servicemæssigt eller funktionelt, idet en ordregiver vil have et afgrænset behov til disse, som kan opfyldes, hvis der kan sættes kryds i samtlige kasser. Så snart der tilbydes noget udover det behov, som ordregiver skal have opfyldt, vil dette være at anse som overpræstation.

I Klagenævnets kendelse af 14. februar 2008, Jysk Erhvervsbeklædning ApS mod Hjørring Kommune, slår Klagenævnet igen fast, at ordregiver ikke må sammenligne tilbuddene med hinanden, men kun med de opstillede kvalitative underkriterier.

Dette forbud er videreført i senere klagenævnspraksis, og det fremgår ligeledes af den udførlige begrundelse i Klagenævnets kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A mod Banedanmark, hvoraf fremgår:

*”... en relativ evaluering af tilbuddene, hvilket efter fast klagenævnspraksis er ulovligt for så vidt angår de kvalitative underkriterier”*

#### *4.1.2.3.1 Kritik af praksis*

Denne faste praksis bliver kritiseret af Jesper Fabricius<sup>23</sup>, der bl.a. argumenterer for, at denne praksis ikke er funderet i den praktiske virkelighed. Han mener ikke, at ordregiver i de fleste tilfælde kan formulere en eksakt standard for kvalitet, da en ordregiver i det tilfælde ville benytte sig af ”laveste pris” i stedet. Jesper Fabricius mener til gengæld, at det er ordregivers hensigt, at der skal kunne konkurreres på overopfyldelse, når denne vælger underkriteriet ”kvalitet”.

I Dansk Høreteknik-kendelsen lægger Klagenævnet vægten på, at indklagede havde sammenlignet klagerens tilbud med indklagedes tilbud i forbindelse med tildelingen af point. Det fremgår af vurderingsnotaterne fra indklagede, at der alene bliver givet point ud fra, hvorledes tilbudsgiverne klarer sig i forhold til hinanden. Spørgsmålet er herefter, hvorvidt indklagede kunne have vurderet tilbuddene individuelt og uden hensyntagen til det andet tilbud.

Det fremgår af afgørelsen, at indklagede ved tidligere udbud ligeledes havde valgt samme leverandør, hvorfor de allerede inden udbuddet havde haft flere års erfaring med valgte leverandør. Man kan læse af evalueringsnotaterne i afgørelsen, at indklagede har været tilfreds med den kvalitet, som tidligere leverandør har leveret, hvorfor en ”idealstandard” næppe havde været meget anderledes end en sammenligning mellem valgte leverandørs tilbud og klagerens tilbud. Et absolut forbud mod sammenligning af tilbuddenes opfyldelse af kvalitative underkriterier fører altså i denne afgørelse alene til, at man annullerer tildelingsbeslutningen på grund af at ordregiver sam-

<sup>22</sup> Udtalelsen er gengivet i Klagenævnet for udbuds kendelse af 12. februar 2007, Dansk Høreteknik mod Københavns Kommune

<sup>23</sup> Jesper Fabricius, 2014, Offentlige Indkøb: S. 519

menligner tilbuddene med hinanden, i stedet for at sammenligne dem med standarden – hvilket formentligt havde ført til samme resultat. Der var imidlertid begået tilpas mange andre fejl fra ordregiver side til, at det næppe ikke havde ændret på, at tildelingsbeslutningen var blevet annulleret.

Man kan stille spørgsmålstejn ved, hvilket formål det tjener, at man har et absolut forbud mod at vurdere tilbuds relative fordele i forhold til andre tilbud. Inden man stiller dette spørgsmål, kan man overveje, hvor man finder hjemlen til et krav om, at man ikke må sammenligne kvalitative underkriterier, men derimod gerne må gøre det med kvantitative.

Idet det ikke fremgår direkte af lovgivningen eller af praksis fra EU-domstolen, må det antages, at Klagenævnet finder støtte for dette forbud i de generelle principper, hvilket bekræftes af Klagenavnets henvisning til ligebehandlingsprincippet i Jysk Erhvervsbeklædning-kendelsen:

*”... at indklagede for så vidt angår de opstillede kvalitative underkriterier har vurderet tilbuddene i forhold til hinanden og ikke vurderet de enkelte tilbud i forhold til de opstillede kvalitative underkriterier. Herved har indklagede handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip.”*

Den eneste nærmere argumentation for anvendelse af forbuddet findes i Konkurrencestyrelsens udtalelse af 17. marts 2006. Konkurrencestyrelsen problematiserer to forhold ved en evaluering, der ikke forholder sig til en objektiv standard, men i stedet til tilbuddenes relative fordelagtighed ift. hinanden. Første problem er således, at:

*”Det forhold, at en tilbudsgiver kommer med det bedste bud blandt de modtagne bud, er ikke ensbetydende med, at dette tilbud lever maksimalt op til alle udbudsmaterialets krav og derfor automatisk er berettiget til 10 point.”*

Andet problem er, at:

*”et bud, som lever op til kravspecifikationerne, og som i princippet ville være berettiget til 10 point, bliver vurderet til et lavere pointtal, fordi et konkurrerende tilbud har overpræsteret og derfor bliver tildelt 10 point for bedste bud”*

Konkurrencestyrelsen finder, at det kan være problematisk ift. forudberegneligheden og gennemsigtigheden, hvis tilbudsgiverne ikke blot konkurrerer ud fra de krav til kvalitet, som ordregiver har fastsat og offentliggjort. En tilbudsgiver, der tilrettelægger sit tilbud, således han opfylder alle krav, og derfor har en forventning om, at hans tilbud vil blive vurderet til max. antal point, kan derfor risikere, at han taber et udbud, når en anden tilbudsgiver overpræsterer kvalitetsmæssigt.

Klagenævnet for udbud har ikke givet nærmere retningslinjer eller begrundelse for forbuddet, eller for hvorfor forbuddet alene gælder for kvalitative underkriterier. Forbuddet antages derfor at finde sin hjemmel i ligebehandlingsprincippet med henvisning til argumentationen i afsnittet ovenfor.

#### *4.1.2.3.2 Norsk ret*

Det kan dog problematiseres, hvorvidt man rent faktisk sikrer den bedste løsning ift. ligebehandlingsprincippet, når man gør forskel på, hvilke regler, der gælder for evalueringen af kvalitative og kvantitative underkriterier. Det norske udbudsklagenævn

KOFA har forholdt sig til problemstillingen ved flere af sine afgørelser. I kendelse 2011/201 Tide Buss AS fandt KOFA, at den anvendte model for tildeling af point medførte, at der forekom en forskydning i den offentliggjorte vægtning. I den konkrete sag blev der benyttet en model til vurdering af pris, der vægtede 60 %, hvorefter det laveste bud blev tildelt max point og resten fik point svarende til deres relativt højere pris. Der blev brugt en anderledes model ved vurdering af kvalitet og miljø, der vægtede hhv. 30 % og 10 %. Her blev de indkomne tilbud nemlig sammenlignet med et "idealtilbud", hvilket resulterede i, at ingen af de indkomne bud opnåede top point. KOFA udtalte om sin praksis, at:

*"Klagenemnda har gjennomgått tidligere praksis, og ser at det i praksis benyttes ulike metoder for poengfastsettelse av tildelingskriteriene. Én metode er at oppdragsgiver gir det beste tilbudet under hvert tildelings-/underkriterium toppscore og de øvrige forholdsmessig dårligere score, mens en annen metode er at oppdragsgiver vurderer tilbudene opp mot et tenkt "idealtilbud" under de enkelte tildelings-/underkriterier. Dersom oppdragsgiver benytter begge metodene under evalueringen, for eksempel gir toppscore til laveste pris, mens kvalitetskriteriene blir vurdert opp mot et tenkt "idealtilbud", medfører dette en risiko for at vekten av tildelingskriteriene blir forskjøvet. Hvis så er tilfelle i en bestemt konkurranse, vil det være i strid med det grunnleggende kravet til forutberegnelighet i loven § 5."*

KOFA finder således, at der er en risiko for, at der vil kunne ske en forskydning af den offentliggjorte vægtning, hvis der benyttes forskellige metoder til fastsættelse af point for opfyldelse af kvalitative og kvantitative underkriterier. I den konkrete sag blev alle kriterier vurderet på en skala, hvor det maksimale pointantal er fastsat til 6. Tilbuddet med den laveste pris blev tildelt max. point for underkriteriet pris, mens der tildeltes max point til et tilbud, der kvalitets- og miljømæssigt levede op et "idealtilbud". I sin argumentation for, at der var sket overtrædelse af reglerne, havde klageren foretaget en udregning, der skulle vise den "reele" vægtning af underkriterierne, når den konkrete pointspredning var indregnet. I denne udregning kom klageren til, at der var sket en forskydning af den offentliggjorte vægtning, hvilket fremgår af følgende tabel:

Poeng	Vekting	Vektet poeng	%
6,00	60 %	3,60	63 %
5,34	30 %	1,60	28 %
5,00	10 %	0,50	9 %
5,70		100 %	

KOFA udtaler til denne model, at:

*"Klagers oversikt viser uansett at evalueringen har gitt et resultat hvor konkurransegrunnlagets vektingstall som sitert ovenfor under premiss (3) under punkt 4.2, ikke er fulgt. "Pris" var i konkurransegrunnlaget gitt vektingstall 60 prosent, men ble i stedet faktisk vektet som 63 prosent. "Kvalitet" skulle vært vektet 30, men ble gitt vektingstall 28 prosent. "Miljø" skulle vært vektet ti prosent, men ble gitt vektingstall ni prosent. Slike forskjeller kan ha påvirket resultatet av tilbudsevalueringen, slik klager har påvist. Klagenemnda finner etter dette at innklagede har brutt kravet til*

*forudberegnelighed i loven § 5 ved å benytte en evalueringsmetode som har forskjøvet vektungen av tildelingskriteriene.”*

Den norske afgørelse er interessant, fordi den tilvejebringer et anderledes syn på, hvilken betydning det kan have, at man anvender forskellige modeller til evaluering af kvalitative og kvantitative underkriterier. I det foreliggende eksempel finder man således, at det vil føre til et brud på forpligtelsen til gennemsigtighed og forudberegnelighed.

Det må antages, at denne argumentation ikke havde holdt ved Klagenævnet for udbud, når der henses til deres praksis. Ordregiver i den norske sag overholder den danske regel, hvorefter det er tilladt at sammenligne tilbud mht. pris, men ikke mht. kvalitet, hvorfor det må antages, at dette forhold ikke havde givet anledning til kritik fra Klagenævnet. Den afledte effekt af denne praksis, som er den KOFA angriber ved deres afgørelse, er at underkriterierne ikke nødvendigvis reelt overholder deres offentliggjorte vægt.

KOFA udtaler sig dog mindre i absolutte vendinger vedrørende problematikken, idet de anerkender, at der er en risiko for, at der vil ske en forskydning ved anvendelse af forskellige metoder til evaluering af kvalitative og kvantitative underkriterier. Det vil således fortsat være et spørgsmål om den konkrete situation, der er afgørende for, hvorvidt der sker en overtrædelse af reglerne.

Argumenterne for den norske model forekommer mere overbevisende, end argumenterne for den danske, der i praksis alene har vist sig ved Konkurrencestyrelsens udtalelse.

#### *4.1.2.3.3 Vurdering*

Det største problem ved den danske model er fortsat den uhjemlede forskel på reglerne for evaluering af kvalitative og kvantitative underkriterier. I min gennemgang af praksis fra Klagenævnet for udbud, er jeg således ikke stødt på en baggrund for, at det skulle indebære en større risiko for overtrædelse af de generelle principper, at man tager udgangspunkt i den bedste tilbudte kvalitet, end når man tager udgangspunkt i laveste pris. Der er ingen af disse ubekendte, der er mere eller mindre beregnelig for tilbudsgiver, da det i alle tilfælde vil komme an på det konkrete udbud og på de konkrete tilbudsgivere. Argumentationen om overpræstation kan således også overføres til underkriteriet pris, hvor man i praksis ser, at store virksomheder i nogle tilfælde vil tilbyde en pris, der ligger væsentligt under, hvad det egentligt koster for dem, hvis tilbuddet er et led i et forsøg på at komme ind på et bestemt marked el. lign. I det tilfælde vil ”idealprisen” ligge over den tilbudte ”underpris”, hvilket må indebære samme problemer for evt. forbigåede tilbudsgivere. Man kan argumentere for, at det generelt vil være nemmere for ordregiver at forestille sig en perfekt kvalitet, end det vil være at forestille sig en perfekt pris. Ligeledes vil ordregiver i praksis generelt oftere have gjort sig tanker om, hvordan man ønsker, at arbejdet udføres. Disse generelle tanker vil dog næppe passe til alle udbud eller til alle ordregivere.

En mellemvej, der ikke indebærer en overtrædelse af Klagenævnets forbud mod sammenligning af kvalitative underkriterier, og som på samme tid følger det norske krav om, at den reale vægtning ikke forskydes, kan overvejes. En model, hvor man først forholder tilbuddet med ”idealtilbuddet”, hvorefter man foretager en kalibrering af pointene, således det bedste tilbud får max point, og de resterende tilbud får point ud fra samme formel. En sådan model er imidlertid forsøgt.

I Klagenævnets kendelse af 29. november 2012 Mediq Danmark A/S mod Jysk Fællesindkøb har indklagede kalibreret point for kvalitet, således at disse var sammenlignelige med point for pris. Man har på den måde rykket bedste tilbud op til max point, hvorefter man har rykket de andre tilbud tilsvarende op. Klagenævnet udtaler, at:

*”Metoden kan ikke begrundes eller forsvares med, at tilbuddet med den laveste pris efter den valgte evalueringsmodel i relation til underkriteriet »pris« fik 5 point, uanset at der muligvis kunne tænkes »skarpere priser«. Såfremt indklagede mente, at denne mulighed konkret gav problemer ved evalueringen af de tilbudte priser, måtte indklagede i givet fald have løst problemet ved valg af en anden evalueringsmodel i relation til underkriteriet »pris«. Den bedste kvalitet vurderes ud fra kravspecifikationen, og den evaluering i relation til underkriteriet »kvalitet«, der er foretaget, viste, at ingen af de tre tilbud fik en gennemsnitlig bedømmelse af de tilbudte mere end 300 produkter på »5«. Indklagedes fremgangsmåde er derfor egnet til at forrykke den fastsatte vægtning mellem de to underkriterier.”*

Klagenævnet udtaler altså her, at denne metode er egnet til at forrykke den fastsatte vægtning. Hvis man derimod følger den norske model, vil man komme til det modsatte resultat.

Klagenævnets konklusion bygger på en forudsætning om, at den eneste måde, hvorpå man kan undgå en forrykkelse af den fastsatte vægtning, er ved at man alene forholder sig til det, der er fastsat på forhånd. Denne holdning udfordres af den norske model.

Man kan således argumentere for, at der vil forekomme en forrykkelse i den fastsatte vægtning, når man tilsyneladende tillægger point for kvalitet større vægt ift. det offentliggjorte. I det tilfælde, hvor det bedste kvalitetsmæssige tilbud alene opnår 7 ud af 10 mulige point, vil den vægtede score herefter være ( $7 \times 0,40 =$ ) 2,8, hvis det forudsættes, at kvalitet vægtes med 40 %. Hvis man herefter kalibrerer, således at det bedste skal gives 10 point, vil den vægtede score i stedet blive ( $10 \times 0,40 =$ ) 4. Scoren er således steget med 42 %. Herefter vil man kunne argumentere for, at man har tillagt kvalitet en 42 % større vægtning ift. hvad man burde havde angivet, at man ville give den. Oversat til samlet vægtning vil kvalitet således vægte ( $40 \% \times 1,42 =$ ) 56 % ud af 116 %, svarende til ca. 48 % af 100 %, hvorefter pris alene ville tælle 52 %.

Hvis man følger denne argumentation, vil Klagenævnets praksis forekomme korrekt. Det er imidlertid en forudsætning for denne tankegang, at man accepterer, at kvalitative og kvantitative underkriterier evalueres med forskellige modeller.

Hvis man i stedet forsøger at løse problemet efter den norske model, vil man komme til et andet resultat. Jeg vil forsøge at behandle samme situation, men denne gang med det skema til udregning af reel vægtning, som blev benyttet i den ovennævnte KOFA-kendelse.

	Point	Vægtning	Vægtet Point	%
Kvalitet	7	40%	2,8	31,82%
Pris	10	60%	6	68,18%
Sum	17	100%	8,8	100%

Dette skema viser, at den reale vægt af kvalitet bliver 32%, hvis der ikke foretages kalibrering af resultatet, således at modellerne bliver sammenlignelige med hinanden.

På trods af de åbenlyse forskelle, der er på kvalitative og kvantitative underkriterier, nemlig at det er nemmere og mere gennemskueligt, når man sammenligner tal ift. når man sammenligner kvalitet, er de konsekvenser, som en sådan forskelsbehandling får, alt for alvorlige til, at man kan acceptere dem.

#### 4.1.2.3.4 *Delkonklusion*

Den danske praksis, formuleret af Klagenævnet for udbud, med et absolut forbud mod sammenligning af tilbuddenes opfyldelse af kvalitative kriterier, kan virke en kende usammenhængende, når der henses til resten af Klagenavnets praksis.

Som argumenteret for under pkt. 4.1.3.2.1-4.1.3.2.3 om udnyttelse af hele karakterskalaen ved vurdering af underkriteriet ”pris”, så er det vigtigt, at ordregiver udarbejder en evalueringsmodel, hvor det kan forventes, at hele karakterskalaen bliver taget i brug, hvis man skal respektere den offentliggjorte vægtning.

Klagenavnets praksis understøtter, at det vil ændre i den offentliggjorte vægtning, hvis man alene benytter en mindre del af skalaen, når det kommer til underkriteriet ”pris”. Det kan herefter undre, at Klagenævnet ikke følger sin egen argumentation, når det kommer til evaluering af kvalitative underkriterier.

Selv hvis man ikke vil acceptere en praksis, hvor man vurderer de kvalitative underkriterier ift. hinanden, vil en løsning, som den der foretages i Mediq Danmark-kendelsen, hvor man alene kalibrerer pointene efterfølgende, kunne fungere som en mellemvej, der fastholder forbuddet mod sammenligning, men som på samme tid vil fastholde den offentliggjorte vægtning. På den måde kan man i hvert fald sikre, at den danske praksis ikke vil være i strid med de generelle principper.

Idet det ikke fremgår af udbudsdirektivet, EU-domstolens praksis eller andre autoritative kilder udover Klagenævnet for udbuds egen praksis, at man skal behandle kvalitative og kvantitative underkriterier forskelligt, og med henvisning til min argumentation ovenfor, er det i min optik svært at finde argumenter for at fastholde den hidtil førte praksis. Dette underbygges ydermere af konsekvenserne for vægtningen af underkriterier, hvilke fremgår af KOFA-kendelsen.

En udtalelse fra Klagenævnet, der gør klart, hvad argumenterne er for, at man alene kræver en absolut standard for kvalitative underkriterier og ikke for kvantitative underkriterier, ville bidrage til større forståelse for den førte praksis.

## 5 Ændringer i forbindelse med vedtagelsen af udbudsloven<sup>24</sup>

I forbindelse med vedtagelse af det nye udbudsdirektiv<sup>25</sup>, nedsatte regeringen i 2013 et udvalg, der fik til opgave at udarbejde en samlet lov for dansk udbudsret. Formålet med loven er således at samle den nationale danske udbudsret, der er reguleret af bl.a. tilbudsloven, og EU-udbudsretten, herunder udbudsdirektivet, under en lov, således der skabes større klarhed omkring grundlaget for udbud. Jeg vil i dette afsnit vurdere, hvilken effekt, den nye lov eventuelt vil kunne have på reglerne for evaluering af tilbud med udgangspunkt i de ovenfor behandlede emner.

Indledningsvist kan det konstateres, at lovens § 2 viderefører de generelle principper. I § 2 er nævnt hhv. ligebehandlings, gennemsigtigheds og proportionalitetsprincippet.

<sup>24</sup> Loven er endnu ikke trådt i kraft, hvorfor der er taget udgangspunkt i teksten fra L 164 Forslag til udbudslov

<sup>25</sup> Direktiv 2014/23/EU

Det indebærer således en udvidelse ift. den gamle udbudsdirektiv<sup>26</sup>, at også proportionalitetsprincippet er nævnt. Der fremgår imidlertid intet af udvalgets rapport<sup>27</sup>, om at der er tilsigtet en materiel ændring af retsstillingen.

Vedrørende vægtning af underkriterier, foreskriver lovens § 165, at ordregiver er forpligtet til at offentliggøre denne i udbudsmaterialet, og af stk. 2 fremgår det, at vægtingen kan angives ved fastsættelse af et passende interval. Der er heller ikke i denne forbindelse lagt op til, at der skal ske materielle ændringer.

Der er til gengæld lagt op til ændringer vedr. evalueringsmodeller. I lovens § 160, stk. 2 er der således opstillet et krav til, at evalueringsmodeller skal offentliggøres allerede i udbudsmaterialet. Kravet er ikke en implementering af en artikel fra det nye udbudsdirektiv, i stedet er:

*”Bestemmelsen indført efter anbefaling fra Udbudslovsudvalget og afspejler, at der i direktivet er et stærkere krav, end der i dag ses i dansk praksis, når det gælder den forudgående gennemsigtighed i, hvad ordregiverne lægger vægt på ved evalueringen, og hvordan evalueringen nærmere foretages.”<sup>28</sup>*

I § 160, stk. 2, bliver det slået fast, at en evalueringsmodel, der er offentliggjort i henhold til stk. 1, ikke kan tilsidesættes af klage- og retsinstanser, hvis den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet.

Således er der meget klart lagt op til, at der skal ske en ændring af dansk praksis vedr. gennemsigtighedsprincippet, ligeledes er der sat en fed streg under, at det alene er med henvisning til de generelle principper, at man kan afvise en evalueringsmodel, men hvad kommer en sådan ændring til at betyde for de emner, der har været behandlet i denne afhandling?

I forbindelse med sproglige evalueringsmodeller må det først bemærkes, at der ikke er noget i hverken loven eller i udvalgets rapport, der tilsiger, at man ikke må benytte sproglige evalueringsmodeller. Da klagenævnets praksis i forvejen stiller krav om, at en sproglig evalueringsmodel skal overholde de generelle principper, vil det næppe betyde en større ændring i praksis omkring disse. Det øgede fokus på gennemsigtighed vil imidlertid muligvis kunne betyde, at der vil blive stillet større krav til sproglige evalueringsmodeller, hvilket ordregiver nemmere kan overholde, hvis ordregiver tilknytter en karakterskala til den sproglige vurdering. Det må dog understreges, at der ikke sker nogen ændringer i lovgivningen vedrørende rent sproglige modeller, hvorfor man heller ikke kan forvente, at praksis vil ændre sig.

I forbindelse med evaluering af kriteriet ”pris” og benyttelsen af matematiske modeller, har udvalget gjort det klart i deres rapport, at der vil ske en ændring heraf. Udvalget udtaler, at:

*”Når evalueringsmetoden er beskrevet i udbudsmaterialet på en klar og gennemsigtig måde, vil der heller ikke være grundlag for at tilsidesætte modellen, fordi den ikke afspejler spredningen i de indkomne bud, eller fordi ikke hele karakter- eller po-*

---

<sup>26</sup> Direktiv 2004/18/EF

<sup>27</sup> Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014

<sup>28</sup> Bemærkninger til lovforslag L 164, pkt. 4.16.

*intskalaen kommer i anvendelse, da der ikke er noget udbudsretligt krav om, at en model skal afspejle en bestemt spredning, eller at hele karakter- eller pointskalaen skal komme i anvendelse, så længe det blot har været klart for en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver, hvordan modellen fungerer.”<sup>29</sup>*

Det er klart, at der her sigtes efter Renonorden-kendelsen, der har skabt en del røre i det praktiske liv.

Man må forvente, at der vil ske en ændring af Klagenævnets praksis vedr. modeller til evaluering af ”pris”, når det fremgår af udvalgets rapport, der lægger til grund for udbudsloven.

Udvalget udtaler ligeledes, at der vil ske en ændring vedr. evaluering af kvalitative underkriterier. Det fremgår af denne udtalelse:

*”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.”<sup>30</sup>*

Herefter vil der være åbnet mulighed for at evaluere også kvalitative kriterier relativt i forhold til hinanden. Det fremgår videre af rapporten, at man forinden skal angive, hvad der indgår i bedømmelsen af de kvalitative underkriterier, således man sikrer en højere grad af gennemsigtighed.

Udvalget lægger i sin rapport op til, at man i forbindelse med valg af evalueringsmodel skal forholde sig til, hvordan man sikrer sig, at bedømmelsesmetoderne for pris og kvalitet arbejder sammen på en måde, der sikrer den offentliggjorte vægtning.

Med henvisning til ovenstående, vurderes det, at der vil ske flere ændringer i praksis, når udbudsloven træder i kraft. Praksis vil formentligt i endnu højere grad end tidligere bruge de generelle principper direkte i deres afgørelser, som følge af § 160, stk. 2. Man vil også se en ændring af praksis vedr. evalueringsmodeller for underkriteriet ”pris”, som en følge af de kommentarer, som udvalget har knyttet til loven. I forbindelse med kvalitative underkriterier, vil man også se en bevægelse væk fra det absolute forbud mod sammenligning af tilbud.

## **6 Konklusion**

Der eksisterer en righoldig dansk praksis vedr. evaluering af tilbud. Efter en undersøgelse af udvalgte dele af denne, kan det generelt konkluderes, at praksis vedr. evalueringsmodeller er meget styret af de generelle principper, idet dette område er meget sparsomt reguleret af konkret anvendelige retsregler. Langt størstedelen af de inddragne kendelser refererer enten direkte eller indirekte til de generelle principper i deres begrundelse for resultatet. Det kan på den baggrund konkluderes, at de generelle principper spiller en helt særlig rolle i forbindelse med udviklingen af dansk udbudsret vedr. evaluering af tilbud.

---

<sup>29</sup> Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014: S. 234

<sup>30</sup> Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014: S. 232



Det var imidlertid også antagelsen fra starten, at de generelle principper ville have en stor rolle. Hvad der har været anderledes spændende at undersøge er, hvorledes Klagenævnet har benyttet og fortolket de generelle principper.

Således har de generelle principper stået som ramme for anvendelsen af sproglige evalueringsmodeller. Det er min vurdering, at sproglige evalueringsmodeller ikke bør kunne stå alene som en følge af gennemsigtighedsprincippet. Imidlertid har Klagenævnet foretaget en anden vurdering af rammerne for gennemsigtighed, hvor der kan findes plads til rene sproglige evalueringsmodeller. Klagenævnet stiller i den forbindelse krav om, at en ordregiver skal kunne påvise, at ordregiver har evalueret med respekt for den offentliggjorte vægtning og de generelle principper. I min optik er Klagenævnets prøvelse ikke intens nok til, at de rent faktisk kan følge op på, hvorvidt disse er overholdt, hvorfor en praksis, hvor man alene kan bruge sproglig evaluering, hvis den er fulgt af en karakterskala, vil være mere i overensstemmelse med de generelle principper. Der er ikke lagt op til, at der vil ske en ændring af denne praksis i anledningen af udbudsloven.

I forbindelse med evaluering af underkriteriet ”pris” har Klagenævnet fundet, at en evalueringsmodel, der ikke kan forventes at blive udnyttet fuldt ud, vil indebære en risiko for forrykkelse af den offentliggjorte vægtning og derved de generelle principper. Denne praksis er blevet kritiseret i litteraturen, hvor man ikke finder, at der er hjemmel for en sådan antagelse. Det er min konklusion, at Klagenævnets praksis på området er et udtryk for overholdelse de generelle principper, idet alternativet vil betyde en mindre grad af gennemsigtighed og dermed et svagere grundlag for ligebehandling. I forbindelse med vedtagelsen af udbudsloven, vil denne praksis formentligt ændre sig, idet udvalget bag loven er af den opfattelse, at det ikke ændrer ved vægtningen, hvis både vægtningen og evalueringsmodellen er offentliggjort i udbudsmaterialet.

Klagenævnet er kommet frem til, at det vil være bedst i overensstemmelse med de generelle principper, at man ikke sammenligner tilbud ved evaluering af kvalitative underkriterier. Klagenævnet har således fundet, at en evalueringsmodel, hvor man sammenligner tilbud med hinanden fremfor med en ”idealstandard”, vil indebære en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet. Det er min opfattelse, at Klagenævnets praksis fører til, at man forrykker den offentliggjorte vægtning. Denne opfattelse støttes bl.a. af KOFA, der ligeledes finder, at det vil kunne føre til en forrykkelse af den offentliggjorte vægtning, hvis man ikke benytter karakterskalaen for kvalitet i samme grad som for pris. Opfattelsen finder også støtte i rapporten, der ligger til grund for udbudsloven. Det er således forventeligt, at der vil ske en ændring af praksis vedr. evaluering af kvalitative underkriterier i forbindelse med udbudslovens ikrafttrædelse.

## 7 Litteraturliste

### Bøger:

- Jesper Fabricius. Offentlige indkøb i praksis, 3. udgave. Karnov Group Denmark A/S, København, 2014

### Love, lovforslag og direktiver:

- Direktiv 2004/18/EF

- Direktiv 2014/23/EU
- L 164 Forslag til udbudslov

Forarbejder og bemærkninger:

- Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014
- Bemærkninger til lovforslag L 164

Retspraksis:

*EU-domstolen:*

- Sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien
- Sag C-92/00, Hospital Ingenieure
- Sag C-21/03, Fabricom
- Sag T-345/03, Evropaiki Dynamiki
- Sag C-513/99, Concordia Bus
- Sag C-448/01, EVN
- Sag C-368/10, Kommissionen mod Holland
- Sag C-331/04, ATI
- Sag C-532/06, Lianakis

*Danske domstole:*

- U 2012.3232 V

*Klagenævnet for Udbud:*

- Kendelse af 6. marts 2014, G4S Security Services A/S mod Region Syddanmark
- Kendelse af 12. september 2008, Masterdata I/S mod Københavns Kommune
- Kendelse af 4. august 2009, Mölnlycke Health Care ApS mod Region Hovedstaden
- Kendelse af 19. december 2012, Lyreco Danmark A/S mod Morsø Kommune
- Kendelse af 22. februar 2012, Willis Danmark mod DSB
- Kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A mod Banedanmark

- Kendelse af 23. marts 2011, AV Form A/S mod 12-by-gruppens Indkøbscentral
- Kendelse af 16. juli 2011, Skandinavisk Parykcenter ApS mod Hillerød Kommune mfl.
- Kendelse af 13. marts 2013 ABB A/S mod L90,
- Kendelse af 22. oktober 2013, Kristiansen og Co., Hadsund ApS mod Maria-gerfjord Kommune
- Kendelse af 24. oktober 2013, EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden
- Kendelse af 16. juli 2010, Kongsvang mod Retten i Aarhus.
- Kendelse af 24. oktober 2012, Forenede Service mod DTU
- Kendelse af 19. marts 2012, VKS Inventa mod Hjemmeværnet
- Kendelse af 15. marts 2013, Cowi mod SKI
- Kendelse af 12. februar 2010, Nøhr og Sigsgaard mod Direktoratet for Kriminalforsorgen
- Kendelse af 10. juli 2008, European Land Solutions Ltd. mod Kystdirektoratet
- Kendelse af 9. januar 2012, RenoNorden mod Skive Kommune
- Kendelse af 7. juni 2012, Dubex A/S mod Danske Spil
- Kendelse af 18. juli 2013, Caludan Høreteknik ApS mod Gentofte Kommune
- Kendelse af 12. februar 2007, Dansk Høreteknik mod Københavns Kommune
- Kendelse af 14. februar 2008, Jysk Erhvervsbeklædning ApS mod Hjørring Kommune
- Kendelse af 29. november 2012 Mediq Danmark A/S mod Jysk Fællesindkøb

*Klagenemnda for offentlige anskaffelser (fundet på kofa.no):*

- Kendelse 2014/95 Harstad Kommune
- Kendelse 2008/67, Departementenes servicecenter
- Kendelse 2011/176 Helse Vest RHF
- Kendelse 2011/201 Tide Buss AS

*Konkurrencestyrelsen:*

- Udtalelse fra Konkurrencestyrelsen af d. 17. marts 2006

Vejledninger:

- Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, 2013, Vejledning om evalueringsmodeller