

# Offentliggørelse af ordregivers evalueringsmetode

## Rækkevidden af offentliggørelsesforpligtelsen i udbudslovens § 160

af CAMILLA KJÆR BONNÉ BJERRE

*Afhandlingen søger at afklare rækkevidden af offentliggørelseskravet i udbudslovens § 160 i henhold til evalueringsmetoder, herunder hvorledes bestemmelsen påvirker transaktionsomkostningerne for henholdsvis den ordregivende myndighed og tilbudsgiver. Afhandlingen tager udgangspunkt i en principiel kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland, fra Klagenævnet for Udbud, som fastlagde, at en ordregivende myndighed ikke er forpligtet til på forhånd at offentliggøre den pågældende hældningsgrad på den valgte evalueringsmodel i udbudsmaterialet. Set i lyset heraf, analyseres hvilke dele af evalueringsmetoden ordregiver vil være forpligtet til at offentliggøre, jf. § 160, stk. 1. Det ses blandt andet, at lovgiver og Klagenævnet for Udbud ikke er af samme opfattelse ved fortolkningen af, hvor langt bestemmelsen rækker.*

### Abstract

Section 160 of the Public Procurement Act is a partial innovation in Danish procurement law and requires the contracting authority to describe the evaluation method in the tender documents. According to previous practice, this was not a requirement. The provision has been introduced with the aim of creating greater transparency in terms of the contracting authority's evaluation of the offer. This thesis will elucidate the obligation imposed by section 160 of the Public Procurement Act to analyze which parts of the evaluation method the contracting authority must publish in the tender documents. The thesis will also elucidate the legislature's intention with the provision in conjunction with the interpretation made by the Danish Complaints Board for Public Procurement.

In judgement of 8 August 2017, the Competition and Consumer Agency against Region Midtjylland, the Danish Complaints Board for Public Procurement chose to interpret the provision differently from what the legislature had intended. The Board found that the contracting authority in the tender in question, was not required to indicate the actual slope of the linear point model. It was sufficient to describe the framework for its subsequent determination. This will apply if the price criterion weighs relatively low, and a more detailed description is required if the price criterion weighs high. For price models, the contracting authority must indicate the formula used for the conversion of points for quality into a price supplement. The contracting authority may also choose to use an evaluation model that does not contain a mathematical formula or calculation. By using a linguistic evaluation model, the contracting authority must verbally indicate how the price criterion is compared with the quality criterion in order to assess the relation between price and quality. This can be challenging and the contracting authority may therefore use a point or price model as a support tool. There is greater flexibility in describing the criteria for quality, and the contracting authority simply must indicate what matters are important in the evaluation.

The transaction costs for the contracting authority and tenderer will not be affected if the contracting authority specifies only the framework for the determination of the slope. On the other hand, transaction costs will increase for the contracting authority if a specific slope rate is required in advance. Conversely, the tenderer's transaction costs will decrease because the tenderer easier can assess whether to bid on the offered job or not.

# Indholdsfortegnelse

<b>1.0</b>	<b>Introduktion</b>	<b>3</b>
1.1	Problemformulering	3
1.2	Afgrænsning	3
1.3	Metode	3
1.4	Rammerne for tilbudsevaluering	4
1.4.1	De udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed	4
<b>2.0</b>	<b>Rækkevidden af udbudslovens § 160 i henhold til evalueringsmetoden</b>	<b>6</b>
2.1	Lovens definition af begrebet "evalueringsmetode"	8
2.1.1	Forudgående offentliggørelse	10
2.1.1.1	Offentliggørelseskravet i henhold til lovbemærkningerne	11
2.2	Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland	12
2.2.1	Sagens omstændigheder	13
2.2.2	Ordregivers ubetinget frie valg	14
2.2.2.1	Krav til evalueringsmodeller	15
2.2.2.2	Konflikt mellem lovgiver og KfU	18
2.2.2.2.1	Fastsættelse af hældningsgrad	18
2.2.2.3	Udbudslovens § 160, stk. 2	19
2.2.2.3.1	Afgrænsning af prøvelsen	20
2.3	Klagenævnets fortolkning af udbudslovens § 160	21
2.3.1	Lovbemærkninger eller klagenævnspraksis	22
2.3.2	Overensstemmelse med EU-retten	23
2.4	Offentliggørelseskrav for en "Laveste pris + X %" -pointmodel	24
2.4.1	Ordregivers forventning omkring prisspændet	25
2.4.2	Tilbudsgivers beslutningsgrundlag	26
2.4.2.1	Tilbudsgivernes kendskab til markedet	27
2.4.2.2	Den konkrete vægtning af det økonomiske underkriterium	28
2.4.3	Tilbudsgivernes kontrolmuligheder	29
2.5	Offentliggørelseskrav ved andre evalueringsmetoder	29
2.5.1	Offentliggørelseskrav til pris-modeller	29
2.5.1.1	Offentliggørelseskrav til evaluering af kvalitative kriterier	32
2.5.1.2	Relativ eller absolut evaluering	33
2.5.2	Offentliggørelseskrav til prosamodeller	34
<b>3.0</b>	<b>Udbudslovens § 160s påvirkning på transaktionsomkostninger</b>	<b>35</b>
3.1	Oliver E. Williamson's transaktionsomkostningsteori	35
3.1.1	Ex ante- og ex post transaktionsomkostninger	36
3.1.2	Aktørforudsætninger	39
3.1.3	Dimensioner ved transaktionen	40
3.2	Lovgivers hensigt med udbudslovens § 160	41
3.2.1	Påvirkning på ordregivers transaktionsomkostninger	41
3.2.2	Påvirkning på tilbudsgivers transaktionsomkostninger	42
3.3	Klagenævnets tilgang til udbudslovens § 160	43
3.3.1	Påvirkning på ordregivers transaktionsomkostninger	43
3.3.2	Påvirkning på tilbudsgivers transaktionsomkostninger	44
<b>4.0</b>	<b>Konklusion</b>	<b>45</b>
	<b>Litteraturliste</b>	<b>46</b>
	Lovgivning	46
	Domme fra EU-Domstolen	46

<i>Kendelser fra Klagenævnet for Udbud</i> .....	46
<i>Bøger</i> .....	47
<i>Artikler</i> .....	48
<i>Vejledninger og andet</i> .....	48
<i>Internetkilder</i> .....	48
<b>Bilag 1</b> .....	<b>48</b>
<b>Bilag 2</b> .....	<b>50</b>

## 1.0 Introduktion

### 1.1 Problemformulering

*"Analyser rækkevidden af offentliggørelseskravet i udbudslovens § 160 i henhold til evalueringsmetoder, herunder hvorledes bestemmelsen påvirker transaktionsomkostningerne for ordregiver og tilbudsgiver"*

### 1.2 Afgrænsning

Afhandlingen vil alene analysere offentlighedskravet i udbudslovens § 160 i henhold til evalueringsmetoden, hvorfor kravene til tildelingskriteriet, herunder under og eventuelle delkriterier alene berøres i det omfang dette er relevant for besvarelsen. Der afgrænses dog fra evalueringsmetoder i henhold til sortimentsudbud.

Afhandlingen vil analysere offentliggørelseskravet i henhold til udbud, hvor tildelingskriteriet er "bedste forhold mellem pris og kvalitet". Der afgrænses således fra, hvad der vil være gældende for tildelingskriteriet "Pris" og "Omkostninger". Afhandlingen vil konkret analysere kravet i udbudslovens § 160 i forhold til den mest anvendte lineære pointmodel, "Laveste pris + X %", hvorfor der afgrænses fra andre pointmodeller. Derudover analyseres offentliggørelseskravet i forhold til pris- og prosamodeller, og der afgrænses herved fra andre mulige modeller.

### 1.3 Metode

Den retsdogmatisk metode anvendes i opgaven, hvorefter gældende ret – de lege lata – vil blive beskrevet, analyseret og systematiseret med henblik på at besvare problemformuleringen. Gældende ret er et udtryk for det konsensusresultat, man vil komme frem til ved anvendelsen af retskilderne og retsdogmatisk analyse.<sup>1</sup> Afhandlingen er således en retsdogmatisk analyse af, hvilke krav udbudslovens § 160 stiller ordregivers beskrivelse af evalueringsmetoden. Besvarelsen vil hovedsageligt baseres på praksis fra Klagenævnet for Udbud (herefter KfU)<sup>2</sup> eftersom lovens § 160 er en rent national bestemmelse. EU-retspraksis inddrages dog også i betydeligt omfang.

Herefter anvendes den retsøkonomiske metode til at undersøge, hvordan udbudslovens § 160 influerer på den givne situation, som reglen søger at påvirke.<sup>3</sup> Med denne metode anvendes Oliver E. Williamson's transaktionsomkostningsteori til at analysere, hvordan forskellige fortolkninger af § 160 påvirker transaktionsomkostningerne for ordregiver og tilbudsgiver.

<sup>1</sup> Retskilder og retsteorier, s. 29

<sup>2</sup> KfU er den håndhævende instans indenfor udbudsret i Danmark, og nævnets kendelser indbringes sjældent for de almindelige domstole

<sup>3</sup> Retskilder og retsteorier, s. 454

## 1.4 Rammerne for tilbudsevaluering

Det nye udbudsdirektiv (2014/24/EU) blev implementeret i form af en ny lov i dansk ret, udbudsloven, hvilket havde til formål at gøre regelsættet mere forståeligt. Udbudsloven trådte i kraft 1. januar 2016, og angiver reglerne for ordregivende myndigheders adfærd ved offentlige indkøb. Udbudsloven regulerer således, hvordan ordregivere skal købe ind.

Ordregiver skal tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, jf. udbudslovens § 161. Det økonomisk mest fordelagtige tilbud identificeres ud fra et af de i § 162 opstillede tildelingskriterier. Ordregiver kan vælge om tildelingskriteriet skal være ”pris”, ”omkostninger” eller ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”. Ved sidstnævnte kan ordregiver anvende underkriterier, som eksempelvis kan have kvalitative miljømæssige og sociale aspekter, jf. udbudslovens § 162, stk. 3. Der er dog krav om, at underkriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand uanset valg af tildelingskriterium. Ydermere skal ordregiver vægte underkriterierne efter, hvor stor betydning de hver især vil have. Vægtningen skal angives i udbudsmaterialet således, at potentielle tilbudsgivere kan se, hvilke kriterier ordregiver lægger mest vægt på, jf. § 165. Hvis ikke disse kan vægtes, skal de opstilles i prioriteret rækkefølge, jf. § 165, stk. 3, således, at tilbudsgiverne kan se, hvilket kriterium der anses for det vigtigste for ordregiver. Derudover skal underkriterierne beskrives sådan at potentielle tilbudsgivere kan danne sig et indtryk af, hvad der tillægges betydning ved evalueringen.<sup>4</sup> Dette kan eventuelt gøres ved gøre brug af delkriterier, som sammen med underkriteriet danner grundlag for, hvordan tilbuddene vurderes.<sup>5</sup> Disse oplysninger danner den overordnede ramme for tilbudsevalueringen, og ordregiver skal herefter holde sig indenfor denne ramme. Det betyder også, at ordregiver ikke må lægge vægt på forhold, som ikke har været angivet i udbudsmaterialet.<sup>6</sup> Som noget nyt i dansk udbudsret skal ordregiver også beskrive evalueringsmetoden i udbudsmaterialet. Af udbudslovens § 160 fremgår:

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

*Stk. 2. En evalueringsmetode, der er beskrevet i udbudsmaterialet i overensstemmelse med stk. 1, kan ikke tilsidesættes af klage- og retsinstanser, hvis den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet.”*

Før udbudslovens ikrafttræden var ordregiver alene forpligtet hertil, hvis ordregiver valgte at anvende en helt usædvanlig og for tilbudsgiverne upåregnelig evalueringsmetode.<sup>7</sup>

### 1.4.1 De udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed

Udbudsloven regulerer ikke direkte, hvordan ordregiver skal evaluere de indkomne tilbud, men ordregiver skal dog sikre, at evalueringen sker i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.<sup>8</sup> Principperne skal generelt inddrages ved fortolkningen og udfyldningen af udbudslovens og direktivernes bestemmelser og i alle faser af udbudsproceduren.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Offentlige indkøb i praksis, s. 427

<sup>5</sup> Lovforslag 19, bemærkninger til § 160, s. 186

<sup>6</sup> Ibid, s. 187

<sup>7</sup> Kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo, kendelse af 15. juni 2015, Grøn Sol og modsætningsvist af kendelse af 1. februar 2013, Abena, ad påstand 2 A

<sup>8</sup> U2012B.334, s. 3

<sup>9</sup> EU udbudsretten, s. 59

Princippet om ligebehandling er udledt af EUF-traktaten,<sup>10</sup> og finder derfor anvendelse både indenfor og udenfor udbudsdirektivernes anvendelsesområder.<sup>11</sup> Ligebehandlingsprincippet er angivet i udbudslovens § 2 og i udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1, og ligeledes i 1. præambel heri. Princippet er en udmøntning af traktatens forbud mod nationalitetsdiskrimination, og indebærer et forbud mod forskelsbehandling, som ikke er sagligt begrundet.<sup>12</sup> Tilbudsgivere skal derfor behandles lige i forbindelse med udarbejdelsen af tilbud, og under evalueringen heraf.<sup>13</sup> Det betyder blandt andet, at ordregiver skal evaluere alle de indkomne tilbud som angivet i udbudsmaterialet for at sikre objektiv sammenligning af tilbuddene.<sup>14</sup> Ordregiver kan derfor ikke undlade at evaluere på forhold, som er angivet i udbudsmaterialet, og kan omvendt heller ikke tage forhold i betragtning, som ikke har været angivet heri. Ordregiver er med andre ord bundet af de spilleregler, som ordregiver selv har fastsat, herunder det anførte tildelingskriterium og de i udbudsmaterialet angivne fremgangsmåder for udbuddet ved evalueringen og gennemførelsen af udbuddet.<sup>15</sup> På den baggrund er ordregiver således bundet af den evalueringsmetode, som angives i udbudsmaterialet.

Princippet om gennemsigtighed er det væsentligste i forbindelse med kontrakttildelingen,<sup>16</sup> og princippet blev for første gang introduceret af EU-Domstolen (herefter Domstolen) i sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, hvor Domstolen udtalte:

*”Fremgangsmåden ved sammenligning af tilbud skal således på alle stadier overholde såvel princippet om ligebehandling af tilbudsgivere som princippet om gennemsigtighed, således at alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres tilbud.”<sup>17</sup>*

Princippet er således udformet af Domstolen igennem retspraksis, men synes dog at være opstået som konsekvens af ligebehandlingsprincippet. Forpligtelsen til gennemsigtighed i udbudsproceduren vil netop sikre, at princippet om ligebehandling overholdes.<sup>18</sup> Gennemsigtighedsprincippet har blandt andet til formål at undgå vilkårlighed fra ordregivers side.<sup>19</sup> Dette fremgår blandt andet i sag C-599/10, SAG ELV Slovensko, hvori Domstolen udtalte:

*”Gennemsigtighedskravet, der følger af det nævnte princip, har i det væsentlige til formål at sikre, at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side”<sup>20</sup>*

Dette formål vil ikke tilgodeses, hvis ordregiver kan frigøre sig fra de betingelser, som ordregiver selv har fastsat.<sup>21</sup> I den retning udtalte Domstolens i sag C-19/00, SIAC Construction Ltd, at gennemsigtighedsforpligtelsen indebærer:

---

<sup>10</sup> Sag C-243/89, Danmark, præmis 33 og sag C-21/03 og C-34/03, Fabrocom SA, præmis 26

<sup>11</sup> EU udbudsretten, s. 51

<sup>12</sup> Offentlige indkøb i praksis, s. 41

<sup>13</sup> EU's udbudsregler i dansk kontekst, s. 671

<sup>14</sup> Ibid, s. 672

<sup>15</sup> EU udbudsretten, s. 516

<sup>16</sup> Ibid, s. 513

<sup>17</sup> Sag C-87/94, Belgien, præmis 54

<sup>18</sup> EU udbudsretten, s. 62

<sup>19</sup> Sag C-278/14, SC Enterprise, præmis 26

<sup>20</sup> Sag C-599/10, SAG ELV Slovensko, præmis 25

<sup>21</sup> Sag C-278/14, SC Enterprise, præmis 26 og 27

*”at den ordregivende myndighed skal fastholde den samme fortolkning af kriterierne for tildeling i løbet af hele udbuddet..”<sup>22</sup>*

På den baggrund må ordregiver ikke ændre underkriterierne i løbet af udbudsproceduren.<sup>23</sup> Domstolen udtalte ligeledes i sag C-31/87, Gebroeders Beentjes BV mod Holland, at de valgte underkriterier ikke må give ordregiver et ubetinget frit valg mellem tilbuddene.<sup>24</sup>

## 2.0 Rækkevidden af udbudslovens § 160 i henhold til evalueringsmetoden

Udbudslovens § 160 er en national bestemmelse, der blev indført i udbudsloven efter Udbudslovsudvalgets anbefaling, og den er dermed ikke en implementering af en udtrykkelig artikel i udbudsdirektivet.<sup>25</sup> Af de specielle lovbemærkninger til bestemmelsen fremgår:

*”Det følger af praksis fra Klagenævnet fra udbud, at der ikke er en pligt til at offentliggøre evalueringsmetoder i udbudsmaterialet.*

*§ 160 gennemfører ikke en artikel i direktivet, men er indført efter anbefaling fra Udbudslovsudvalget. Bestemmelsen fraviger dansk praksis fra Klagenævnet for Udbud. Baggrunden for forslaget er, at der i direktivet er et stærkere krav, end der i dag ses i dansk klagenævnspraksis, når det gælder den forudgående gennemsigtighed i, hvad ordregiverne lægger vægt på ved evalueringen, og hvordan evalueringen nærmere foretages... ”<sup>26</sup>*

Baggrunden for at indføre bestemmelsen var således ifølge lovbemærkningerne, at der i direktivet var et stærkere krav til gennemsigtighed i forhold til ordregivers evaluering af tilbud, end der på daværende tidspunkt fremgik af dansk klagenævnspraksis. Det fremgår ikke af bemærkningerne, hvorvidt bestemmelsen er indført som følge af, at det nye direktiv, efter udvalgets vurdering, skærper forpligtelserne for ordregiver i forhold til det nu ophævede direktiv (2004/18/EF) eller om baggrunden er, at klagenævnspraksis efter udvalgets opfattelse var i strid med det gamle direktiv.<sup>27</sup> I udvalgets rapport fra december 2014, fremgår det dog, at bestemmelsens indførsel skete på baggrund af det nye udbudsdirektiv, og at vurderingen var baseret på den legislative historie til dette direktiv og drøftelser med EU-Kommissionen (herefter Kommissionen).<sup>28</sup> Udvalget rettede under det lovforberedende arbejde henvendelse til Kommissionen gennem Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (herefter KFST) for at afklare, hvorvidt der efter Kommissionens opfattelse var en pligt til forudgående offentliggørelse af evalueringsmetoden.<sup>29</sup> Advokat Jesper Fabricius (herefter Fabricius) som deltog i Udbudslovsudvalgets arbejde, har i sin bog ”Offentlige indkøb i praksis”<sup>30</sup> og i anden litteratur i øvrigt<sup>31</sup> beskrevet udvalgets arbejde og de hensyn, som § 160 ifølge udvalget havde til formål at tilgodese.<sup>32</sup> Fabricius har i den sammenhæng givet udtryk for, at Kommissionen tilkendegav, at der var et EU-

---

<sup>22</sup> Sag C-19/00, SIAC Construction, præmis 42-43

<sup>23</sup> Sag C-448/01, EVN, præmis 92

<sup>24</sup> Sag C-31/87, Beentjes, præmis 26 og sag C-19/00, SIAC Construction, præmis 37

<sup>25</sup> L 19, bemærkninger til § 160, s. 183

<sup>26</sup> L 19, bemærkninger til § 160, s. 183

<sup>27</sup> Udbudsloven, s. 374

<sup>28</sup> Udbudslovsudvalget, 2014, s. 815-816

<sup>29</sup> Kendelse af 8. august 2017, KFST, s. 12

<sup>30</sup> Offentlige indkøb i praksis, s. 443

<sup>31</sup> Udbudsloven, kapital 3

<sup>32</sup> Fabricius’ bidrag i litteraturen anvendes til at belyse udvalgets arbejde og analysere de hensyn, som § 160 har haft til hensigt at tilgodese nærmere

retligt krav om en øget forudgående gennemsigtighed.<sup>33</sup> Kommissionen bekræftede i et officielt brev dateret den 15. marts 2016 sin vurdering til KFST.<sup>34</sup> Af brevet fremgår:

*”In our view, it follows that the obligation to publish (i.e. render accessible as part of the procurement documents) applies to ”all the details pertaining to the evaluation methodology ..., including specification of the formula for converting price to points or vice versa, points that can be used in and other means to identify” the best price-quality ratio (formerly the most economically advantageous tender).”<sup>35</sup>*

Det var således Kommissionens opfattelse, at offentliggørelsesforpligtelsen var vidtgående, og at alle detaljer vedrørende evalueringsmetoden, herunder anvendelsen af en eventuel formel, som for eksempel anvendes til at omregne priser til point, skulle offentliggøres i udbudsmaterialet. Fabricius har endvidere angivet, at denne tilkendegivelse fra Kommissionen spillede en stor rolle for udvalget i forbindelse med det lovforberedende arbejde.<sup>36</sup>

Derudover lagde udvalget særlig vægt på præambel 90 i det nye udbudsdirektiv.<sup>37</sup> Heraf fremgår blandt andet:

*”For at sikre overholdelsen af princippet om ligebehandling ved tildelingen af kontrakter bør de ordregivende myndigheder være forpligtet til at skabe den gennemsigtighed, der er nødvendig for, at alle tilbudsgivere kan være rimeligt informeret om de kriterier og ordninger, der anvendes i forbindelse med beslutningen om tildeling af kontrakter. Ordregivende myndigheder bør derfor være forpligtet til at oplyse, hvilke kriterier de anvender for tildelingen af kontrakten, og hvordan de relativt vægter de enkelte kriterier...”*

Udbudslovsudvalget har i den forbindelse givet udtryk for, at præambelens angivelse af ”kriterier og ordninger” skal forstås således, at det ikke alene er kriterierne, der skal oplyses, men at det ligeledes gælder andre forhold, der er relevante for forståelsen af kriterierne.<sup>38</sup> Dette må forstås sådan, at udvalget har haft en opfattelse af, at evalueringsmetoden var omfattet af ordlyden ”ordninger”. Spørgsmålet er dog, hvorvidt der i det nye udbudsdirektiv rent faktisk er et stærkere krav til den forudgående gennemsigtighed end, hvad der var gældende efter 2004-direktivet. Henset til det nye direktiv og ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i øvrigt, er det ikke åbenbart, at det har været nødvendigt at indføre en forpligtelse for ordregiver til at offentliggøre sin evalueringsmodel på forhånd.<sup>39</sup> Af præambel 46, 2. afsnit i det nu ophævede direktiv fremgår blandt andet:

*”For at sikre overholdelsen af princippet om ligebehandling ved tildelingen af kontrakter bør der indføres pligt - i overensstemmelse med retspraksis - til at fastholde den nødvendige gennemsigtighed, for at alle tilbudsgivere kan være rimeligt informeret om de kriterier og regler, der anvendes til afdækning af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. De ordregivende myndigheder skal derfor oplyse, hvilke tildelingskriterier de anvender, og hvordan de vægter kriterierne, på et så tidligt tidspunkt, at tilbudsgiverne har disse oplysninger, når de udarbejder deres tilbud. ”*

---

<sup>33</sup> Offentlige indkøb i praksis, s. 443

<sup>34</sup> Ibid

<sup>35</sup> Kendelse af 8. august 2017, KFST, s. 12

<sup>36</sup> Offentlige indkøb i praksis, s. 443

<sup>37</sup> Udbudslovsudvalget, 2014, s. 816

<sup>38</sup> Ibid

<sup>39</sup> Udbudsloven, s. 373

Denne betragtning svarer til præambel 90 i det nye direktiv. Forskellen ses i ordlyden, hvor det ophævede direktiv angiver ”kriterier og regler”, og det nye direktiv anvender ordlyden ”kriterier og ordninger”. I de engelske versioner af de to præambler er ordlyden dog enslydende, da det i begge direktiver angives ”..the criteria and arrangements which will be applied..”.<sup>40</sup> Det fremgår derfor ikke, at der som følge af det nye direktiv følger en skærpelse af den gennemsigtighed, der skal være i forbindelse ordregivers evalueringsproces, herunder ved tildeling af kontrakt.

Efter udbudslovens ikrafttræden afsagde Domstolen den 14. juli 2016 dom i sag C-6/15, TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest. Sagen angik en præjudiciel forelæggelse, hvor anmodningen vedrørte fortolkningen af 2004-direktivets artikel 53, stk. 2, sammenholdt med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Domstolen udtalte, at der ikke af det nu ophævede direktiv eller af Domstolens praksis i øvrigt, fulgte en forpligtelse for ordregiver til gennem offentliggørelse i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, at oplyse om den evalueringsmetode, som ordregiver havde tænkt sig at anvende ved evalueringen af de indkomne tilbud.<sup>41</sup> Domstolen udtalte endvidere, at ordregivers bedømmelsesudvalg skulle råde over en vis frihed ved udførelsen af sit arbejde,<sup>42</sup> og at dette blandt andet var begrundet i praktiske hensyn, hvorfor ordregiver skulle kunne tilpasse evalueringsmetoden i forhold til sagens konkrete omstændigheder.<sup>43</sup> Der fulgte således ikke af det gamle udbudsdirektiv en pligt for ordregiver til at offentliggøre evalueringsmetoden, ej heller i forhold til fortolkningen af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i øvrigt. Det må derfor tilsvarende være gældende efter det nye direktiv, når der i henhold til sammenholdelsen af præambel 46 i 2004-direktivet og præambel 90 i 2014-direktivet ikke er sket en ændring.

Eftersom Kommissionen og Domstolen har udtalt sig forskelligt, og idet Kommissionens udtalelse ikke har nogen retsvirkning, har denne ikke længere betydning efter der er afsagt dom i Dimarso-sagen. Med indførelsen af udbudslovens § 160, er der således sket en overimplementering af det nye direktiv, idet bestemmelsen går videre end hvad der kræves af både 2004- og 2014-direktivet og af EU-praksis i øvrigt. Der er derfor i dansk udbudsret ved implementeringen af det nye udbudsdirektiv sket en skærpelse af den forudgående gennemsigtighed som ordregiver skal sikre i henhold til proceduren ved kontrakttildeling. Tidligere dansk praksis, hvor det blev fastslået, at der ikke fulgte en forpligtelse til offentliggørelse af evalueringsmetoden, er derfor ikke længere udtryk for gældende ret, idet udbudslovens § 160 i henhold til dansk udbudsret nu pålægger en pligt for ordregiver til at offentliggøre evalueringsmetoden på forhånd. Dimarso-sagen ændrer ikke herpå, da det ikke kan anses for at være i strid med udbudsdirektivet at give tilbudsgiverne flere oplysninger end direktivet kræver.<sup>44</sup> På dette punkt er der således sket en stramning i dansk ret i forhold til, hvad der følger af EU-retten.

## 2.1 Lovens definition af begrebet ”evalueringsmetode”

Udbudslovens § 160 angiver, at evalueringsmetoden skal beskrives i udbudsmaterialet, men det fremgår ikke, hvad der skal forstås ved evalueringsmetode. I lovens § 24 om definitioner af udbudsretlige begreber fremgår begrebet heller ikke. Spørgsmålet er derfor, hvordan evalueringsmetode skal defineres i henhold til bestemmelsen. Af de specielle lovbemærkninger til § 160 er angivet, at evalueringsmetoden er den systematik, som ordregiver anvender i evalueringen af de indkomne tilbud med

<sup>40</sup> Kendelse af 8. august 2017, KFST, s. 11

<sup>41</sup> Sag C-6/15, Dimarso, præmis 27 og 28

<sup>42</sup> Ibid, præmis 29

<sup>43</sup> Ibid, præmis 30

<sup>44</sup> Offentlige indkøb i praksis, s. 444



henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og at evalueringsmetoden eksempelvis kan basere sig på en prismodel, pointmodel eller prosamodel.<sup>45</sup> Såfremt ordregiver vælger at anvende en evalueringsmodel, vil den derfor indgå som en del af evalueringsmetoden.<sup>46</sup> Ordregiver vil som udgangspunkt anvende en evalueringsmodel ved tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”,<sup>47</sup> idet der skal vurderes på både kvantitative som kvalitative under- og eventuelle delkriterier. Evalueringsmodellen anvendes derfor til at finde en fælles målestok ved vurderingen af kriterierne sådan, at forholdet mellem pris og kvalitet kan vurderes. Evalueringsmodellen muliggør herefter, at ordregiver kan sammenligne de indkomne tilbud med hinanden for derefter at udpege det tilbud, som har det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Den mest anvendte evalueringsmodel er pointmodellen. Ordregiver tildeler efter denne model point ud fra en pointskala, hvorefter pointene bliver vægtet i forhold til den angivne vægtning af de forskellige under- og delkriterier. Modellen omregner priser til point og anvendes således ved økonomiske underkriterier, hvorefter de tildelte point herfor lægges sammen med de tildelte point for de kvalitative kriterier. Den tilbudsgiver som har opnået den højeste pointscore på den angivne skala, vinder udbuddet. Der findes flere forskellige former for pointmodeller, men den mest anvendte er den lineære pointmodel af typen ”Laveste pris plus X %”. Ved denne pointmodel fastsættes et prisspænd, som modellen vil tage udgangspunkt i, og omregningen fra priser til point afhænger af det spænd, der anvendes. Pointtildelingen foregår efter denne lineære pointmodel relativt, idet tilbuddet med den laveste pris får tildelt det højeste antal point, hvorefter tilbuddet, som er X % dyrere end tilbuddet med den laveste pris får tildelt 0 point. Sidstnævnte illustrerer det såkaldte nulpunkt. Tilbud med priser som ligger imellem disse to yderpunkter omregnes lineært ved hjælp af en beregning. Herefter kan dannes en lineær funktion, som illustrerer pointfordelingen mellem tilbudspriserne, hvorfor den kaldes en lineær pointmodel. Prisspændet i modellen illustrerer således funktionens hældningsgrad.

Ordregiver kan som alternativ til pointmodellen anvende en prismodel, som omregner ordregivers bedømmelse af tilbuddets kvalitative kriterier til et beløb i kroner, hvorefter dette beløb lægges oveni den tilbudte pris. Dette kaldes den ”fiktive evalueringspris”. Det tilbud, som efterfølgende har den laveste fiktive evalueringspris vinder udbuddet.<sup>48</sup> Ordregiver kan endvidere vælge at anvende en prosamodel, som er en sproglig evalueringsmodel. Denne model skiller sig ud derved, at evalueringen ikke sker ud fra en optælling i kroner eller point, og der anvendes ikke matematiske beregninger. Ordregiver udfører evalueringen ved at foretage en sproglig vurdering af tilbuddene i henhold til de enkelte under- og eventuelle delkriterier.<sup>49</sup> Fordele og ulemper opvejes, hvorefter ordregiver tildeler kontrakten til den tilbudsgiver, som samlet set har afgivet det bedste tilbud under hensyn til de fastsatte kriterier.<sup>50</sup> En sådan model vil derfor ikke bidrage med den samme gennemsigtighed, som en point- eller prismodel.

En evalueringsmetode vil således indeholde flere elementer, heriblandt en evalueringsmodel og en given skala. Det er dog ikke et krav, at ordregiver skal anvende en evalueringsmodel ved evalueringen, og af lovbemærkningerne fremgår endvidere, at det ikke er et krav at metoden beskrives ved hjælp af en matematisk formel.<sup>51</sup> Kendetegnet ved evalueringsmodeller er dog, at der anvendes en

---

<sup>45</sup> L 19, bemærkninger til § 160, s. 183

<sup>46</sup> KFSTs vejledning, 2018, s. 8

<sup>47</sup> Ibid, s. 7

<sup>48</sup> Udbudsloven, s. 370

<sup>49</sup> Offentlige indkøb i praksis, s. 441

<sup>50</sup> Udbudsloven, s. 370

<sup>51</sup> jf. dog udbudslovens § 162, stk. 1, nr. 2, vedrørende udbud med tildelingskriteriet ”omkostninger”, L 19, bemærkninger til § 160, s. 183-184

bestemt formel til at omregne og fordele point, med undtagelse af prosamodellen. Formlen må derfor siges, at være en del af evalueringsmodellen, hvorfor den må være en del af evalueringsmetoden, såfremt ordregiver vælger, at anvende en sådan model. Det er ligeledes en del af evalueringsmetoden, hvorvidt der foretages en relativ evaluering eller om kriterierne evalueres op imod en absolut skala.<sup>52</sup>

Ifølge lovbemærkninger til § 160 har ordregiver et vidt skøn i forhold til valg af evalueringsmetode, så længe denne er i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.<sup>53</sup> Spørgsmålet er herefter, hvordan evalueringsmetoden skal beskrives før ordregiver opfylder kravet om offentliggørelse i udbudslovens § 160, stk. 1.

### 2.1.1 Forudgående offentliggørelse

Udbudslovens § 160, stk. 1, er særdeles kortfattet, hvad angår det nye krav om offentliggørelse, og det fremgår derfor ikke om der kræves en overordnet eller detaljeret beskrivelse af evalueringsmetoden. De specielle lovbemærkninger til bestemmelsen er derimod meget omfangsrige, og giver et vist indtryk af, hvad der har været lovgivers hensigt med bestemmelsen. Af bemærkninger fremgår først og fremmest, at evalueringsmetoden skal være fastlagt på forhånd.<sup>54</sup> Det betyder, at ordregiver skal fastlægge evalueringsmetoden uden at have kendskab til indholdet af tilbuddene. Konsekvensen heraf er, at ordregiver bliver bundet af den anførte evalueringsmetode, jf. afsnit 1.4.1. Et eksempel herpå findes i en delkendelse af 26. juni 2017, Eltel mod Region Syddanmark, hvor KfU udtalte, at den faktisk anvendte evalueringsmetode stred mod det, som var beskrevet i udbudsmaterialet. Regionen havde derfor foreløbigt vurderet handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, og gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i lovens § 2.<sup>55</sup> I samme retning ses kendelse af 22. november 2012, Berendsen Textil Service A/S mod Herlev Kommune. Ordregiver havde ved bedømmelsen af de kvalitative underkriterier anvendt en skala fra 92-100 point, men i udbudsmaterialet var angivet, at der ville blive tildelt point på en skala fra 0-100. Dette var i strid med gennemsigtighedsprincippet, uanset at ændringen var sket med det formål at sikre, at vægtingen af underkriterierne stemte overens med den vægting, der var oplyst i udbudsbetingelserne. KfU annullerede herefter tildelingsbeslutningen. Ordregiver kan således ikke ændre på den i udbudsmaterialet angivne metode, hvis ordregiver efter åbningen af tilbuddene bliver opmærksom på, at den angivne metode ikke vil fungere. En sådan ændring vil have karakter af en ændring af et grundlæggende element, hvilket ikke kan foretages uden fornyet udbud.<sup>56</sup> Der kan dog være tilfælde, hvor en ændring alligevel kan foretages, hvis ordregiver kan godtgøre at ændringen ikke vil have haft betydning i forhold til kredsen af tilbudsgivere, og at ændringen ikke har forvredet konkurrencen imellem disse.<sup>57</sup> Det kan således have store konsekvenser, hvis ordregiver ikke holder sig indenfor rammerne af, hvad der er angivet i udbudsmaterialet, og det nye krav om offentliggørelse af evalueringsmetoden, kræver således en yderligere stillingtagen til evalueringen på forhånd.

En løsning på ovenstående problemstilling findes i lovbemærkningerne, hvor muligheden for, at ordregiver kan tilpasse den i udbudsmaterialet angivne metode eller anvende en sekundær evalueringsmetode introduceres. Det skal dog angives i udbudsmaterialet, såfremt ordregiver ønsker at benytte en sådan mulighed.<sup>58</sup> Det er i den forbindelse et krav, at det klart fremgår, hvilke konkrete situationer ordregiver vil benytte sig af denne mulighed, og hvilke objektive konstaterbare forhold, der skal være

---

<sup>52</sup> L 19, bemærkninger til § 160, s. 184

<sup>53</sup> Offentlige indkøb i praksis, s. 441

<sup>54</sup> L 19, bemærkninger til § 160 s. 184

<sup>55</sup> Kendelse af 26. juni 2017, Eltel, Betingelse nr. 1 ("fumus boni juris")

<sup>56</sup> Offentlige indkøb i praksis, s. 448

<sup>57</sup> L 19, bemærkninger til § 160, s. 184

<sup>58</sup> Ibid, s. 184

tilstede før en sekundær metode eller en tilpasning kan anvendes. Derudover skal en sekundær evalueringsmetode eller tilpasningsmulighed ligesom den primære metode være fastsat i udbudsmaterialet på forhånd.<sup>59</sup> Det vil være relevant for ordregiver at benytte denne mulighed, hvis den evalueringsmetode, som ordregiver ønsker at anvende, indeholder en risiko for at et tilbud vil skævvride evalueringen, fordi tilbuddet ligger langt fra det forventede.<sup>60</sup> Muligheden for at angive sådanne sekundære metoder kan ses som en konsekvens af pligten til at offentliggøre den primære evalueringsmetode på en forholdsvist detaljeret måde.<sup>61</sup>

#### *2.1.1.1 Offentliggørelseskravet i henhold til lovbemærkningerne*

Af de specielle lovbemærkning til § 160 fremgår, at evalueringsmetoden skal være klart beskrevet i udbudsmaterialet<sup>62</sup>. Bemærkningerne angiver endvidere, at evalueringsmetoden vil være beskrevet tilstrækkeligt, såfremt det er klart for potentielle ansøgere og tilbudsgivere, hvordan metoden vil anvendes, således at:

*”..ordregiver ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen, og således at de potentielle ansøgere og tilbudsgivere ved at sammenligne oplysningerne om evalueringsmetoden med de givne oplysninger om under- og delkriterier har grundlag for vurdere, hvorvidt de ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud, og hvordan tilbudsgivere kan optimere deres tilbud..”<sup>63</sup>*

Endvidere er det anført, at offentliggørelsen medfører, at tilbudsgiverne efterfølgende kan kontrollere, at evalueringen er sket i overensstemmelse med den i udbudsmaterialet angivne metode.<sup>64</sup> Lovbemærkningerne indeholder derved ikke en nærmere beskrivelse af, hvilke dele af evalueringsmetoden, der skal beskrives, men fremstår mere som et udtryk for formålet med offentliggørelsesforpligtelsen.<sup>65</sup> Der er således tre hensyn, som skal være opfyldt, før man kan tale om at evalueringsmetoden er beskrevet på en tilstrækkelig klar måde.

I henhold til tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” er anført en mere konkret beskrivelse af, hvad der i udbudsmaterialet skal angives omkring evalueringsmetoden. Af lovbemærkningerne fremgår:

*”1. Det skal i forbindelse med økonomiske under- og eventuelle delkriterier oplyses, hvordan priserne og andre økonomiske forhold vurderes. Priserne kan indgå direkte i sammenstillingen med vurderingen af de kvalitative kriterier. Priserne kan også omregnes ved anvendelse af en model, som for eksempel omregner pris til point, der herefter indgår i sammenstillingen med point fra vurderingen af de kvalitative kriterier.*

*2. Dernæst skal det i forbindelse med kvalitative under- og eventuelle delkriterier oplyses, hvordan det enkelte kriterium nærmere vil blive bedømt, eksempelvis ved brug af en pointskala, og det skal være klart, hvad der tillægges betydning ved bedømmelsen. Evalueringen kan eventuelt kombineres med en prismodel, hvorved*

---

<sup>59</sup> Ibid, s. 184

<sup>60</sup> Offentlige indkøb i praksis, s. 448

<sup>61</sup> Udbudsloven, s. 380

<sup>62</sup> L 19, bemærkninger til § 160, s. 184

<sup>63</sup> Ibid, s. 183

<sup>64</sup> Ibid, s. 184

<sup>65</sup> Udbudsloven, s. 376

*den kvalitative vurdering omregnes til et pristillæg, der herefter kan indgå i den samlede vurdering med priserne fra de økonomiske underkriterier.*

*3. Endelig skal det beskrives, hvordan ordregiveren sammenstiller bedømmelsen for de kvalitative underkriterier med de økonomiske underkriterier og, herved identificerer det tilbud, der giver »det bedste forhold mellem pris og kvalitet« i overensstemmelse med den i udbudsmaterialet angivne vægtning.”<sup>66</sup>*

Det er begrænset, hvad der i henhold til disse bemærkninger konkret kan udledes om offentliggørelsesforpligtelsen. Det må dog i henhold til ordlyden af lovtæksten og det i afsnit 2.1 beskrevne kunne udledes, at ordregiver i hvert fald skal angive, hvilken type evalueringsmodel, der anvendes ved tilbudsevalueringen, såfremt ordregiver har tænkt sig at anvende en sådan model. Det vil i så fald betyde, at ordregiver skal angive om der anvendes en point-, pris- eller prosamodel. Det tredje punkt i bemærkningerne angiver, at ordregiver skal oplyse, hvordan forholdet mellem de økonomiske og kvalitative kriterier bedømmes.<sup>67</sup> En evalueringsmodel anvendes netop til dette formål, jf. afsnit 2.1 hvorfor en beskrivelse af, hvilken model der anvendes må opfylde dette punkt.<sup>68</sup> Herudover fremgår det ikke klart om der kræves yderligere detaljer om evalueringsmetoden, herunder hvor detaljeret en beskrivelse der kræves af en eventuel model.

## 2.2 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland

KfU har i en principiel kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland (herefter KFST-kendelsen), udtalt sig omkring forpligtelsen i § 160, stk. 1, hvorefter KfU konkret tog stilling til om den af ordregiver angivne evalueringsmetode var tilstrækkeligt beskrevet i henhold til loven. Det er således den første kendelse, hvor KfU udtaler sig betydeligt omkring rækkevidden af offentliggørelseskravet, og det er ligeledes den eneste kendelse herom, som foreligger på nuværende tidspunkt.<sup>69</sup> Det er dog ikke første gang, at en klager har bedt KfU om at tage stilling til forpligtelsen. I en tidligere kendelse af 23. marts 2017, Protector Forsikring Danmark mod Nyborg Kommune, havde Protector Forsikring Danmark nedlagt påstand om, at kommunen havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke i overensstemmelse med udbudslovens § 160 at have beskrevet evalueringsmetoden tilstrækkeligt klart.<sup>70</sup> KfU undlod dog at tage stilling til denne påstand med hjemmel i klagenævnens lovens § 10, stk. 2, hvorefter KfU kan vælge at afgøre en sag helt eller delvist. Praksis om forpligtelsen til at offentliggøre evalueringsmetoden er derfor særdeles begrænset, og KFST-kendelsen vil derfor udgøre en væsentlig del af analysen.

Region Midtjylland (herefter regionen) udbød efter udbudsloven rammeaftaler om køb af anæstesiapparater og anæstesimonitorer. Rammeaftalerne var opdelt i to delaftaler. KFST indbragte med hjemmel i klagenævnens lovens § 6, stk. 1, nr. 2, en klage til KfU med påstand<sup>71</sup> om, at regionen havde handlet i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, ved ikke i udbudsmaterialet at angive hældningsgraden på den lineære pointmodel, som regionen havde anvendt og beskrevet i forhold til det økonomiske underkriterium. Subsidiært havde KFST nedlagt påstand om, at regionen havde handlet i strid med bestemmelsen ved ikke i tilstrækkelig grad i udbudsmaterialet at oplyse om, hvordan tilbudsevalueringen ville ske i henhold til det økonomiske underkriterium.<sup>72</sup> Det er sjældent at KFST indgiver en

---

<sup>66</sup> L 19, bemærkninger til § 160, s. 184

<sup>67</sup> EU udbudsretten, s. 525

<sup>68</sup> Se dog afsnit 2.5.2 om prosamodeller

<sup>69</sup> Med undtagelse af KfUs stillingtagen i sortimentsudbud, som der i opgaven afgrænses fra

<sup>70</sup> Kendelse af 23. marts 2017, Protector Forsikring Danmark, Ad påstand 2

<sup>71</sup> Påstand 1

<sup>72</sup> Påstand 2

klage til KfU, men styrelsen gjorde det i denne sag, idet regionen havde valgt at tilrettelægge udbudsmaterialet i strid med, hvordan KFST hidtidig havde vejledt i henhold til forpligtelsen i udbudslovens § 160. KFST var på daværende tidspunkt af den opfattelse, at der var risiko for favorisering, når ordregiver først efter åbningen af tilbuddene fastsatte hældningsgraden for evalueringsmodellen,<sup>73</sup> hvorfor KFST i sin vejledning fra 2016 havde angivet, at ordregiver var forpligtet til at offentliggøre hældningsgraden sammen med udbudsmaterialet.<sup>74</sup> Regionen havde i udbudsmaterialet undladt at oplyse om hældningsgraden, og baggrunden for klagens indgivelse var således, at opnå klarhed omkring offentliggørelsesforpligtelsen i udbudslovens § 160.

### 2.2.1 Sagens omstændigheder

I udbudsmaterialet havde regionen angivet, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud ville blive identificeret ved anvendelse af tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”, og at det økonomiske underkriterium vægtede 35 %.<sup>75</sup> Kvalitet var fordelt på tre underkriterier. I udbudsmaterialet var blandt andet anført følgende vedrørende evalueringsmetoden:

*”Underkriteriet ”Den samlede økonomiske konsekvens/økonomi” evalueres efter en pointmodel på en skala fra 0-8. Ved denne evaluering benyttes en lineær nulpunktsmodel, hvor udgangspunktet er, at 8 point gives til det tilbud, hvis ”økonomi”/”pris” (beregnet som angivet ovenfor) er lavest, mens 0 point gives til tilbud, hvis ”økonomi”/”pris” (beregnet som angivet ovenfor) ligger xx % over prisen for tilbuddet med den laveste pris. Ved fastlæggelsen af procentsatsen, som benyttes til at beregne nulpunktet, vil der blive taget højde for det forud for tilbudsfristen forventede prisniveau samt spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser, således at modellen sikrer, at de enkelte underkriterier i praksis får den vægning, som er angivet ovenfor.*

*Ovenstående er udtryk for, at ”økonomi” vurderes relativt, således at tilbuddene vurderes op imod hinanden.”*

Regionen havde således ikke på forhånd fastsat og offentliggjort et prisspænd for modellen, men havde angivet, hvilken type model der ville blive anvendt, hvordan spændet ville blive fastlagt, og at spændet ville tage udgangspunkt i en ”laveste pris plus X %”-model. Vedrørende fastlæggelsen af spændet ville regionen således både lægge vægt på et på forhånd fastsat, men ikke offentliggjort prisspænd, og et spænd, som regionen først ville blive bekendt med efter åbningen af tilbuddene. Regionen tog således forbehold for, at hældningsgraden kunne blive anderledes end, hvad regionen havde forventet forud for tilbudsåbningen. Regionen anførte endvidere i udbudsmaterialet, at den faktiske spredning ville blive korrigeret i forhold til unormalt lave eller unormalt høje priser. Af regionens evalueringsnotat fremgår nærmere følgende vedrørende fastlæggelsen af hældningsgraden:

*”På delaftale 1 er ”xx” fastsat som følger:*

*På baggrund af hidtidige priser i forbindelse med tidligere udbud og i forbindelse med suppleringskøb er en gennemsnitlig evalueringssum estimeret til 5.390.600 kr. På baggrund af prisspændet ved tidligere udbud er et forventeligt prisspænd esti-*

<sup>73</sup> KFSTs notat for baggrunden for klagens indgivelse: <https://www.kfst.dk/media/46844/notat-vedroerende-kendelse.pdf>

<sup>74</sup> KFSTs vejledning, 2016, s. 18

<sup>75</sup> Kendelse af 8. august 2017, KFST, s. 2

meret til minimum 75 %. Dette prisspænd giver med ovenstående estimerede gennemsnitlige evalueringssum på 5.390.600 kr. som median, en forventet prisspredning i kr. på 3.920.436 kr. til 6.860.765 kr.

De 4 modtagne tilbud ligger jævnt fordelt inden for den forventede prisspredning, idet det billigste tilbud dog er lidt lavere end det forventede prisleje.

På denne baggrund er "xx" fastsat til 75 %.

På delaftale 2 er "xx" fastsat som følger:

På baggrund af hidtidige priser ved køb af anæstesimonitorer er en gennemsnitlig evalueringssum estimeret til 3,8 mio. kr. Prisspændet er estimeret til 50 %. Dette estimerede prisspænd giver med ovenstående estimerede gennemsnitlige evalueringssum på 3,8 mio. kr. som median, en forventet prisspredning i kr. på 3.040.000 kr. til 4.560.000 kr.

...

Prisspredningen i nærværende udbud er på næsten 150 %. Samtidig ligger de modtagne tilbud med undtagelse af tilbuddet fra Simonsen & Weel og Dräger inden for det økonomiske prisspænd, som Region Midtjylland havde estimeret/forventet, dog således at de 3 tilbud, der ligger inden for dette prisspænd, alle indeholder en højere pris end den estimerede gennemsnitlige evalueringssum. Da tilbuddet fra Dräger desuden kun netop ligger uden for det forventede økonomiske prisspænd, fastsættes "xx" til 150 %, hvilket såvel på baggrund af det estimerede prisspænd, som de faktisk indkomne priser, forekommer at være et realistisk nulpunkt."<sup>76</sup>

På baggrund af de i udbudsmaterialet angivne oplysninger, blåstemplede KfU regionens beskrivelse af evalueringsmetoden, hvorfor regionen var berettiget til ikke at offentliggøre hældningsgraden i modellen på forhånd. Spørgsmålet er dog, hvilke betragtninger, der helt konkret ligger bag denne blåstempling, og hvorvidt dette er i overensstemmelse med den hensigt som lovgiver har haft med § 160, stk. 1.

### 2.2.2 Ordregivers ubetinget frie valg

KfU fastslår i kendelsen, at der ikke i udbudslovens § 160, stk. 1, er hjemmel til i et udbud som det foreliggende at stille krav om, at hældningsgraden på den lineære evalueringssum skal angives i udbudsmaterialet. Regionen havde således ikke tilsidesat bestemmelsen ved ikke i tilstrækkelig grad at oplyse i udbudsmaterialet, hvordan evalueringen ville finde sted i henhold til det økonomiske underkriterium. KfU fastslog derfor, at regionen havde beskrevet evalueringsmetoden i overensstemmelse med § 160, stk. 1. KfU fokuserer vurderingen ud fra de tre hensyn, som bestemmelsen ifølge lovbemærkningerne skal tilgodese, jf. afsnit 2.1.1.1. Af præmisserne i KFST-kendelsen fremgår blandt andet:

*"...formålet med en på forhånd fastlagt evalueringssum navnlig er at sikre, at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen. Ifølge lovbemærkningerne er formålet desuden at sikre, at tilbudsgiverne har et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge resurser på at udarbejde et tilbud, og for at optimere deres*

<sup>76</sup> Kendelse af 8. august, 2017, KFST, s. 3-4



*tilbud. Endelig fremgår det, at formålet er at sikre, at tilbudsgiverne får bedre mulighed for at kontrollere ordregiverens tilbudsevaluering.*

...

*Bestemmelsen i udbudslovens § 160, stk. 1, om, at ordregiveren i udbuds- materialet skal beskrive evalueringsmetoden, indebærer ifølge bemærkningerne som nævnt, at ordregiveren skal beskrive den benyttede systematik, og at formålet med en på forhånd fastlagt evalueringsmetode navnlig er at sikre, at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen.”<sup>77</sup>*

KfU lægger for det første og i særlig grad vægt på hensynet om, at ordregiver ikke må have et ubetinget frit valg ved evalueringen. Det fremgår således som den afgørende faktor i forhold til KfUs vurdering af om evalueringsmetoden har været beskrevet tilstrækkeligt. KfU fastslog herefter, at regionen ved det oplyste i udbudsmaterialet ikke fik et ubetinget frit valg:

*”Den evalueringsmetode, som regionen har fastsat og beskrevet, efterlader ikke regionen med et ubetinget frit valg ved evalueringen. Dels vil evalueringen nøje skulle overholde de fastsatte vægtninger, dels har regionen bundet sig til at anvende en lineær pointmodel med hensyntagen til spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser. Herudover gælder i overensstemmelse med den hidtil gældende retstilstand blandt andet et almindeligt krav om saglighed. I evalueringsnotatet har regionen beskrevet, på hvilket grundlag hældningsgraderne for de to delaftaler herefter er fastlagt.”<sup>78</sup>*

KfU gav således givet grønt lys for, at regionen først efter åbningen af de indkomne tilbud ville fastsætte den konkrete hældningsgrad, og at dette ikke gav ordregiver et ubetinget frit valg. KfU henviser i denne sammenhæng først og fremmest til, at ordregivers model altid skal overholde de fastsatte vægtninger. Der henvises således til den praksis, som KfU har udviklet i forbindelse med vurderingen af, hvorvidt en anvendt pointmodel er egnet til at identificere tilbuddet med ”det bedste forhold mellem pris og kvalitet”, og derved om den er i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. afsnit 2.2.2.1 nedenfor. Det er i den forbindelse vigtigt at nævne, at KfU i den pågældende kendelse ikke tager stilling til, hvorvidt evalueringen og navnlig den anvendte pointmodel har overholdt vægtningen af underkriterierne, som angivet i udbudsmaterialet. Ifølge klagenævnslovens § 10, stk. 1, 2. pkt. kan KfU ikke tilkende en part mere, end den pågældende har påstået, og kan derfor ikke tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende. Derfor tager KfU alene stilling til om ordregiver har overholdt pligten til offentliggørelse som angivet i § 160, stk. 1, idet KFST alene har nedlagt påstand om stillingtagen hertil. Når KfU henviser til, at evalueringen skal overholde de fastsatte vægtninger betyder det således ikke, at dette har været tilfældet ved den pointmodel, som regionen har anvendt, men at KfU er af den opfattelse, at regionen ikke er overladt med et ubetinget frit valg, idet modellen skal leve op til de generelle krav om evalueringsmodeller, der er udviklet i praksis.

#### *2.2.2.1 Krav til evalueringsmodeller*

Fastlæggelsen af en given pointmodel skal være saglig med det formål at udpege det økonomisk mest fordelagtige tilbud (i dag tilbuddet med ”det bedste forhold mellem pris og kvalitet”<sup>79</sup>), hvilket blandt

<sup>77</sup> Kendelse af 8. august 2017, KFST, s. 28

<sup>78</sup> Kendelse af 8. august 2017, KFST, s. 28

<sup>79</sup> Denne formulering vil efterfølgende anvendes

andet blev fastslået i kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A. mod Banedanmark.<sup>80</sup> Pointmodellen skal således indrettes og anvendes sådan, at underkriterierne og den indbyrdes vægtning heraf respekteres og afspejles i den samlede vurdering.<sup>81</sup> Dette ses blandt andet i den omtalte kendelse af 9. januar 2012, RenoNorden A/S mod Skive Kommune, hvor kommunen havde angivet en pointmodel, som gav tilbuddet med den laveste pris maksimum point, hvorefter de øvrige tilbud fik tildelt point relativt herefter. Pointmodellen sikrede ikke vægtningen af priskriteriet, hvorfor KfU udtalte, at evalueringen ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildeling, hvilket var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.<sup>82</sup> Af begrundelsen følger:

*”I kendelsen om opsættende virkning udtalte klagenævnet om pointtildelingsmodellen vedrørende pris:*

*»Vedrørende betingelse nr. 1 om »fumus boni juris« bemærker klagenævnet, at den af klageren anvendte pointtildelingsmodel vedrørende underkriteriet pris er opbygget på en sådan måde, at kun en begrænset del af pointskalaen udnyttes. Et tilbud, som er dobbelt så højt som det laveste, får således karakteren 5, og et tilbud, der er 3 gange så højt som det laveste, får karakteren 3,33. 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.»<sup>83</sup>*

KfU konstaterede således, at der var et misforhold mellem den i udbudsmaterialet angivne vægtning af priskriteriet på 70 % og vægtningen i praksis, fordi pointmodellens opbygning medførte, at den faktiske prisspredning i de indkomne tilbud ikke kunne afspejles i pointtildelingen.<sup>84</sup> Dette ses ligeledes i kendelse af 22. november 2016, Abigo Medical AB mod Region Syddanmark, Region Nordjylland og Region Sjælland, hvor der tilsvarende blev anvendt en relativ pointmodel, men hvor der i modellen blev anvendt et prisspænd til at fastsætte nulpunktet (”Laveste pris + X %”). Prisspændet blev fastsat til 1000 %, hvilket betød, at modellen ikke afspejlede prisforskellen mellem tilbuddene med den laveste og næstlaveste pris, hvilket var på mere end 50 %. Modellen overholdte således ikke priskriteriets vægtning på 55 %, idet den ikke kunne afspejle en sådan betydelig prisforskel, hvorfor modellen ikke var egnet til at identificere tilbuddet med ”det bedste forhold mellem pris og kvalitet”.<sup>85</sup> KfU har i den forbindelse fastslået, at ordregiver i et sådan tilfælde skal ændre sin evalueringsmodel eller evalueringsform, således at den vil være egnet.<sup>86</sup> Det skal dog bemærkes, at ordregiver efter udbudslovens ikrafttræden ikke kan ændre evalueringsmetoden, medmindre ordregiver har anført en sekundær evalueringsmodel, og kravene for at anvende denne er opfyldt.

I henhold til det almindelige krav om saglighed, udtalte KfU i Ansaldo-kendelsen<sup>87</sup>, at ordregivers evaluering ikke vil være saglig, hvis evalueringsmodellen og selve evalueringen ikke respekterer ud-

<sup>80</sup> Kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo s. 181

<sup>81</sup> EU udbudsrettens, s. 543 og kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo, s. 181

<sup>82</sup> Kendelse af 9. januar 2012, RenoNorden, ad påstand 1 og 2, ad påstand 2

<sup>83</sup> Ibid, ad påstand 1 og 2

<sup>84</sup> U2012B.334, s. 5

<sup>85</sup> Kendelse af 22. november 2016, Abigo, ad påstand 1

<sup>86</sup> Kendelse af 13. november 2012, Recall Danmark, ad påstand 10

<sup>87</sup> Kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo, s. 182



budsbetingelsernes vægtning af underkriterier, eller af andre grunde er uegnet til at identificere tilbuddet med ”det bedste forhold mellem pris og kvalitet”. Ordregiver vil i en sådanne tilfælde have overskredet grænserne for det skøn, som ordregiver har i forbindelse med at fastlægge evalueringsmodellen og ved selve evalueringen.<sup>88</sup> Derudover fastslog KfU i øvrigt:

*”...Hvis ordregiveren vurderer, at flere forskellige evalueringsmodeller kunne være egnede, kan ordregiveren inden for de nævnte rammer vælge den model, som efter ordregiverens vurdering er den sagligt set mest velegnede til at identificere »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Den omstændighed, at forskellige modeller fører til forskellige resultater, og at ordregiveren først har truffet valget mellem modeller efter at have modtaget tilbuddene, ændrer ikke herpå...”*

KfU har således udviklet en praksis, hvor ordregiver har mulighed for at vælge mellem flere forskellige saglige evalueringsmodeller uden at dette er udtryk for et ubetinget frit valg på trods af, at modellerne kan føre til forskellige resultater. Et konkret eksempel herpå fremgår af kendelse af 13. november 2012, Recall Danmark A/S mod Arbejdsmarkedets Tillægspension, hvor ordregiver ved tilbudsevalueringen af underkriteriet ”Pris” anvendte tre forskellige modeller, og hvor ordregiver derefter fastlagde, hvilken af modellerne, der skulle anvendes. KfU fastslog herefter, at der ikke var grundlag for at fastslå, at ordregivers valg af evalueringsmodel havde indebåret, at ordregiver reelt havde haft et frit valg med hensyn til, hvilket tilbud, der blev anset som tilbuddet med ”det bedste forhold mellem pris og kvalitet”, idet den valgte model ikke havde ændret den indbyrdes vægtning mellem underkriterierne.<sup>89</sup>

Det afgørende ifølge denne praksis er således, at den valgte evalueringsmodel ikke må forrykke den i udbudsmaterialet angivne vægtning af underkriterierne, da det vil være i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Denne praksis afspejler således KfUs fortolkning af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i henhold til udfyldningen af reglerne ved tilbudsevaluering. KfUs fortolkning er i øvrigt overensstemmende med den fortolkning af principperne, som Domstolen anlægger. I sag C-226/09, Kommissionen mod Irland, udtalte Domstolen, at det var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, at ordregiver havde ændret vægtningen af underkriterierne efter en indledende undersøgelse af tilbuddene.<sup>90</sup> KfUs praksis om kravene til evalueringsmodeller må således være et udslag af EU-praksis. Dette støttes i øvrigt af, at KfU i kendelse af 13. november 2012, Recall Danmark A/S mod Arbejdsmarkedets Tillægspension, afviste et anbringende som fandt støtte i den pågældende dom i sag C-226/09, og fastslog, at dommen ikke var direkte relevant i den pågældende sag, idet ordregivers anvendte evalueringsmodel ikke indebar en ændring af den relative vægtning af de fastsatte underkriterier. Modsætningsvist må dommen derved kunne påberåbes, hvis evalueringsmodellen havde forrykket vægtningen mellem kriterierne. Henset til formålet med gennemsigtighedsprincippet, jf. afsnit 1.4.1, må de i praksis udviklede krav til evalueringsmodeller herved forhindre, at ordregiver vil få et ubetinget frit valg.

KfU udtaler i KFST-kendelsen endvidere, at der desuden gælder et almindeligt krav om saglighed. Det påhviler ordregiver at bevise, at evalueringen er sket på en saglig måde, herunder at kontrakten er tildelt i overensstemmelse med det i udbudsmaterialet fastsatte tildelingskriterium.<sup>91</sup> Dette må således anses som endnu en argumentation fra KfUs side om, at ordregiver ikke vil få et ubetinget frit valg ud fra den beskrivelse, som er anlagt i udbudsmaterialet, idet ordregiver i sidste ende står med

<sup>88</sup> Ibid, s. 182-183

<sup>89</sup> Kendelse af 13. november 2012, Recall Danmark, ad påstand 9 og 10

<sup>90</sup> Sag C-226/09, Irland, præmis 66

<sup>91</sup> Kendelse af 13. oktober 2013, Ansaldo, s. 183

bevisbyrden for, at evalueringen er sket på et sagligt grundlag og dermed i overensstemmelse med tildelingskriteriet.

#### 2.2.2.2 Konflikt mellem lovgiver og KfU

Når KfU i KFST-kendelsen i forbindelse med vurderingen af, hvorvidt regionen i det pågældende udbud var overladt med et ubetinget frit valg, henviser til kravet om, at evalueringen skal overholde de fastsatte vægtninger, må det ses som udtryk for, at det efter nævnets vurdering ikke har været nødvendigt med et krav om en på forhånd offentliggjort evalueringsmetode, idet denne praksis allerede forhindrer ordregiver i at få et ubetinget frit valg, jf. afsnit 2.2.2.1 ovenfor. Omvendt tyder det på, at lovgiver ikke er enig heri, idet lovbemærkningerne angiver, at formålet med en på forhånd fastlagt evalueringsmetode er, at forhindre ordregiver i at få et sådant ubetinget frit valg. Det må være udtryk for, at lovgiver var af den opfattelse, at ordregiver før udbudsloven var overladt med et sådant valg, når ordregiver ikke var forpligtet til at offentliggøre sin evalueringsmodel i udbudsmaterialet. Fabricius, har i litteraturen blandt andet anført, at en udbudspraksis, hvor tilbudsgivere kun i ringe grad på forhånd oplyses om evalueringsmodeller, forekommer klart utilfredsstillende og ikke i overensstemmelse med EU-rettens krav og udbudsrettens grundlæggende formål.<sup>92</sup> Dette særligt i de situationer, hvor modellen er afgørende for konkurrencen under udbuddet, og hvor ordregiver kan friste sig selv til at udfordre sin egen saglighed ved at afprøve forskellige evalueringsmetoder på de indkomne tilbud, inden ordregiver vælger, hvilken model, som er "sagligt set mest velegnet". Fabricius har i den sammenhæng tilkendegivet, at det derfor var vigtigt for ham og flere andre medlemmer at få gjort op med den tidligere praksis ved, dels på forhånd at sikre tilbudsgiverne en større indsigt i, hvad ordregiver lægger vægt på ved evalueringen, og dels at begrænse risikoen for, at ordregiver lader sig lede af andre hensyn end saglige hensyn.<sup>93</sup>

I KFSTs tidligere vejledning omkring evalueringsmodeller illustreres, hvorledes to evalueringsmodeller med to forskellige hældningsgrader, kan føre til forskellige vindere af et udbud.<sup>94</sup> Dette var forårsaget af én enkelt ændring, nemlig prisspændet på den lineære pointmodel. Ved et spænd på 50 % ville tilbudsgiver A vinde udbuddet, men hvis spændet blev justeret op til 100 %, ville tilbudsgiver B vinde udbuddet (Se bilag 1).<sup>95</sup> Dette er muligt, idet de to tilbud ligger meget tæt i den forstand, at tilbudsgiver A har en den laveste pris, men en tilsvarende lav kvalitet, og tilbudsgiver B har den bedste kvalitet, men en tilsvarende høj pris. Spændet i en lineær pointmodel kan dermed være afgørende for, hvilken tilbudsgiver som vinder udbuddet. KFST har i KFST-sagen blandt andet gjort gældende, at det er denne valgfrihed som § 160, stk. 1, har til formål at modvirke, hvorefter styrelsen anfører, at hvis regionen havde anvendt en hældningsgrad på 69 % i stedet for den valgte på 75 % for delaftale 1, ville det have medført en anden vinder af udbuddet.<sup>96</sup> Det må ligeledes være denne valgfrihed, som lovgiver har forsøgt at forhindre, jf. afsnit 2.2.2.2.1 nedenfor.

##### 2.2.2.2.1 Fastsættelse af hældningsgrad

Fastsættelsen af hældningsgraden skal foregå indenfor rammerne af det, som er angivet i udbudsmaterialet således, at den valgte hældningsgrad ikke medfører, at vægtningen af de valgte underkriterier forrykkes, hvilket vil være i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. praksis beskrevet i afsnit 2.2.2.1. I den forbindelse må der dog siges, at være et forholdsvist vidt skøn vedrørende fastsættelsen af spændet i modellen. KfU har i den forbindelse fastslået, at der ikke er krav om, at den valgte evalueringsmodel skal sikre, at der i alle tilfælde sker en fuld udnyttelse af prisspændet

<sup>92</sup> Offentlige indkøb i praksis, s. 443

<sup>93</sup> Offentlige indkøb i praksis, s. 443

<sup>94</sup> KFSTs vejledning, 2016, s. 23

<sup>95</sup> Ibid

<sup>96</sup> Kendelse af 8. august, 2017, KFST, s. 15

i modellen. Der er derfor ikke noget til hinder for, at der alene anvendes en begrænset del af point-skalaen.<sup>97</sup> Derudover kan ordregiver ved valget af evalueringsmodel tage hensyn til muligheden for, at der vil blive afgivet tilbud, som ligger uden for det umiddelbart forventelige prisniveau, hvilket må betyde, at der ligeledes kan fastsættes et større spænd end det forventelige efter åbningen af tilbuddene.<sup>98</sup> Derimod er ordregiver ikke forpligtet til at anvende et spænd, hvor et tilbud med en pris, som er dobbelt så høj, som tilbuddet med den laveste pris, får tildelt point.<sup>99</sup> En model som indebærer at tilbuddet med den laveste pris får maksimum point og tilbuddet med højeste pris får 0 point vil ofte medføre, at modellen ikke er egnet til at identificere tilbuddet med "det bedste forhold mellem pris og kvalitet",<sup>100</sup> hvorfor ordregiver ikke er forpligtet til, at anvende et spænd, som kan rumme alle tilbud. Ordregivers fastsættelse af hældningsgraden må derfor siges, at være forholdsvist frit, hvilket blandt andet fremgår eksplicit af kendelse af 1. april 2014, Damasec IAG JV mod Udenrigsministeriet, hvor KfU udtalte at "...Fastsættelsen af denne procentsats, ofte kaldet »spændet«, som udløser minimumspoint, beror på ordregiverens skøn..."<sup>101</sup>. Tilsvarende fremgår af Abigo-kendelsen.<sup>102</sup> Det må således være dette skøn vedrørende valget af hældningsgrad, som lovgiver har været utilfreds med og har haft et ønske om at ændre, idet en pligt for ordregiver til at fastsætte et konkret prisspænd i udbudsmaterialet, vil have den konsekvens at muligheden for at justere evalueringen af tilbuddene ud fra indholdet af disse, fjernes.<sup>103</sup> Det kan dog ikke betegnes som et ubetinget frit valg, at ordregiver har et skøn i forbindelse med fastsættelsen af det konkrete spænd, idet fastsættelsen heraf er betinget af, at modellen er saglig, hvorfor den skal respektere underkriteriets vægtning, jf. afsnit 2.2.2.1. Det må i hvert fald kunne konstateres, at lovgiver og KfU ikke er af samme opfattelse, når det kommer til fortolkningen af formuleringen "ordregivers ubetinget frie valg". Det tyder derfor på, at lovgiver i stedet for formuleringen "ubetinget frit valg", burde have anvendt en anden formulering, hvis hensigten har været at ændre praksis vedrørende ordregivers skøn ved valg af evalueringsmetode, herunder valg af hældningsgrad. Det tyder i hvert fald på, at lovgivers hensigt har været, at ordregiver ikke må få et sådant betinget frit valg, hvorefter ordregiver i princippet kan vælge mellem flere forskellige tilbudsgivere ud fra hvilken evalueringsmodel, navnlig hvilken hældningsgrad, ordregiver anvender. Der er således et misforhold mellem det detaljeringsniveau, som lovbemærkningerne afspejler og formålet om blot at forhindre ordregivers frie valg.<sup>104</sup>

### 2.2.2.3 Udbudslovens § 160, stk. 2

Generelt tyder det på, at lovgiver har haft et ønske om at ændre den pågældende klagenævnspraksis, hvilket særligt kommer til udtryk i § 160, stk. 2. Bestemmelsens stk. 2 angiver, at en evalueringsmetode, der er beskrevet i overensstemmelse med stk. 1 ikke kan tilsidesættes, hvis den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet. Af de specielle lovbemærkninger til stk. 2 fremgår:

*"En evalueringsmetode, som er beskrevet klart i udbudsmaterialet, vil indgå i det billede af vægtingen af under- og eventuelle delkriterier, som tilbudsgiverne kan danne sig ud fra udbudsmaterialet. Der vil derfor som klart udgangspunkt ikke være anledning til at tilsidesætte en evalueringsmetode som værende i strid med den i udbudsmaterialet tilkendegivne vægting, hvis evalueringsmetodens praktiske konsekvenser fremgår så tilstrækkeligt klart af udbudsmaterialet, at en rimeligt*

<sup>97</sup> Kendelse af 7. april 2017, Orkideen Hjemmepleje, ad påstand 1

<sup>98</sup> Kendelse af 26. april 2016, Bekey, ad "Fumus boni juris" og kendelse af 22. november 2016, Abigo, ad påstand 1

<sup>99</sup> Kendelse af 6. december 2017, Imatis, ad påstand 5

<sup>100</sup> Kendelse af 15. marts 2013, COWI, ad påstand 6

<sup>101</sup> Kendelse af 1. april 2014, Damasec IAG, ad påstand 1

<sup>102</sup> Kendelse af 22. november 2016, Abigo, ad påstand 1

<sup>103</sup> EU udbudsretten, s. 536

<sup>104</sup> <http://publicure.dk/da/articles/201708/beskrivelse-af-evalueringsmetoder>

*oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver burde forstå metodens betydning for vægtningen og dermed for konkurrencen mellem de bydende...*<sup>105</sup>

Det fremgår således, at hvis en metode er beskrevet tilstrækkeligt klart i overensstemmelse med bestemmelsens stk. 1, vil der som udgangspunkt ikke være grundlag for at tilsidesætte metoden, heller ikke med henvisning til at vægtningen af kriterierne ikke respekteres, hvis metodens praktiske konsekvenser fremgår tilstrækkeligt klart. Dette er således stik modsat fast klagenævnspraksis, hvor en evalueringsmodel, som ikke respekterer den angivne vægtning af et underkriterium, netop vil være i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Det følger endvidere af bemærkningerne:

*”...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 pointskalaen 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>106</sup>

Det forhold, at en model ikke afspejler den faktiske spredning i de indkomne tilbud, eller det forhold at kun en begrænset del af karakter- eller pointskalaen benyttes er netop den argumentation, som KfU har anvendt i sin praksis i forbindelse med en konstatering af, at en evalueringsmodel ikke har respekteret den i udbudsmaterialet angivne vægtning af et underkriterium. I forbindelse med en lineær pointmodel af typen ”Laveste pris + X %” vil det afgørende i en sådan model være ”X’et”, altså hældningsgraden, som afgør, hvordan pointene vil fordele sig, idet hældningsgraden bestemmer hvilken betydning prisforskelle vil få i vurderingen. Det er derfor hældningsgraden, som vil afgøre, hvorvidt modellen afspejler den reelle prisspredning i de indkomne tilbud, og dermed om vægtningen for priskriteriet respekteres. De praktiske konsekvenser, som lovgiver henviser til må således ifølge lovbemærkningerne kunne illustreres ved en angivelse af hældningsgraden, idet denne vil angive den ”praktiske vægtning”, idet hældningsgraden vil afgøre, hvordan forskelle i pris vil komme til udtryk i de tildelte point.<sup>107</sup> Lovbemærkningerne til stk. 2 giver derfor et klart indtryk af, at det har været lovgivers hensigt, at pålægge ordregiver en pligt til at offentliggøre den konkrete hældningsgrad på en eventuelt angivet evalueringsmodel, uanset at dette ikke fremgår direkte af bemærkningerne.

#### 2.2.2.3.1 Afgrænsning af prøvelsen

Derudover synes bemærkningerne, at indebære en beskåret prøvelse i forhold til, hvad der har været gældende efter hidtidig praksis.<sup>108</sup> Fabricius har i den retning anført, at et af formålene med § 160 blandt andet har været at give ordregiver større frihed til at vælge fremgangsmåde ved evalueringen uden at risikere, at fremgangsmåden efterfølgende underkendes af KfU.<sup>109</sup> Fabricius har med henvisning til RenoNorden-kendelsen<sup>110</sup> anført, at det har været udvalgets ønske at gøre op med den praksis, som KfU har udviklet i henhold til de krav der stilles til evalueringsmodellens egnethed i forbindelse med evaluering af priskriteriet. På dette punkt giver lovbemærkningerne udtryk for, at lovgiver har haft et ønske om en større gennemsigtighed i forbindelse med KfUs prøvelse af evalueringsmodeller.

<sup>105</sup> L 19, bemærkninger til § 160, s. 185

<sup>106</sup> Ibid

<sup>107</sup> U.2012B.334, s. 4

<sup>108</sup> Udbudsloven, s. 673

<sup>109</sup> Ibid, s. 70

<sup>110</sup> Kendelse af 9. januar 2012, RenoNorden

Bemærkningerne kan tolkes som et forsøg på, at kodificere principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at opstille et krav om en særlig beskrivelse af evalueringsmetoden i udbudsmaterialet for derved at sikre, at metoden efterfølgende ikke vil kunne tilsidesættes med henvisning til principperne. Kirsten Thorup, næstformand i KfU, har i den forbindelse udtalt, at hvis en efter kunstens regler offentliggjort evalueringsmetode er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, vil den kunne tilsidesættes med henvisning til lovens § 2, hvorfor der må sættes spørgsmålstegn ved om § 160, stk. 2 har noget reelt indhold.<sup>111</sup> I kendelse af 7. november 2017, Vojens Taxi og Servicetrafik ApS mod Midttrafik, Sydtrafik og Fynbus, udtalte KfU, at § 160, stk. 2 efter sin ordlyd og forarbejder ikke er til hinder for, at klagenævnet kan tilsidesætte en konkret evaluering, såfremt den er foretaget i strid med de udbudsretlige regler. KfU fastslog endvidere, at en evaluering der ikke er i overensstemmelse med det fastsatte tildelingskriterium, vil være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.<sup>112</sup> KfU henviser her til den fortolkning af principperne, som KfU har anlagt i forhold til evalueringsmodellens egnethed. § 160, stk. 2 ses således ikke at have fået den virkning, som lovgiver har ønsket, idet KfU med henvisning til de udbudsretlige principper fortsat vil have samme mulighed for at tilsidesætte en model på trods af, at den er offentliggjort i udbudsmaterialet. På dette punkt forkaster KfU således lovbemærkningernes forsøg på at beskære prøvelsesretten.

### 2.3 Klagenævnets fortolkning af udbudslovens § 160

KfU anlægger i KFST-kendelsen en indskrænkende fortolkning af udbudslovens § 160, hvilket fremgår af præmisserne:

*”... forudsætningen i lovbemærkningerne til udbudslovens § 160, hvorefter ”Baggrunden for forslaget er, at der i direktivet er et stærkere krav, end der i dag ses i dansk klagenævnspraksis, når det gælder den forudgående gennemsigtighed i, hvad ordregiverne lægger vægt på ved evalueringen, og hvordan evalueringen nærmere foretages”, er ikke blevet bekræftet i EU-Domstolens - efterfølgende - praksis, jf. EU-Domstolens dom af 14. juli 2016 i sag C-6/15, TNS Dimarso NV.*

*Klagenævnet finder på den baggrund, at bestemmelsen ikke skal fortolkes videre end dens ordlyd og bemærkningerne giver sikker dækning for...”<sup>113</sup>*

KfU begrunder dette i, at Domstolen i Dimarso-sagen ikke har bekræftet fundamentet for bestemmelsens tilblivelse. Der må således være tale om en retlig vildfarelse i bemærkningerne, når det anføres, at § 160 blev indført, fordi der var et stærkere krav i direktivet end der fremgik af dansk klagenævnspraksis.<sup>114</sup> En måske lidt grov fortolkning vil medføre, at grundlaget for bestemmelsens indførelse, herunder lovbemærkningerne, udhules og dermed mister sin betydning på baggrund af Dimarso. Der må i hvert fald være grund til forsigtighed ved anvendelsen af lovbemærkningerne, når bestemmelsen er en rent national bestemmelse, og når der i bemærkningerne er angivet betragtninger, som ikke har hjemmel i udbudsdirektiverne eller i eksisterende EU-praksis. Dette afspejles ligeledes i KfUs præmisser, hvorefter KfU ikke fortolker bestemmelsen videre end dens ordlyd, og hvad bemærkningerne giver sikker dækning for. En sådan indskrænkende fortolkning indebærer, at en situation, der egentligt er dækket af ordlyden af bestemmelsen, alligevel ikke omfattes.<sup>115</sup> Dette medfører i henhold til lovens § 160, at ordregiver ikke skal angive alle dele af evalueringsmetoden i udbudsmaterialet, navnlig

<sup>111</sup> Udbudsloven, s. 673

<sup>112</sup> Kendelse af 7. november 2017, Vojens Taxi, ad påstand 1

<sup>113</sup> Kendelse af 8. august 2017, KFST, s. 27

<sup>114</sup> L 19, bemærkninger til § 160, s. 183

<sup>115</sup> Retssystemet og juridisk metode, s. 301



hældningsgraden. På trods af, at lovbemærkningerne giver et forholdsvist klart indtryk af, at det har været hensigten at indføre en pligt for ordregiver til at offentliggøre den konkrete hældningsgrad, kom KfU således frem til at § 160, stk. 1, i det pågældende udbud ikke hjemlede et krav herom. Dette må være et udtryk for den indskrænkende fortolkning, som KfU anlægger, og det forhold at det ikke direkte i lovbemærkningerne er angivet, at hældningsgraden skal offentliggøres. Desuden fremstår bemærkningerne ikke fuldstændigt entydige, hvilket ligeledes kan have haft betydning ved KfUs vurdering. Af de specielle lovbemærkninger til bestemmelsen fremgår, at ”ordregiver skal ... kunne godtgøre, at evalueringen sker i overensstemmelse med den i udbudsmaterialet angivne vægtning”, og samtidig er det i henhold til stk. 2 angivet, at en evalueringsmetode ikke kan tilsidesættes med den begrundelse, at den strider mod den i udbudsmaterialet angivne vægtning.<sup>116</sup> Dette bærer således præg af, at der i Udbudslovsudvalget har været uenighed omkring rækkevidden af bestemmelsen, hvilket må være begrundet i sammensætningen af udvalget, som blandt andet bestod af forskellige interesseorganisationer, som i sagens natur har helt modstridende interesser.<sup>117</sup> Lovbemærkningerne afspejler således, at der er indgået et kompromis i udvalget, hvilket må være baggrunden for, at det ikke eksplicit fremgår, at der er pligt til at angive hældningsgraden på en given pointmodel. At lovbemærkningerne må være udtryk for et kompromis, støttes ligeledes af de forskellige hensyn til ordregiver og tilbudsgiver, som ifølge Fabricius har bidraget til formålet med lovens § 160.

Generelt giver KFST-kendelsen udtryk for, at KfU på grund af Dimarso-sagen forkaster lovgivers intentioner med udbudslovens § 160. Det kan anses som et udtryk for, at KfU har været uenig i kravet om en forudgående offentliggørelse af evalueringsmetoden. I lovbemærkningerne kritiseres KfUs praksis for ikke at leve op til direktivets krav om gennemsigtighed. KfU fremhæver særligt denne passus i præmisserne i KFST-kendelsen og tilføjer, at dette ikke efterfølgende er bekræftet af Domstolen i Dimarso-sagen. På den baggrund har KfU valgt at fortolke § 160 indskrænkende på alle punkter, og imødekommer ikke den del af bemærkningerne, som implicit afspejler lovgivers intention om, at hældningsgraden skal offentliggøres. KfU har derved tillagt bemærkningernes angivelse af, at: ”*Baggrunden for forslaget er, at der i direktivet er et stærkere krav, end der i dag ses i dansk klagenævnspraksis.*”<sup>118</sup> afgørende betydning, når KfU vælger, at anvende en indskrænkende fortolkningsmetode. Det betyder dog ikke, at udvalget alene har indført bestemmelsen med det formål at efterleve gældende EU-ret. KfU tager dog ikke hensyn til sådanne eventuelt andre bagvedliggende formål, hvilket kan anses som et udtryk for KfUs generelle uenighed omkring offentliggørelseskravet. Dette kan have påvirket KfUs fortolkning af § 160.

### 2.3.1 Lovbemærkninger eller klagenævnspraksis

Der kan herefter stilles spørgsmål ved, hvorvidt KfUs fortolkning af lovens § 160 er berettiget, og det kan i den forbindelse diskuteres hvilken retskilde, der vægter højest – lovbemærkningerne eller klagenævnspraksis, nærmere KFST-kendelsen. Lovbemærkninger må generelt anses for at have en retskildeværdi, men det er i litteraturen et omdiskuteret spørgsmål, hvor stor en betydning, de skal tillægges.<sup>119</sup> Ifølge det traditionelle retskildehierarki vil en lovbestemmelse være den primære kilde, som skal anvendes.<sup>120</sup> Lovbemærkningerne må i denne forbindelse udgøre en del af bestemmelsen, idet bemærkningerne beskriver hensigten med denne og uddyber de forhold, som ikke fremgår direkte af lovtæksten.<sup>121</sup> På denne baggrund vil det tale for, at lovbemærkningerne til § 160 skal tillægges

<sup>116</sup> L 19, bemærkninger til § 160, s. 184

<sup>117</sup> Udbudslovsudvalget, 2014, s. 14

<sup>118</sup> L 19, bemærkninger til § 160, s. 183

<sup>119</sup> Retssystemet og juridisk metode, s. 185

<sup>120</sup> Ibid

<sup>121</sup> Ibid

større betydning end KFST-kendelsen. Omvendt gælder der et princip om EU-retten forrang, hvorefter en regel i udbudsloven ikke må stride mod det, som fremgår af EU-retten og direktiverne.<sup>122</sup> Der er ikke i udbudsdirektivet en bestemmelse, som pålægger en pligt for ordregiver til at offentliggøre evalueringemetoden. Dette medfører dog ikke, at § 160 strider imod EU-retten, idet bestemmelsen netop stiller strengere krav end der følger af direktivet. Baggrunden for bestemmelsens indførelse var dog ifølge bemærkningerne, at der var et EU-retligt krav om offentliggørelse af evalueringemetoden. Når Domstolen efterfølgende ikke har bekræftet denne påstand, underkendes lovbemærkningerne og lovgivers hensigt med bestemmelsen. KfU har på denne baggrund berettiget anlagt en indskrænkende fortolkning af bestemmelsen. Spørgsmålet er efterfølgende, hvorvidt resultatet af KFST-kendelsen kan forenes med EU-retten.

### 2.3.2 Overensstemmelse med EU-retten

KFST-kendelsen synes at stemme overens med de hensyn, som Domstolen lægger til grund i Dimarso-sagen. Domstolen fastslog heri, at ordregivers bedømmelsesudvalg skal råde over en vis frihed i forbindelse med opfyldelsen af udvalgets opgave. Dette er ifølge Domstolen begrundet i praktiske hensyn, hvorefter ordregiver skal kunne tilpasse den bedømmelsesmetode, som ordregiver vil anvende med henblik på at vurdere og klassificere tilbuddene i forhold til den konkrete sags omstændigheder.<sup>123</sup> Domstolen må med denne udtalelse have haft prisspredningen i tankerne, idet spredningen altid vil være forskellig afhængigt af, hvilket udbud, der iværksættes. Det er således altid tilbudspriserne, som vil udgøre den ukendte faktor. Domstolen udtaler dog endvidere, at den bedømmelsesmetode som ordregiver anvender i princippet ikke kan fastsættes efter åbningen af tilbuddene, når principperne om gennemsigtighed og ligebehandling skal overholdes. I tilfælde, hvor fastlæggelsen af metoden af påviste grunde ikke har været mulig inden åbning af tilbuddene, kan ordregiver dog ikke foreholdes, at metoden først fastsættes efter der er opnået kendskab til indholdet af tilbuddene.<sup>124</sup> Det er uklart, hvad der menes med dette, og hvor restriktivt dette skal fortolkes. Det er desuden svært at forestille sig en situation, hvor det ikke er muligt for ordregiver i hovedtræk at fastlægge i hvert fald store dele af evalueringemetoden på forhånd. Hvis der anlægges en mindre restriktiv fortolkning af Domstolens udtalelse kan det forstås således, at der kan være tilfælde, hvor det ikke er muligt at fastsætte alle dele af metoden før, der er kendskab til indholdet af tilbuddene, hvorefter disse dele kan fastlægges efter åbningen af tilbuddene. En sådan fortolkning må kunne anlægges ved at anse Domstolens udtalelse som en form for undtagelse, der kan komme i spil i den situation, hvor ordregiver eksempelvis anvender en evalueringsmodel, hvor der skal fastsættes et prisspænd til anvendelse i modellen, idet spændet netop skal repræsentere spredningen i de indkomne tilbudspriser. Når en sådan mindre restriktiv fortolkning anlægges er KFST-kendelsen overensstemmende med Domstolens dom i Dimarso-sagen. Der kan ikke i Dimarso-sagen udledes en forpligtelse for ordregiver til på forhånd at offentliggøre hældningsgraden på evalueringsmodellen. På den baggrund må KfUs indskrænkende fortolkning af bestemmelsen være i overensstemmelse med EU-retten, hvorfor KFST-kendelsen synes at være korrekt.

Det må dog på baggrund af KfUs fortolkning af § 160 konkluderes, at forpligtelsen til at offentliggøre evalueringemetoden, jf. § 160, stk. 1, ikke indfriet forventningerne om en større gennemsigtighed, idet ordregiver indenfor rammerne af ordregivers lovlige skøn og det, som fremgår af udbudsmaterialet, i visse situationer stadig kan "vælge" mellem flere tilbud.<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> EU udbudsretten, s. 46

<sup>123</sup> Sag C-6/15, Dimarso, præmis 29 og 30

<sup>124</sup> Ibid, præmis 31

<sup>125</sup> Udbudsloven, s. 395

## 2.4 Offentliggørelseskrav for en "Laveste pris + X %"-pointmodel

Spørgsmålet er, om regionens beskrivelse af evalueringsmetoden i udbudsmaterialet kan anvendes fremadrettet, når ordregiver benytter en lineær pointmodel af typen "Laveste pris + X %". Regionen var i det pågældende udbud ikke forpligtet til at offentliggøre den konkrete hældningsgrad, og det var således tilstrækkeligt, at regionen angav, hvorledes hældningsgraden var påtænkt at blive fastsat. I KFST-kendelsen anvendes formuleringen: ". i et udbud som det foreliggende..", hvilket betyder, at der i den konkrete situation ikke var grundlag for at stille krav om offentliggørelse af hældningsgraden. Spørgsmålet er herefter om det heraf kan udledes, at ordregiver fremadrettet kan undlade at offentliggøre hældningsgraden på en lineær pointmodel som den anvendte, eller om kendelsen blot er udtryk for en konkret vurdering af de i sagen anførte omstændigheder.

Af kendelsens præmisser fremgår blandt andet:

*"Ved vurderingen af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens påstande tager klagenævnet udgangspunkt i, at Region Midtjylland i udbudsbetingelserne om evalueringen efter underkriteriet "Den samlede økonomiske konsekvens/økonomi" som beskrevet ovenfor havde fastsat og oplyst, at der ville blive benyttet en lineær pointmodel, at maksimumpoint ville blive givet til tilbuddet med den laveste pris, og at 0 point ville blive givet til det tilbud, der lå "xx %" over tilbuddet med den laveste pris. Det var samtidig oplyst, at der ved fastlæggelsen af den procentsats, som ville blive benyttet til at beregne nulpunktet, ville blive taget højde for det prisniveau, der forventedes forud for tilbudsfristen, samt for spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser.*

*Det følger heraf, at hældningsgraden på den lineære pointmodel ikke med mening har kunnet fastlægges forud for, at de indkomne tilbuds indhold var kendt, herunder hvorledes tilbuddene fordelte sig."<sup>126</sup>*

Præmisserne giver udtryk for, at KfU har haft en opfattelse af, at regionen havde beskrevet evalueringsmetoden særligt udførligt i udbudsmaterialet, og at disse informationer således tilsammen har været nok til at forhindre et ubetinget frit valg. KfU udtalte herom:

*"Den evalueringsmetode, som regionen har fastsat og beskrevet, efterlader ikke regionen med et ubetinget frit valg ved evalueringen. Dels vil evalueringen nøje skulle overholde de fastsatte vægtninger, dels har regionen bundet sig til at anvende en lineær pointmodel med hensyntagen til spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser..." (min understregning)*

Regionen er således bundet af at anvende en lineær pointmodel, som afspejler spredningen i tilbudspriserne. Regionen vil dog i den forbindelse ikke tage hensyn til priser, som ligger unormalt lavt eller unormalt højt i forhold til de ellers indkomne tilbud, når hældningsgraden skal fastsættes. Herved har regionen bundet sig til at frasortere eventuelle outliers ved fastsættelsen af spændet. Det er dog ordregivers egen vurdering, hvad der skal forstås ved unormalt høje eller lave priser, og regionen har ikke angivet, hvor langt fra de øvrige priser sådanne eventuelle outliers skal være, før de frasorteres. Det er derfor ikke åbenbart, når KfU angiver, at regionen på denne baggrund ikke får et ubetinget frit

<sup>126</sup> Kendelse af 8. august 2017, KFST, s. 28



valg. Det kan i den forbindelse diskuteres, hvorvidt regionen i forhold til delaftale 2, faktisk har fraseret outliers som angivet i udbudsmaterialet. Spændet justeres fra det forventede på 50 % til 150 %, hvorefter alle tilbudspriser kan rummes i modellen, heriblandt tilbuddet med den laveste pris, som er betydeligt lavere end de øvrige indkomne priser (se bilag 2 for en angivelse af de konkrete tilbudspriser og tildelte point). Tilbuddet med den laveste pris burde formentligt have være anset som en outlier, hvilket understøttes af, at regionen i overensstemmelse med udbudslovens § 169 anmodede denne tilbudsgiver om at redegøre for de priser og omkostninger, der indgik i tilbuddet. Det forekommer således uklart, hvad der skal forstås som unormalt høje eller lave priser, og en afklaring heraf vil afvente en prøvelse hos KfU, idet der i den pågældende sag ikke blev taget stilling hertil.

Når regionen på baggrund af ovenstående har bundet sig til at fastsætte hældningsgraden i overensstemmelse med spredningen i de indkomne priser, vil regionen helt naturligt ikke kunne fastsætte en konkret hældningsgrad på forhånd, idet der ikke på forhånd er kendskab til tilbudsprisernes spredning. Formuleringen ”Det følger heraf” afspejler, at det må være på denne simple baggrund, at KfU udtaler, at hældningsgraden ikke med mening har kunnet fastsættes forud for modtagelsen af tilbuddene. Ordregiver vil generelt have svært ved at fastsætte en hældningsgrad på forhånd, idet priserne vil afhænge af udbuddets karaktere og hvem der i øvrigt vælger at byde ind. Et på forhånd fastsat spænd vil derfor bero på et af ordregiver kvalificeret gæt. En pligt for ordregiver til at offentliggøre et konkret prisspænd i udbudsmaterialet, vil netop fjerne muligheden for, at ordregiver kan tage stilling til den faktiske spredning i de indkomne priser. Det kan give problemer i forhold til overholdelsen af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forbindelse med selve evalueringen, og kan være et forhold, som KfU har lagt vægt på, hvilket henset til KfUs fortolkning af udbudslovens § 160, stk. 2, må have haft betydning.

#### 2.4.1 Ordregivers forventning omkring prisspændet

Regionens beskrivelse af, hvordan hældningsgraden ville blive fastsat, er desuden i overensstemmelse med gældende praksis for, hvordan en ordregiver skal fastsætte det konkrete spænd ved brug af en lineær pointmodel ved evalueringen. Regionen angav i udbudsmaterialet, at fastsættelsen ville tage højde for et på forhånd forventet prisniveau, samt for spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser. I kendelse af 26. april 2016, Bekey A/S mod Viborg Kommune, udtalte KfU i henhold til fastsættelsen af prisspændet i modellen at:

*”Ved ordregivers skønsmæssige fastlæggelse af en model til evaluering af et underkriterium om pris/økonomi, herunder ved brug af en model som den foreliggende, skal der tages hensyn til det konkrete marked og det konkrete udbuds karakteristika og til, hvilken spredning der på den baggrund kan forventes i priserne på de indkomne tilbud. Ved fastlæggelsen af evalueringsmodellen for et underkriterium om pris/økonomi vil ordregiveren normalt kunne lægge vægt på såvel den faktiske prisspredning i de afgivne tilbud som den prisspredning, der på forhånd kunne forventes under hensyn til udbuddets indhold og karakter samt det pågældende marked...”<sup>127</sup>*

Viborg Kommune havde anvendt en model svarende til den i KFST-kendelsen. KfU fastslog, at ordregiver ved fastsættelsen af prisspændet i en sådan lineær pointmodel skal tage hensyn til den spredning, der på baggrund af det konkrete marked og det konkrete udbuds karakteristika, kan forventes i priserne på forhånd. KfU pålægger derved ordregiver at tage stilling til forventningerne til spredning

---

<sup>127</sup> Kendelse af 26. april 2016, Bekey, Ad ”Fumus boni juris”

gen i priserne forud for tilbudsfristen. KfU tillægger desuden denne forventning til de indkomne tilbudspriser betydelig vægt, hvilket blandt andet ses i Abigo-kendelsen.<sup>128</sup> KfU tillagde ved prøvelsen ordregivers evaluering det betydning, at der ved fastsættelsen af den pågældende pointmodel, navnlig den fastsatte hældningsgrad, ikke var taget højde for den i udbudsmaterialet beskrevne forventning, som ordregiver havde til priserne.<sup>129</sup> Den anvendte pointmodel blev dels på denne baggrund erklæret for uegnet til at identificere tilbuddet med ”det bedste forhold mellem pris og kvalitet”, men også fordi den anvendte hældningsgrad medførte, at pointtildelingen ikke afspejlede den faktiske spredning i de indkomne priser. Generelt tillægger KfU det på forhånd forventelige prisspænd stor vægt, når ordregiver efter tilbudsfristen ved evalueringen af tilbudspriserne skal fastsætte den konkrete hældningsgrad, idet KfU ved prøvelsen af modellen lader det forventelige prisspænd være udgangspunktet for den efterfølgende fastsættelse af den konkrete hældningsgrad. Dette fremgår blandt andet i Bekey-kendelsen:

*”...Der består ikke noget krav om, at en valgt model skal sikre, at der i alle tilfælde sker fuld udnyttelse af ”spændet” i modellen. Det bemærkes herved, at en ordregiver ved valget af model kan have føje til at tage hensyn til muligheden for, at der vil blive afgivet tilbud, som ligger uden for det umiddelbart forventelige prinsniveau. Omstændighederne under et givent udbud kan endvidere være sådan, at der afgives ”skarper” priser og er en mindre prisspredning end normalt forventeligt i det pågældende marked.”<sup>130</sup>*

Ordregiver har således mulighed for at justere det forventede spænd, hvis prisforskellene i de indkomne tilbud viser sig at være anderledes end forventet, jf. også afsnit 2.2.2.1. Præmisserne giver dog udtryk for, at ordregiver som udgangspunkt skal anvende det forventede prisspænd som hældningsgrad ved evalueringen, også selvom dette er ”for stort”. Ordregiver vil således være bundet af, at fastsætte hældningsgraden i nogenlunde overensstemmelse med denne forventning.

På baggrund af ovenstående må der kunne trækkes en analogi til, hvad KfU tillægger betydning ved selve evalueringen i forbindelse med vurderingen af, hvorvidt ordregiver har overholdt offentlighedskravet i § 160, stk. 1. Det må derfor foreløbigt kunne udledes, at det er nok, at angive rammerne for fastlæggelsen af de dele af metoden, som ikke specifikt er oplyst på forhånd, hvorefter en beskrivelse svarende til den som regionen har angivet i udbudsmaterialet kan anvendes.<sup>131</sup> Dette må dog være forudsat, at de oplysninger, som regionen i øvrigt havde oplyst omkring metoden også fremgår af udbudsmaterialet, herunder om tilbuddene vurderes relativt eller op imod en absolut skala, og fastsættelse af en given pointskala.

#### 2.4.2 Tilbudsgivers beslutningsgrundlag

Af de specielle lovbemærkninger til § 160 fremgår, at ordregiver skal beskrive evalueringsmetoden således, at de potentielle ansøgere og tilbudsgivere ved at sammenholde oplysningerne om evalueringsmoden med de givne oplysninger om under- og delkriterier har et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud, og at tilbudsgiverne skal have mulighed for at vurdere, hvordan de kan optimere deres tilbud.<sup>132</sup> KFST-kendelsen giver udtryk for, at dette hensyn kommer sekundært i forhold til hensynet om, at ordregiver ikke må få et ubetinget frit valg. KfU udtaler i henhold til det førstnævnte hensyn:

<sup>128</sup> Kendelse af 22. november 2016, Abigo Medical

<sup>129</sup> Ibid, ad påstand 1

<sup>130</sup> Kendelse af 26. april 2016, Bekey, Ad ”Fumus boni juris”

<sup>131</sup> KFSTs vejledning, 2018 s. 8

<sup>132</sup> L 19, bemærkninger til § 160, s. 183

*”..Det er imidlertid ikke oplagt, hvorledes en oplyst hældningsgrad (eventuelt oplyst som en sekundær eller tertiær hældningsgrad) i en lineær evalueringsmodel i sig selv skulle give potentielle tilbudsgivere med kendskab til markedet et bedre grundlag for at vurdere, om man ville afgive tilbud, eller for at optimere et sådant tilbud, end den beskrivelse af evalueringsmetoden, som regionen har oplyst, og hvor prisen vægtede 35 %..”<sup>133</sup>*

KfU er således af den opfattelse, at en konkret oplyst hældningsgrad ikke vil give tilbudsgiverne et bedre grundlag for at afgive tilbud end en beskrivelse af rammerne for den efterfølgende fastsættelse, når denne er i overensstemmelse med regionens beskrivelse. Når KfU i den forbindelse nævner, at dette ligeledes vil gøre sig gældende ved en sekundær eller en tertiær hældningsgrad, henvises således til lovbemærkningernes mulighed for, at ordregiver kan anvende en anden model end den primære, hvis dette er angivet i udbudsmaterialet, jf. afsnit 2.1.1. Præmisserne giver derved udtryk for, at KfU er af den opfattelse, at lovgivers hensigt med offentliggørelsesforpligtelsen, herunder muligheden for at angive sekundære og endda tertiære metoder, ikke vil bidrage til en større gennemsigthed for tilbudsgiverne i forhold til den retstilstand, som var gældende før udbudslovens ikrafttræden. KfU tillægger således ikke lovbemærkningerne betydning på dette punkt, når en metode, hvor ordregiver alene skal angive en ikke-detaljeret beskrivelse af, hvorledes hældningsgraden vil fastsættes, blåstemples. Henset til fortolkningen af principperne om ligebehandling og gennemsigthed, som gennemgået i afsnit 2.2.2.1, virker dette dog forståeligt. Præmisserne giver implicit udtryk for, at de informationer, som ordregiver er forpligtet til at offentliggøre efter § 160 alligevel ikke giver tilbudsgiver yderligere oplysninger til brug for valget om at deltage i udbuddet i forhold til retstilstanden før udbudslovens ikrafttræden.

Den fremgangsmåde, som afspejles i lovbemærkningerne synes derfor ikke at stemme overens med den, som regionen anvendte i sagen, og som KfU efterfølgende har blåstemplet. Lovgivers løsning i forhold til, hvordan den ukendte faktor, tilbudspriserne, skal behandles er ifølge bemærkningerne, at ordregiver skal offentliggøre sin evalueringsmetode fuldt ud, hvorefter der er mulighed for at tilpasse eller anvende en sekundær model, hvis de på forhånd oplyste forhold indtræder, jf. afsnit 2.1.1. Dette giver ordregiver fleksibilitet samtidig med, at fremgangsmåden er gennemsigtig for tilbudsgiverne. Regionens fremgangsmåde i KFST-kendelsen giver tilsyneladende den samme fleksibilitet for ordregiver på trods af, at ordregiver kan afvente tilbudsafgivelsen før alle forhold ved evalueringsmodellen slås fast.<sup>134</sup> Forholdet mellem lovgivers metode og den af regionen anvendte er derfor usikkert, men KfU synes ikke at afvise muligheden for at anvende denne tilpasningsmulighed, som fremgår af bemærkningerne. Derfor må det kunne udledes, at lovgiver i hvert fald kan følge den i lovbemærkningerne angivne fremgangsmåde, hvis ordregiver er i tvivl om, hvorvidt regionens fremgangsmåde vil overholde offentlighedskravet i det pågældende udbud.

#### *2.4.2.1 Tilbudsgivernes kendskab til markedet*

KfUs ovenstående konstatering synes at bero på en forudsætning om, at de potentielle tilbudsgivere har et kendskab til markedet, hvilket dog kan anskues med en vis skepsis. Tilbudsgiverne må kende deres marked i den forstand, at de er vidende om, hvilke parametre der konkurreres på, og i den forbindelse have en idé om, hvorvidt priskonkurrencen er hård. Dette vil dog afhænge af det pågældende marked, og vil derfor ikke altid være tilfældet. Hvis en sådan forudsætning alligevel lægges til grund, vil dette alene være tilfældet ”i en almindelig handel”, idet priserne i markedet ikke nødvendigvis vil afspejles i et udbud, hvor et begrænset antal aktører byder ind. Derudover må det kunne

<sup>133</sup> Kendelse af 8. august, KFST, s. 29

<sup>134</sup> <http://publicure.dk/da/articles/201708/beskrivelse-af-evalueringsmetoder>

forventes, at priskonkurrencen er stærkere i en udbudssituation. Forudsætningen for begrundelsen synes derfor for vidtgående, hvilket giver udtryk for, at KfU blot har forsøgt at bakke sin argumentation op. Dette støttes op af, at KfU efterfølgende angiver, at:

*”Ved økonomiske underkriterier må udgangspunktet for enhver tilbudsgiver i øvrigt utvivlsomt være, at det er afgørende ikke at afgive for dyrt et tilbud.”*

Denne konstatering synes at give anledning til diskussion, og såfremt en sådan konstatering fastholdes, kan man spørge sig selv, hvorfor udbudsreglerne så stiller krav om vægtning af underkriterierne.

KfU er således af den opfattelse, at hensynet til tilbudsgivernes beslutningsgrundlag ikke kan begrunde en pligt til offentliggørelse af hældningsgraden. Præmisserne i KFST-kendelsen kan også på dette punkt tages til udtryk for, at KfU ikke har været enig i lovgivers beslutning om at indføre en forpligtelse til offentliggørelse af evalueringsmetoden, jf. også afsnit 2.3.

#### *2.4.2.2 Den konkrete vægtning af det økonomiske underkriterium*

Præmisserne i KFST-kendelsen synes desuden at tillægge priskriteriets vægtning betydning ved vurderingen af, om regionen havde beskrevet evalueringsmetoden tilstrækkeligt i henhold til § 160, stk. 1. Det fremgår dog ikke eksplicit, men KfU har tidligere lagt væk herpå i forbindelse med prøvelsen af ordregivers evaluering. I RenoNorden-kendelsen udtalte KfU i henhold til den af ordregiver anvendte pointmodel, at:

*”...Klagenævnet finder af de anførte grunde, at pointmodellen – som muligt kan anvendes uden problemer i andre sammenhænge – i det foreliggende tilfælde, hvor pris vægter 70 %, ikke er egnet til at sikre den fastsatte vægtning af priskriteriet.”*  
135

Tilsidesættelsen af modellen må således have været begrundet i det forhold, at priskriteriet vægtede højt, idet der i en sådan situation må være en større risiko for, at priskriteriet ikke får den vægt, som angivet i udbudsmaterialet, hvis prisforskellene i de indkomne priser ikke afspejles tilstrækkeligt i pointtildelingen. I kendelse af 7. juni 2012, Dubex A/S mod Danske spil A/S, havde ordregiver anvendt en tilsvarende pointmodel ved evalueringen af priskriteriet, som dog i dette udbud alene vægtede 20 %. KfU udtalte herom:

*”Som beskrevet i udbudsbetingelserne har indklagede anvendt en retlinet pointmodel, der som anført i klagenævnets kendelse af 9. januar 2012, Reno- Norden mod Skive Kommune, i visse konkrete tilfælde er i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53. 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.”*<sup>136</sup>

Præmisserne i Dubex-kendelsen giver klart udtryk for, at KfU har tillagt vægtningen af priskriteriet betydelig vægt. Dubex som havde en betydeligt lavere pris end vindende tilbudsgiver, og som blev vurderet lavere på det kvalitative kriterium, gjorde gældende, at pointmodellen ikke afspejlede den reelle prisforskel, og at vægtningen af priskriteriet blev illusorisk. Dubex-kendelsen udtrykker således, at pointtildelingen blot har været et udslag af, at priskriteriet alene vægtede 20 %. Prisen var

<sup>135</sup> Kendelsen af 9. januar 2012, RenoNorden, ad påstand 1 og 2

<sup>136</sup> Kendelse af 7. juni 2012, Dubex, ad påstand 3

derfor i det pågældende udbud ikke det vigtigste for ordregiver, hvorfor modellen henset hertil afspejlede forskellen mellem de to tilbudspriser tilstrækkeligt. Der blev anvendt den samme model til evaluering for priskriteriet som i RenoNorden-kendelsen, hvorfor der er en god baggrund for sammenligning. Når indholdet af præmisserne i de to kendelser holdes op mod hinanden, kan det udledes, at KfU tillægger den konkrete vægtning af det økonomiske underkriterium betydning, når modellens egnethed skal vurderes. Der må i denne forbindelse ligeledes kunne trækkes en analogi til, hvordan KfU vurderer om beskrivelsen af ordregivers evalueringsmodel i udbudsmaterialet har været tilstrækkelig i henhold til § 160, stk. 1. Formuleringen i KFST-kendelsen lader i hvert fald til, at KfU har tillagt det betydning, at priskriteriet i det pågældende udbud alene vægtede 35 %, hvilket er en halvering i forhold til vægtningen i RenoNorden-kendelsen, og hvilket generelt må anses for en forholdsvis lav vægtning. Denne lave vægtning må derfor have været et forhold, som har bidraget til konklusionen om, at regionens beskrivelse af evalueringsmetoden har været tilstrækkelig. Det kunne omvendt tænkes, at KfU i en situation, hvor det økonomiske kriterium vægter væsentligt højere, vil have en strengere holdning til, hvor meget af modellen, der skal offentliggøres. Det er uklart, hvorvidt KfU i en sådan situation vil pålægge ordregiver en pligt til at offentliggøre hældningsgraden, men KFST-kendelsen udtrykker i sit store hele, at KfU generelt ikke har tillagt lobbemærkningerne særlig betydning, hvilket kan tale for, at ordregiver heller ikke vil være forpligtet til at offentliggøre hældningsgraden, hvis priskriteriet har en højere vægtning. Den omstændighed, at KfU tillægger priskriteriet vægt, trækker dog i den anden retning, idet et ræsonnement om at en lav vægtning har haft betydning for konklusionen i det pågældende tilfælde således må gælde tilsvarende, hvis vægtningen for pris havde været betydeligt højere. Det må på den baggrund kunne udledes, at der ved anvendelsen af en "Laveste pris + X %" -model, og hvor det økonomiske underkriterium vægter forholdsvis højt skal angives en mere konkret beskrivelse af evalueringsmetoden. Fremtidig praksis må dog afventes for et sikkert svar herpå.

#### 2.4.3 Tilbudsgivernes kontrolmuligheder

Af de specielle lobbemærkninger til § 160 fremgår som det sidste, at offentliggørelsesforpligtelsen medfører, at tilbudsgiverne efterfølgende kan kontrollere, at evalueringen er sket i overensstemmelse med den offentliggjorte evalueringsmetode.<sup>137</sup> Hertil anfører KfU i KFST-kendelsen blot, at tilbudsgiverne i det foreliggende tilfælde fuldt ud har kunnet kontrollere, at regionen har overholdt den evalueringsmetode, som var fastsat i udbudsmaterialet. Den i udbudsmaterialet anførte beskrivelse af evalueringsmetoden i KFST-kendelsen har således været udførlig nok til, at tilbudsgiverne har kunnet kontrollere om ordregiver har overholdt den angivne evalueringsmetode, idet tilbudsgiver har kunne sammenholde beskrivelsen heri med evalueringsnotatet. Der kan således ikke udledes det store af præmisserne i forhold til dette hensyn.

### 2.5 Offentliggørelseskrav ved andre evalueringsmetoder

Ud over at have besvaret visse spørgsmål har KFST-kendelsen også rejst en del efterfølgende spørgsmål. Ved en accept af, at regionen i det pågældende udbud kunne undlade at offentliggøre alle detaljer ved evalueringsmetoden, bliver spørgsmålet om der er andre forhold ved metoden, som ordregiver eventuelt kan undlade at oplyse på forhånd, og i den forbindelse, hvad der gælder for andre evalueringsmetoder, herunder blandet andet for pris- og prosamodeller.

#### 2.5.1 Offentliggørelseskrav til pris-modeller

Ved tildelingskriteriet "bedste forhold mellem pris og kvalitet" kan der i stedet for en pointmodel anvendes en prismodel til at vurdere forholdet mellem de kvalitative og kvantitative underkriterier. Ordregiver skal i denne sammenhæng angive en skala, hvorefter tilbudsgiverne får point efter hvor

---

<sup>137</sup> L 19, bemærkninger til § 160, s. 183



god en kvalitet, der tilbydes. Prismodeller kommer herefter i spil, idet modellen anvendes til at omregne point for kvalitet til et pristillæg i kroner, hvorefter kvalitet og pris kan sammenholdes. Det tilbud, som ifølge ordregiver opfylder det kvalitative underkriterium bedst, tildeles det lavest mulige antal point, hvilket ofte vil være 0 point, og den dårligste opfyldelse af kriteriet får tildelt det højest mulige antal point.<sup>138</sup> Til sidst ganges tilbudsprisen med den vægtning, som er angivet for pris i udbudsmaterialet, og ligeledes ganges pristillægget med den vægtning, som er angivet for kvalitet, hvorefter disse to beløb summeres. Den tilbudsgiver, som herefter har den laveste fiktive evalueringpris vinder udbuddet.<sup>139</sup> Denne fremgangsmåde ses blandt andet anvendt af ordregiver i kendelse af 8. marts 2017, Stadsing A/S mod Roskilde Kommune.

Pristillægget kan ifølge KFSTs vejledning om evalueringsmetoder beregnes på to forskellige måder. Den ene metode lader tilbudspriserne afgøre, hvilket endeligt beløb, der skal anvendes som pristillæg. Ved den anden metode fastsætter ordregiver et konkret beregningsbeløb, som vil påvirke pristillægget. Ved førstnævnte metode beregnes pristillægget efter følgende formel:

$$\text{Pristillæg} = \frac{\text{Gennemsnitspris}}{(\text{højeste point} - \text{laveste point})}^{140}$$

Pristillægget afhænger ved denne metode af de indkomne tilbudspriser, idet tælleren angiver gennemsnittet heraf. Ved en sådan prismodel vil pointtildelingen således afhænge af det pristillæg, som skal illustrere ”prisen på kvalitet”, det antal trin ordregiver vælger at have på sin pointskala og i sidste ende vægtningen af underkriterierne. I forhold til offentlighedskravet i udbudslovens § 160, stk. 1, må ordregiver i denne forbindelse være forpligtet til at angive formlen, som pristillægget beregnes efter, eller en konkret beskrivelse heraf, hvilket kan ligestilles med, at ordregiver ved lineære pointmodeller skal angive, hvilken type lineære model der anvendes. I KFST-kendelsen var det ”Laveste pris + X %”. Dernæst er det relevant at fastlægge, hvilke krav der må gælde til beskrivelsen af faktorerne i formlen, eftersom en justering heraf vil påvirke pristillægget, som vil påvirke pointtildelingen. Dette kan ligestilles med, at ordregiver i KFST-kendelsen skulle angive rammerne for, hvordan ”X” ville blive fastsat, idet ”X” er den faktor, som vil påvirke pointtildelingen ved den lineære pointmodel.

Gennemsnitsprisen vil afhænge af de indkomne tilbud, hvilket ordregiver således ikke har kontrol over og derfor ikke kan justere på. Ved brug af ovenstående formel kan antallet af trin i pointskalaen endvidere have indvirkning på pristillægget. Ordregiver må dog på lige fod med den model, som regionen anvendte i KFST-kendelsen, være forpligtet til på forhånd at angive en nærmere konkret pointskala med angivelse af konkrete maksimum- og minimumspoint, jf. også afsnit 2.5.1.2 nedenfor. Ordregiver kan derfor som udgangspunkt ikke ændre på skalaen efterfølgende.<sup>141</sup> Derudover er ordregiver forpligtet til at offentliggøre vægtningen af underkriterierne i udbudsmaterialet, jf. udbudslovens § 165, hvorefter ordregiver ikke har mulighed for at ændre på nogle af formlens faktorer efter åbningen af tilbuddene. En angivelse af den ovenstående formel må derved være nok til at opfylde kravet i § 160, stk. 1.

---

<sup>138</sup> KFSTs vejledning, 2018, s. 18

<sup>139</sup> Ibid, s. 17-18

<sup>140</sup> Ibid, s. 18

<sup>141</sup> Se dog kendelse af 18. april 2018, A/S Julius Nielsen & Søn mod Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse, hvor en ændring af pointskalaen for det økonomiske underkriterie var lovlig

I kendelse af 3. marts 2017, Mediq Danmark A/S mod Aalborg Kommune, Brønderslev Kommune og Læsø Kommune, havde Mediq Danmark nedlagt påstand om, at den af ordregiver anvendte pris-model ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Ordregiver havde anvendt en prismodel svarende til den ovenfor beskrevne. KfU udtalte i den forbindelse:

*”Vedrørende betingelse nr. 1 (”fumus boni juris”) bemærker klagenævnet vedrørende påstand 1, at kommunerne i udbudsmaterialet har beskrevet, efter hvilken evalueringsmetode tilbuddene vil blive bedømt, jf. udbudslovens § 160...”*

Denne formulering kan have karakter af, at KfU var af den opfattelse, at prismodellen var beskrevet tilstrækkeligt, men det fremgår ikke klart af præmisserne. Det må dog alligevel kunne konkluderes, at der i forbindelse med anvendelse af en prismodel, hvor pristillægget tager udgangspunkt i gennemsnittet af de indkomne tilbudspriser, ikke kan angives yderligere informationer end de allerede beskrevne, hvorfor modellen således vil være beskrevet fuldt ud. En sådan beskrivelse må derfor være i overensstemmelse med § 160, stk. 1.

Ved den anden metode, som ordregiver kan anvende, beregnes pristillægget ud fra en tilsvarende formel som den ovenfor angivne. Tælleren er dog i stedet for den gennemsnitlige tilbudspris byttet ud med et af ordregiver fastsat beregningsbeløb:

$$\text{Pristillæg} = \frac{\text{Beregningsbeløb}}{(\text{højeste point} - \text{laveste point})}^{142}$$

Ordregiver står således frit for at fastsætte beregningsbeløbet, og ifølge KFSTs vejledning anvendes denne model ved at beregningsbeløbet fastsættes på forhånd, hvorefter tilbudsgiverne kan optimere deres tilbud i forhold til dette.<sup>143</sup> Set i lyset af KFST-kendelsen kan det dog overvejes, hvorvidt ordregiver kan vente til efter tilbudsafgivelsen med at angive det konkrete beregningsbeløb. Problematikken herved vil være, at ordregiver i den forbindelse kan spekulere i, hvilket beregningsbeløb der efterfølgende skal anvendes, idet beregningsbeløbet vil have afgørende indflydelse på pristillægget, som er afgørende for den fiktive evalueringspris, der i sidste ende udpeger vinderen af udbuddet. Jo højere beregningsbeløb, jo højere bliver brøkens tal og dermed det pristillæg, som skal illustrere ”prisen for kvalitet”. På den måde kan et tilbud med den bedste kvalitet, men med den højeste pris, kunne vinde over et tilbud med en lidt lavere kvalitet, men med den laveste pris, hvis beregningsbeløbet sættes højt nok. En sådan prismodel kan derved ligestilles med den pointmodel, som regionen anvendte i KFST-kendelsen, idet ordregiver efter tilbudsfristen kan justere på en faktor, som vil være udslagsgivende for pointtildelingen. Spørgsmålet i den forbindelse må være, hvorvidt der ved en sådan prismodel vil gælde et lignende krav til offentliggørelse, som ved en lineær pointmodel af typen ”Laveste pris + X %”.

Det beregningsbeløb, som ordregiver skal fastsætte må afspejle ordregivers bud på en gennemsnitlig tilbudspris på den pågældende opgave.<sup>144</sup> Der er dog ikke i praksis noget krav til, hvordan dette beløb skal fastsættes, og fastsættelsen afhænger derfor ikke af forhold, som ordregiver ikke er vidende om før tilbuddene kommer ind. Dette taler i retning af, at KfU ikke vil tillade at ordregiver afventer med at angive et konkret beregningsbeløb, idet en angivelse på forhånd ikke vil give efterfølgende problemer ved evalueringen, når der ikke skal tages hensyn til en ubekendt størrelse. Der er således forskel på point- og prismodeller på dette punkt, idet prismodeller vil kunne anvendes uanset om indholdet

<sup>142</sup> KFSTs vejledning, 2018, s. 18

<sup>143</sup> KFSTs vejledning, 2016, s. 29

<sup>144</sup> KFSTs vejledning, 2018, s. 20

af tilbuddene viser sig at være meget anderledes end forventet. Derfor er der heller ikke behov for at angive en sekundær metode eller tilpasningsmulighed i udbudsmaterialet ved en sådan prismodel.<sup>145</sup> På den baggrund må det konkluderes, at ordregiver ved en anvendelse af en prismodel med et beregningsbeløb, altid på forhånd skal fastlægge et konkret beløb. Der ses således heller ikke praktiske eksempler på det modsatte, hvilket må tyde på, at den omtalte problematik endnu ikke er opstået.

#### *2.5.1.1 Offentliggørelseskrav til evaluering af kvalitative kriterier*

I lovbemærkninger til udbudslovens § 160 er angivet, at ordregiveren ved anvendelse af kvalitative underkriterier og eventuelle delkriterier skal beskrive disse i udbudsmaterialet. Det skal i den forbindelse beskrives, hvad der tillægges betydning ved evalueringen i henhold til det enkelte underkriterium. Det er dog ikke et krav, at ordregiveren laver en i alle henseender udførlig beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved vurderingen af de kvalitative under- og eventuelle delkriterier. Ordregiveren har derfor et vidt skøn til at foretage tilbudsevalueringen inden for rammerne af det beskrevne i udbudsmaterialet samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.<sup>146</sup> Dette ses blandt andet i kendelse af 7. april 2017, Orkideen Hjemmepleje og Personlig Service ApS mod Horsens Kommune, hvor KfU udtalte, at evaluering af "kvalitet" naturligt vil bero på et skøn, og at KfU alene tilsidesætter et sådant skøn, såfremt det er åbenbart forkert eller bygger på et usagligt grundlag."<sup>147</sup> Ligeledes udtalte KfU i kendelse af 14. oktober 2016, Axiell Danmark A/S mod Lyngby-Taarbæk Kommune, at ordregivers evaluering af to kvalitative delkriterier ikke kunne anses for at være i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt udbudslovens § 160 og § 161, og henviste til begrundelsen angivet i KfUs delkendelse af 18. juli 2016 om opsættende virkning, hvoraf det blandt andet fremgik:

*"Lyngby-Taarbæk Kommunes evaluering af tilbuddene fra Axiell for så vidt angår delkriterierne Design og Service og Support ikke ses at inddrage forhold, som ligger uden for beskrivelserne i udbudsbetingelserne af disse delkriteriers indhold.*

*Klagenævnet kan efter fast retspraksis og klagenævnspraksis alene tilsidesætte det skøn, som den ordregivende myndighed har udøvet ved bedømmelsen af tilbudsgivernes opfyldelse af kvalitative kriterier, hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens evalueringsskøn, eller har handlet usagligt. Klagenævnet erstatter herved ikke ordregiverens skøn med sit eget."*

Det må bygge på en betragtning om, at der ikke er én korrekt vurdering af tilbuddene, eftersom vurderingen vil afhænge af, hvad ordregiver ønsker af udbuddet, hvorfor vurderingen af de kvalitative kriterier altid vil være forholdsvis subjektiv. Af lovbemærkningerne fremgår nærmere konkret:

*"...2. Dernæst skal det i forbindelse med kvalitative under- og eventuelle delkriterier oplyses, hvordan det enkelte kriterium nærmere vil blive bedømt, eksempelvis ved brug af en pointskala, og det skal være klart, hvad der tillægges betydning ved bedømmelsen. Evalueringen kan eventuelt kombineres med en prismodel, hvorved den kvalitative vurdering omregnes til et pristillæg, der herefter kan indgå i den samlede vurdering med priserne fra de økonomiske underkriterier."<sup>148</sup>*

<sup>145</sup> KFSTs vejledning, 2016, s. 29-30 og KFSTs vejledning, 2018, s. 21

<sup>146</sup> L 19, bemærkninger til § 160, s. 184

<sup>147</sup> Kendelse af 7. april 2017, Orkideen Hjemmepleje, ad påstand 1 og 2

<sup>148</sup> L 19, bemærkninger til § 160, s. 184



Der kan således anvendes en pointskala ved bedømmelsen, hvorefter point for kvalitet kan sammenholdes med point for pris, eller som angivet i bemærkningerne, kan pointskalaen anvendes i forbindelse med anvendelse af en prismodel. Der tildeles således point efter, hvor godt tilbudet opfylder de nærmere angivne forhold, som ordregiver i udbudsmaterialet har lagt vægt på. Ordregiver må i den retning skulle angive, hvad der tillægges betydning ved vurderingen af, hvilket tilbud der kvalitativt anses som værende det bedste. Ordregiver har dog som angivet ovenfor et vidt skøn i forbindelse med evalueringen, og skal ikke lave en i alle henseender udførlig beskrivelse, hvilket tyder på, at ordregiver alene skal angive en overordnet beskrivelse af hvilke forhold, som ordregiver vil tillægge vægt, herunder hvilke forhold der vægter positivt som negativt, hvis dette er muligt. Der ses således at være en større fleksibilitet for ordregiver i forbindelse med vurderingen af de kvalitative under- og delkriterier i forhold til vurderingen af økonomiske kriterier. Der kan derfor ikke opstilles regler for, hvilke konkrete forhold, som ordregiver skal oplyse på forhånd, da det vil afhænge af det konkrete udbud og de konkrete under- og delkriterier.

#### 2.5.1.2 Relativ eller absolut evaluering

De specielle lovbemærkninger til § 160 angiver endvidere, at ordregiver frit vælger, hvorvidt tilbudene skal vurderes relativt eller i forhold til en absolut skala på de kvalitative kriterier. Dette synes således at være et forsøg på at gøre op med den tidligere klagenævnspraksis, hvorefter KfU for første gang i kendelse af 12. februar 2007, Dansk Høreteknik A/S mod Københavns Kommune, fastslog, at ordregiver ikke måtte evaluere tilbuddene i forhold til hinanden på de kvalitative kriterier, da det var i strid med ligebehandlingsprincippet.<sup>149</sup> Ligeledes ses i kendelse af 4. marts 2010, Dansk Flygtningehjælp mod Hvidovre Kommune.<sup>150</sup> KfU har dog på dette punkt valgt at følge lovbemærkningerne, hvilket ses i kendelse af 18. april 2018, hvor KfU fastslår, at ordregiver frit kan vælge om de kvalitative kriterier vurderes relativt eller efter en absolut skala, så længe evalueringsmodellen sikrer, at den fastsatte vægtning af underkriterierne overholdes.<sup>151</sup> Når ordregiver således har et valg mellem to evalueringemetoder må ordregiver dermed skulle oplyse i udbudsmaterialet, hvilken metode der vil blive anvendt, hvilket også angives i lovbemærkningerne.<sup>152</sup> I den forbindelse må ordregiver nærmere skulle angive, hvordan pointtildelingen vil foregå, hvorefter ordregiver ved en relativ vurdering, som i Dansk Høreteknik-kendelsen, for eksempel kan angive følgende:

*”Den tilbudsgiver der, kvalitativt set, vurderes til at være bedst til at opfylde det enkelte tildelingskriterium tildeles 10 point. Derefter tildeles de andre tilbud point i forhold til en kvalitativ vurdering af forskellen mellem det pågældende tilbud og det tilbud der bedst opfylder kriteriet.”<sup>153</sup>*

Denne metode kan ligestilles med den lineære pointmodel, som regionen anvendte i KFST-kendelsen, hvor der blev tildelt point relativt for det økonomiske underkriterium ud fra formelen ”laveste pris + X %”, og hvor denne formel med tilhørende pointskala skulle oplyses i udbudsmaterialet.

Såfremt ordregiver i stedet vælger at anvende en absolut skala, skal ordregiver herefter angive den absolutte skala således, at skalaen angiver, hvad der skal til for at få maksimumpoint, og hvor mange point dette i så fald vil være. Som et eksempel herpå, må det være tilstrækkeligt, såfremt ordregiver angiver følgende, som ses i kendelse 7. april 2017, Siemens A/S mod Ringsted Kommune:

<sup>149</sup> Udbudslovens, s. 70 og kendelse af 12. februar 2007, Dansk Høreteknik, ad påstand 2

<sup>150</sup> Ad påstand 4

<sup>151</sup> Kendelse af 18. april 2018, A/S Julius Nielsen & Søn, ad påstand 2-3

<sup>152</sup> L 19, bemærkninger til § 160, s. 184

<sup>153</sup> Kendelse af 12. februar 2007, Dansk Høreteknik, s. 11-12

*”Delkriterie C.8 evalueres således, at tilbud der stiller ubetinget garanti tildeles scoren 10. Tilbud med forbehold i garantien tildeles scoren 0.”*

Tilbuddene kan således ved en absolut skala opnå det samme antal point på trods af, at der kan være mindre forskelle i kvaliteten.<sup>154</sup> En relativ skala medfører omvendt, at det tilbud som har den bedste kvalitet vil få maksimumpoint, hvorefter de øvrige tilbud vil få point tildelt ned efter.

Det kan således konkluderes, at ordregiver i udbudsmaterialet skal angive, hvorvidt evalueringen af de kvalitative underkriterier vil blive foretaget efter en relativ eller absolut skala, og i den forbindelse angive den konkrete skala. Dette gælder i øvrigt også i forhold til de økonomiske underkriterier, jf. afsnit 2.4.1.

### 2.5.2 Offentliggørelseskrav til prosamodeller

Ifølge de specielle lovbemærkninger til lovens § 160 kan evalueringsmetoden basere sig på en prosamodel, men kravene i bemærkningerne synes dog at passe bedst i forhold til point- eller prismodeller. Det er således svært at udlede af bemærkningerne, hvad der skal offentliggøres i henhold til en prosamodel.<sup>155</sup> Praksis er ligeledes begrænset, idet ordregiver sjældent anvender en sproglig model. KfU har dog udtalt, at der ikke er noget til hinder for, at ordregiver anvender en sproglig evalueringsmodel,<sup>156</sup> idet der ikke er noget krav om at ordregiver giver karakter eller point for at kunne beregne en samlet karakter.<sup>157</sup> KFST synes dog i sin nyeste vejledning, at stille spørgsmålstejn ved lovligheden af sådanne modeller, og har på den baggrund ikke angivet hvilke prosamodeller som efter styrelsens opfattelse, vil opfylde udbudslovens krav om offentliggørelse.<sup>158</sup> KFST påpeger udfordringerne, som synes at være, at angive en beskrivelse af hvordan priser vil blive evalueret, og nærmere hvordan en kategorisering heraf kan beskrives. Ordregiver kan ikke vide, hvordan de faktiske indkomne priser vil se ud, hvorfor udfordringen ligesom ved pointmodeller vil være, at den angivne vægtning af underkriteriet skal opretholdes.<sup>159</sup> Pligten til offentliggørelse må dog stille krav til, at ordregiver beskriver, hvordan det økonomiske underkriterium vurderes, herunder hvorledes tilbudspriserne vil rangordnes.

En sproglig beskrivelse af, hvorledes evalueringen af de kvalitative kriterier vil forgå vil derimod ikke volde de store problemer, idet evalueringen sædvanligt foregår på baggrund af en sproglig beskrivelse af, hvad ordregiver lægger vægt på, jf. afsnit 2.5.1.1. En kategorisering vil eksempelvis kunne udforme sig ved, at det bedste tilbud angives, som ”Særdeles tilfredsstillende”, et middel tilbud angives som ”tilfredsstillende” og et mindre godt tilbud angives som ”ikke tilfredsstillende”. I den forbindelse skal derudover beskrives, hvad der forbindes med de forskellige kategorier. Dette svarer således til den kategorisering, som anvendes ved brug af pointskalaer, hvor trinene på skalaen erstattes af verbale ”trin” i stedet for konkrete pointangivelser. Ordregiver har i den forbindelse et skøn i forhold til, hvad der tillægges betydning og på den måde også, hvilke forhold, som skal angives i udbudsmaterialet, jf. afsnit 2.5.1.1.

Derudover kan der opstå problemer i forbindelse med selve vurderingen af forholdet mellem pris og kvalitet, idet ordregiver ved sproglige modeller ikke kan gange vægtprocenterne på, som ved point- og prismodeller.<sup>160</sup> Ordregiver skal sikre, at pris og kvalitet vægtes i det korrekte forhold således, at

<sup>154</sup> Grundlæggende udbudsret, s. 564

<sup>155</sup> Udbudsloven, s. 378

<sup>156</sup> Kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo, s. 181

<sup>157</sup> Kendelse af 10. marts 2010, Manova, ad påstand 4

<sup>158</sup> Udbudsloven, s. 392

<sup>159</sup> KFST vejledning, 2018, s. 30

<sup>160</sup> Offentlige indkøb i praksis, s. 441

balancen mellem underkriterierne respekteres, jf. afsnit 2.2.2.1. Der må således ifølge § 160, stk. 1, kræves en beskrivelse af, hvorledes dette vil foregå. Ofte vil en point- eller prismodel anvendes som støtteværktøj til den sproglige model, hvilket blandt andet var tilfældet i Ansaldo-kendelsen. En beskrivelse af en sådan matematisk model må i hvert fald være tilstrækkelig til at angive, hvordan forholdet mellem underkriterierne vurderes, hvis beskrivelsen i øvrigt er i overensstemmelse med det i afsnit 2.4 angivne om pointmodeller eller afsnit 2.5.1 angivne om prismodeller.

### 3.0 Udbudslovens § 160s påvirkning på transaktionsomkostninger

Transaktionsomkostninger er en væsentlig barrier for udbredelsen af det samarbejde, som opstår mellem det offentlige og det private ved udbud.<sup>161</sup> Både ordregiver og tilbudsgiver vil have væsentlige transaktionsomkostninger i forbindelse med denne måde at indgå kontrakt på, idet lovgivningen regulerer, hvordan ordregiver skal tilrettelægge udbudsproceduren og fastlægger nogle rammer, som ordregiver skal holde sig indenfor. For ordregiver vil transaktionsomkostningerne blandt andet bestå i at iværksætte udbuddet. For tilbudsgiver vil omkostningerne bestå i at byde ind på den udbudte opgave, som tilbudsgiver i øvrigt ikke er sikret at få tildelt.

Oliver E. Williamson's transaktionsteori vil inddrages til besvare problemformuleringen. Teorien forsøger at forklare vertikal integration og give svar på, hvorvidt virksomheder skal producere selv eller indkøbe komponenterne fra leverandører.<sup>162</sup> Henset til afhandlingens problemformulering vil teorien dog anvendes med et andet formål, og teoriens begreber inddrages derfor til at analysere, hvorvidt udbudslovens § 160 påvirker transaktionsomkostningerne for henholdsvis ordregiver og tilbudsgiver.

#### 3.1 Oliver E. Williamson's transaktionsomkostningsteori

En transaktion opstår ifølge Williamson når:

*“... a good or service is transferred across a technologically separable interface.  
One stage of activity terminates and another begins”<sup>163</sup>*

En transaktion vil i denne forstand gå videre end blot at være en overførsel mellem to juridisk adskilte parter.<sup>164</sup> I udbudsretligt henseende og med henblik på afhandlingens specifikke indhold vil en nærmere analyse heraf ikke være nødvendig, idet en transaktion i denne sammenhæng vil opstå, når ordregiver tildeler en kontrakt til den vindende tilbudsgiver med henblik på levering af de udbudte. En sådan transaktion er derfor organiseret i markedet i form af et samarbejde.<sup>165</sup> Indenfor udbudsretten er der dog ikke den samme frihed til at indgå kontakter, som i en normal forhandlingssituation, hvor der er frihed til at vælge samarbejdspartner. Dette vil ligeledes afspejles i analysen. Når en transaktion gennemføres vil det medføre en række omkostninger, heriblandt transaktionsomkostninger. Williamson anfører herom:

---

<sup>161</sup> Udbudsrådets analyse, s. 5

<sup>162</sup> Transaktionsomkostningsteori, s. 6-7

<sup>163</sup> The Economic Institutions of Capitalism, s. 1

<sup>164</sup> Transaktionsomkostningsteori, s. 9 modsætningsvist

<sup>165</sup> Ibid, s. 11

*“Transaction cost analysis supplants the usual preoccupation with technology and steady-state production (or distribution) expenses with an examination of the comparative cost of planning, adapting, and monitoring task completion under alternative governance structures”<sup>166</sup>*

Transaktionsomkostninger er de omkostninger, der er forbundet med udformningen, gennemførelsen og kontrollen af overførslen.<sup>167</sup> Der vil i denne sammenhæng analyseres på de transaktionsomkostninger, der for ordregiver og tilbudsgiver opstår i forbindelse med et udbud.

### *3.1.1 Ex ante- og ex post transaktionsomkostninger*

Williamson skelner mellem to former for transaktionsomkostninger, ex ante og ex post omkostninger<sup>168</sup>. Ex ante transaktionsomkostninger vil forekomme før transaktionen, og opstår i forbindelse med udformningen af kontrakten. Ex post transaktionsomkostninger opstår derimod efter kontraktindgåelse og vil forekomme, hvis kontrakten eksempelvis misligholdes. Ifølge Williamson er ex ante og ex post omkostninger indbyrdes afhængige således,<sup>169</sup> at flere transaktionsomkostninger ex ante ofte vil betyde mindre omkostninger ex post omkostningerne og omvendt.

For ordregiver vil ex ante omkostninger eksempelvis være omkostninger forbundet med udarbejdelse af udbudsmateriale, dialogmøder, gennemførelse af udbudsprocessen, herunder tilbudsevaluering, samt kontraktindgåelse.<sup>170</sup> Ex post omkostninger vil forekomme efter transaktionen, og vil for ordregiver omfatte omkostninger i forbindelse med tilsyn og håndhævelse af kontrakten og sanktionering ved misligholdelse. Udbudsrådet har udarbejdet en fasemodel, som beskriver de forskellige faser, som en udbudsproces består af. Indenfor hver fase er angivet forskellige omkostningsdrivere, som er med til at forhøje transaktionsomkostningerne. Fasemodellen for ordregiver ses nedenfor:

---

<sup>166</sup> The Economic Institutions of Capitalism, s. 2

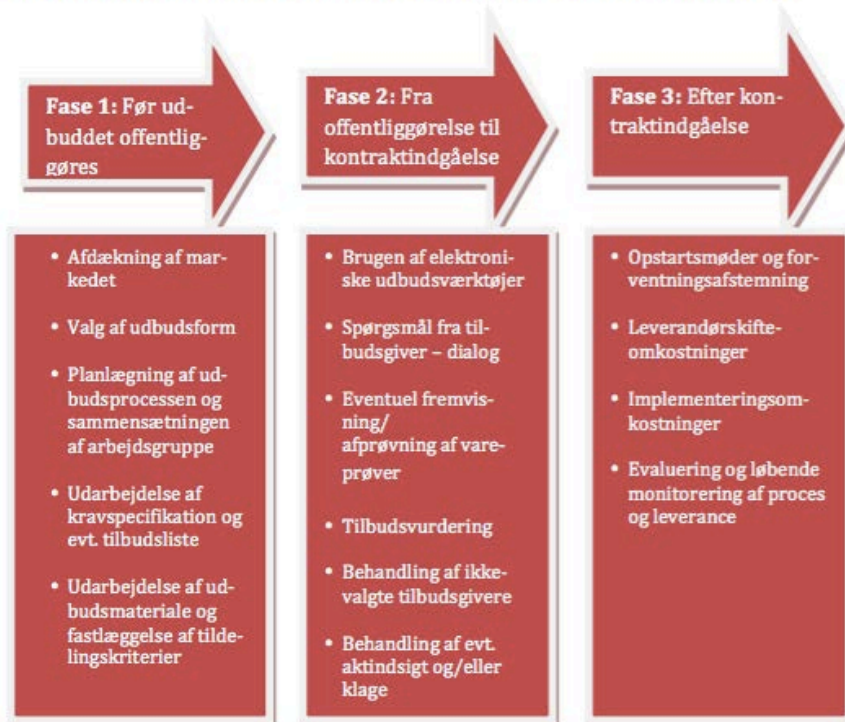
<sup>167</sup> Transaktionsomkostningsteori, s. 10

<sup>168</sup> The Economic Institutions of Capitalism, s. 20-21

<sup>169</sup> Ibid, s. 21

<sup>170</sup> Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud, RUC, s. 12

## Ordregivers udbudsproces med angivelse af omkostningsdrivere



Kilde: *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*, Udbudsrådet, 2011<sup>171</sup>

Udbudslovens § 160 påvirker både udarbejdelsen af udbudsmaterialet, som er placeret i fase 1 og selve evalueringsprocessen, som henhører under fase 2. Omkostningsdrivere som hører under disse to faser vil ifølge Williamson derved være ex ante transaktionsomkostninger, idet omkostningerne opstår før kontraktindgåelsen. For ordregiver vil størstedelen af omkostningerne foregå i forbindelse med de aktiviteter, som er angivet fase 1, herunder særligt udarbejdelse af udbudsmaterialet og de undersøgelser, der er forbundet hermed.<sup>172</sup>

Det fremgår af fasemodellen, at omkostninger til klagesager vil opstå i fase 2, og dermed før kontraktindgåelse. Dette må hænge sammen med reglen i klagenævnenslovens § 12, stk. 2, hvorefter en klage som indgives i standstill-perioden har automatisk opsættende virkning indtil KfU har truffet afgørelse herom. Standstill-perioden indtræder, når ordregiver i henhold til klagenævnenslovens § 2, stk. 1, nr. 2 har underrettet de berørte tilbudsgiver om, hvilken tilbudsgiver som vinder udbuddet, og indebærer at ordregiver ikke må indgå kontrakt før periodens udløb. Forbigåede tilbudsgivere har i denne periode mulighed for at indgive en klage til KfU inden kontrakten indgås. Omkostninger i forbindelse med behandling af klagesager, der behandles inden kontraktindgåelse vil på den baggrund betragtes som ex ante transaktionsomkostninger. Det må således være baggrunden for, at Udbudsrådet har placeret denne omkostningsdriver under fase 2. Derimod vil omkostninger forbundet med en klagesag, som først opstår efter standstill-perioden og dermed efter kontraktindgåelse være karakteriseret som ex post transaktionsomkostninger. Der kan dog argumenteres for, at tidspunktet hvorpå ordregiver underretter de berørte tilbudsgivere om kontrakttildelingen, i teorien kan anses som tidspunktet for kontraktindgåelse på trods af, at den faktiske kontraktindgåelse først sker efter udløbet af

<sup>171</sup> Udbudsrådets analyse, s. 7

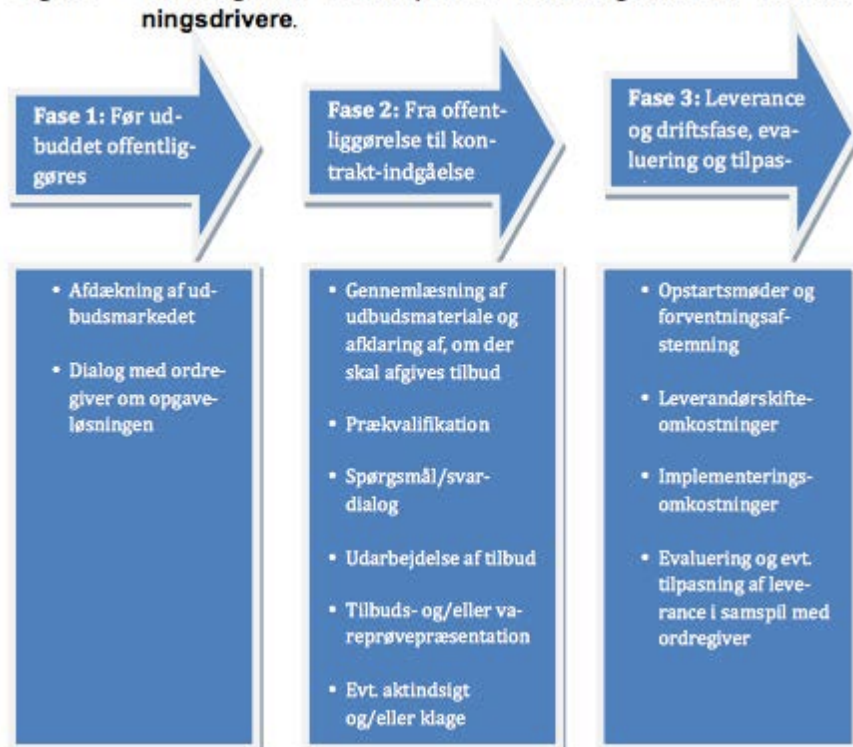
<sup>172</sup> Udbudsrådet analyse, s. 20



standstill-perioden. Underretningen indeholder netop information om, hvilken tilbudsgiver, som ordregiver har tænkt sig at indgå kontrakt med, hvorfor tidspunktet for underretningen teoretisk set kan ligestilles med tidspunktet for kontraktindgåelse. På denne måde undgås en i forhold til teorien uhenigtsmæssig opdeling i ex ante og ex post kategoriseringer, af de transaktionsomkostninger, der er forbundet med klagesager, og som alene er forårsaget af reglen i klagenævnslovens § 12, stk. 2. Der kan på den baggrund argumenteres for, at alle omkostninger forbundet med klagesager vil være karakteriseret som ex post transaktionsomkostninger, når tidspunktet for underretning af kontrakttilde-  
 ling ligestilles med selve kontraktindgåelsen. Den videregående analyse vil tage udgangspunkt heri.

De omkostningsdrivere, der påvirker tilbudsgivers transaktionsomkostninger kan på samme måde inddeles i 3 faser. Udbudsrådet har således tilsvarende udarbejdet en fasemodel for tilbudsgiver, som ses nedenfor:

**Figur 6 Tilbudsgivers udbudsproces med angivelse af omkostningsdrivere.**



Kilde: Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud, Udbudsrådet, 2011<sup>173</sup>

Som det fremgår af modellen vil sådanne omkostninger eksempelvis omfatte en vurdering af, hvorvidt der skal bydes på den udbudte opgave, tilbudsafgivelse og omkostninger i forbindelse med indgivelsen af en eventuel klage til KfU. Sidstnævnte vil udgøre ex post omkostninger, jf. den ovenfor nævnte forudsætning. Fordelingen af omkostningerne er anderledes for tilbudsgiverne, idet størstedelen af transaktionsomkostninger vil forekomme i forbindelse med fase 2.<sup>174</sup> Særligt den strategiske

<sup>173</sup> Udbudsrådets analyse, s. 53

<sup>174</sup> Udbudsrådets analyse, s. 54

vurdering af, hvorvidt tilbudsgiver skal byde på den udbudte opgave bidrager til høje transaktionsomkostninger.<sup>175</sup> Vurdering heraf afhænger i høj grad af de i udbudsmaterialet stillede krav og hvorvidt tilbudsgiver har erfaring indenfor det pågældende fagområde.<sup>176</sup> Derudover vil udarbejdelse af tilbuddet udgøre betydelige omkostninger, idet der skal tages stilling til et omfattende udbudsmateriale.<sup>177</sup> Tilbudsgiver skal derudover forsøge at indrette tilbuddet således, at det afspejler det bedste forhold mellem pris og kvalitet.<sup>178</sup>

### 3.1.2 Aktørforudsætninger

Williamson's transaktionsomkostningsteori bygger på to grundlæggende adfærdsforudsætninger hos aktørerne.<sup>179</sup> Den første forudsætning er, at aktørerne er begrænset rationelle, hvilket Williamson beskriver som:

*“...intendedly rational, but only limited so”<sup>180</sup>*

Det betyder, at aktøren sigter efter at handle rationelt, men ikke altid opfører sig sådan på grund af den menneskelige begrænsning, hvorfor der ikke i alle situationer handles fuldstændig optimalt.<sup>181</sup> En begrænset rationalitet betyder således, at aktøren vælger den løsning, som for aktøren anses for den bedste løsning, men ikke nødvendigvis er det, fordi aktøren ikke kender til alle mulige løsninger.<sup>182</sup> Det vil derfor ikke være muligt at indgå fuldkomne kontrakter, idet aktøren ikke har et fuldstændigt billede af alle de omstændigheder og dermed situationer, som kan opstå.<sup>183</sup> Det er udbudsmaterialet, som danner grundlag for den kontrakt, som indgås mellem ordregiver og vindende tilbudsgiver. Ordregiver vil derfor ifølge teorien ikke være i stand til at udarbejde et fuldstændigt optimalt udbudsmateriale, som medfører de mindst mulige transaktionsomkostninger.

Teoriens anden forudsætning er, at aktørernes adfærd er opportunistisk, hvilket Williamson beskriver som:

*“...self-interest seeking with guile”*

Det betyder, at aktøren vil handle i egen interesse i den forstand, at aktørens handlinger bevidst foretages med et egenyttigt sigte.<sup>184</sup> Denne adfærd vil kunne medføre, at aktøren tyer til snyderi, løgn og tyveri. Det skal bemærkes, at teorien ikke er baseret på, at alle aktørerne er opportunistiske, men at det er muligheden for at denne adfærd kan forekomme, der er afgørende, idet det er for omkostningstungt at adskille de opportunistiske aktører fra dem, som ikke er opportunistiske.<sup>185</sup> Denne adfærdsforudsætning medfører således at en tro på, at modparten overholder sit løfte, som angivet i kontrakten, er naivt. Kontrakten bør derfor kun gennemføres, hvis der opstilles ”safeguards”, som sikrer at der ikke sker opportunistisme.<sup>186</sup> Der er desuden en sammenhæng mellem de to adfærdsforudsætninger, idet aktørernes begrænset rationalitet vil medføre, at der er risiko for opportunistisk adfærd.<sup>187</sup>

---

<sup>175</sup> Ibid, s. 59

<sup>176</sup> Ibid

<sup>177</sup> Ibid, s. 61 og 66

<sup>178</sup> I afhandlingen fokuseres alene på tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”

<sup>179</sup> <http://www.trafikdage.dk/td/papers/papers96/godstran/chris/chris.pdf> (besøgt den 21. maj 2018)

<sup>180</sup> The Economic Institutions of Capitalism, s. 45

<sup>181</sup> Transaktionsomkostningsteori, s. 13-14

<sup>182</sup> Ibid, s. 14

<sup>183</sup> Ibid, s. 19

<sup>184</sup> Transaktionsomkostningsteori, s. 16

<sup>185</sup> Ibid, s. 17

<sup>186</sup> Ibid, s. 18

<sup>187</sup> <http://www.trafikdage.dk/td/papers/papers96/godstran/chris/chris.pdf> (besøgt den 23. maj 2018)

Henset til afhandlingens problemformulering vil der hovedsageligt fokuseres på risikoen for opportunistisk adfærd fra ordregivers side, og hvordan dette vil påvirke tilbudsgivers transaktionsomkostninger. Tilbudsgivers opportunistiske adfærd kan forekomme ex ante i den forstand, at der bevidst og med det formål at vinde kontrakten, angiver eller bekræfter forhold i tilbuddet, som er ukorrekte og som tilbudsgiver ikke kan leve op til. Dette vil medføre, at tilbudsgiver efterfølgende misligholdelser kontrakten, hvis den pågældende tilbudsgiver vinder udbuddet. En sådan misligholdelse vil karakteriseres som ex post opportunistisk.

### 3.1.3 Dimensioner ved transaktionen

Williamson beskriver tre dimensioner, som påvirker transaktionsomkostningerne, og dermed valget mellem at købe udefra eller producere selv.<sup>188</sup> Den første dimension er frekvens, som beskriver hyppigheden af identiske transaktioner, altså hvor ofte den samme transaktion vil gennemføres.<sup>189</sup> Jo oftere transaktionen gennemføres, jo lavere transaktionsomkostninger forventes, fordi der er flere transaktioner, som omkostningerne kan fordeles ud på. Et udbud iværksættes for at indgå en kontrakt med en leverandør over en årrække, hvorfor en identisk transaktion ikke vil forekomme ofte. Udbudsmaterialet må dog kunne genbruges i et vidt omfang, hvis der er tale om det samme produkt eller den samme ydelse, men der vil formentlig altid skulle foretages justeringer. Udbudslovens § 160 regulerer, hvor meget information ordregiver skal angive i udbudsmaterialet. Der kan argumenteres for, at den ændring i lovgivningen som § 160 medfører at ordregiver i større grad må foretage justeringer i udbudsmaterialet, idet § 160 kræver at ordregiver skal angive flere informationer i udbudsmaterialet end hvad der fulgte af den tidligere retstilstand. Dette vil dog kun påvirke i en overgangsperiode. Udbudslovens § 160 har derfor ikke den store påvirkning på frekvensdimensionen.

Den anden dimension er aktivspecifitet, som beskriver, hvor aktivspecifikt en investering er. Der vil ofte investeres i forskellige aktiver, når en transaktion skal gennemføres, og aktivspecifitet vil i den forbindelse afspejle i hvilket omfang et aktiv vil tabe værdi ved alternative anvendelser.<sup>190</sup> Udbudslovens § 160 påvirker ikke denne dimension, idet der normalvis ikke foretages nogen investeringer i forbindelse med en iværksættelse af et udbud eller i forbindelse med en tilbudsafgivelse.

Den tredje dimension er usikkerhed. Williamson anfører herom:

*”..interesting problems of economic organization arise only in conjunction with uncertainty..”<sup>191</sup>*

Usikkerhed kan opstå på forskellige måder, og Williamson skelner mellem tre forskellige former for usikkerhed. Den eksogene usikkerhed opstår på baggrund af forhold, der er forårsaget udefra. Derudover kan der opstå usikkerhed, som følge af en ufuldstændig kommunikation, hvilket er begrundet i det forhold, at aktørerne er begrænset rationelle. Usikkerheden opstår derfor ikke på baggrund af strategiske årsager.<sup>192</sup> Den sidste form for usikkerhed betegnes som en adfærdsbetinget usikkerhed, som opstår på baggrund af en strategisk adfærd, der forvrænger eller tilbageholder information.<sup>193</sup> Denne usikkerhed stammer derfor fra opportunistisk adfærd.<sup>194</sup> Ifølge Williamson er den adfærdsbetingede

---

<sup>188</sup> Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud, RUC, s. 12

<sup>189</sup> Transaktionsomkostningsteori, s. 23

<sup>190</sup> Transaktionsomkostningsteori, s. 27

<sup>191</sup> The Economic Institutions of Capitalism, s. 57

<sup>192</sup> Transaktionsomkostningsteori, s. 25

<sup>193</sup> Ibid, s. 25

<sup>194</sup> The Economic Institutions of Capitalism, s. 58



tingede usikkerhed særlig vigtig for at forstå problemstillinger indenfor transaktionsomkostningsteori.<sup>195</sup> Det er ligeledes denne form for usikkerhed, som er interessant i afhandlingen i forhold til, hvordan § 160 påvirker transaktionsomkostningerne for ordregiver og tilbudsgiver.

Usikkerheden for ordregiver består i, at ordregiver ikke kender tilbudspriserne på forhånd. Dette er problematisk, når udbudslovens § 160 pålægger ordregiver at beskrive evalueringsmetoden i udbudsmaterialet, idet ordregiver på forhånd skal forholde sig til en ubekendt størrelse. For tilbudsgiver er det usikkert, hvorvidt den pågældende vil få tildelt kontrakten eller ej. Navnlig evalueringsprocessen vil være forbundet med usikkerhed, idet klagenævnspraksis medfører, at der er risiko for opportunistisk adfærd fra ordregivers side, jf. afsnit 2.2.2.2.1. Denne usikkerhed og dens påvirkning på transaktionsomkostningerne vil analyseres nærmere nedenfor, hvorefter der opstilles to scenarier, som skal repræsentere henholdsvis lovgivers og KfUs fortolkning af udbudslovens § 160 i henhold til den del af evalueringsmetoden, der anvendes til at bedømme priskriteriet. Der vil særligt fokuseres på, hvorvidt § 160 i de to scenarier påvirker incitamentet til at klage, hvilket er relevant idet klagesager ofte er medvirkende til at øge transaktionsomkostningerne.<sup>196</sup>

### 3.2 Lovgivers hensigt med udbudslovens § 160

Lovgivers hensigt med udbudslovens § 160 var, at ordregiver skulle beskrive evalueringsmetoden fuldt ud i udbudsmaterialet. Ordregiver skulle i henhold til denne tankegang også angive en eventuel hældningsgrad i udbudsmaterialet, hvis en sådan var inkluderet i den angivne evalueringsmodel, jf. afsnit 2.2.2.2 og 2.2.2.2.1. På denne baggrund vil transaktionsomkostningerne i dette afsnit analyseres med udgangspunkt i, at der anvendes en sådan model, hvor hældningsgraden skal offentliggøres på forhånd. Dette vil omtales som lovgivers model.

#### 3.2.1 Påvirkning på ordregivers transaktionsomkostninger

Det der angives i udbudsmaterialet skal følges, hvorfor ordregiver vil være bundet af en på forhånd oplyst hældningsgrad, og ordregiver vil derfor være forpligtet til at anvende denne på grund af de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. afsnit 1.4.1. Problemstillingen opstår, hvis den angivne hældningsgrad efterfølgende viser sig ikke, at afspejle den faktiske spredning i de indkomne tilbudspriser, eftersom dette ifølge klagenævnspraksis er i strid med disse principper, jf. afsnit 2.2.2.1. KfU vil i tilfælde af, at der indgives en klagesag herom, tilsidesætte den anvendte evalueringsmodel, idet den er uegnet til at identificere tilbuddet med ”det bedste forhold mellem pris og kvalitet”, jf. afsnit 2.2.2.1. Den eneste mulighed for ordregiver vil i et sådant tilfælde være at annullere udbuddet og udbyde opgaven på ny, idet udbudsmaterialet ikke kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Dette er omkostningstungt for ordregiver, idet hele udbudsprocessen skal igangsættes på ny, hvilket er tidskrævende. Det er derfor risikabelt for ordregiver at angive en konkret hældningsgrad på forhånd. Transaktionsomkostningerne for ordregiver vil derfor stige, hvis den angivne hældningsgrad viser sig ikke at være anvendelig, idet ordregiver skal bruge ressourcer på at iværksætte et nyt udbud.

Lovgiver har dog formentligt som konsekvens heraf indført muligheden for at ordregiver kan anvende en sekundær evalueringsmetode eller tilpasningsmulighed, hvis denne er beskrevet i udbudsmaterialet, og hvis de objektivt konstaterbare forhold, som ordregiver har beskrevet som forudsætning for anvendelsen, indtræder, jf. afsnit 2.1.1. Ordregiver kan som sekundær metode angive en model svarende til den primære men med en anden hældningsgrad, og ligeledes angive en tertiær metode med en helt tredje hældningsgrad. Dette giver således en form for fleksibilitet, men ordregiver skal stadig følge den proces, som angivet i udbudsmaterialet, hvorfor en sekundær eller tertiær metode ikke kan

---

<sup>195</sup> Ibid, s. 57

<sup>196</sup> Udbudsrådets analyse, s. 7

anvendes med mindre de konkrete objektive omstændigheder, der er angivet i udbudsmaterialet finder sted. Dette kræver således et særdeles veltænkt udbudsmateriale, hvis risikoen for at metoden erklæres for uegnet, skal udelukkes. Udarbejdelsen af udbudsmaterialet vil derfor kræve et stort forarbejde, idet en forpligtelse til at angive en konkret hældningsgrad på forhånd vil kræve et stort kendskab til markedets priser. Ordregiver kan i den forbindelse gå i dialog med markedet med henblik på at foretage en grundig markedsafdækning. Udbudsrådets analyse viser ligeledes, at der er et stort potentiale for at nedbringe transaktionsomkostningerne for den samlede udbudsproces, hvis der foretages en grundig markedsdækning, og hvis ordregiver er i dialog med markedet.<sup>197</sup> Derudover viser rådets analyse at nogle ordregivere er gode til at dele erfaringer i forbindelse med udarbejdelse af udbudsmaterialet.<sup>198</sup> En kombination af markedsafdækning og vidensdeling med andre ordregivere vil således kunne bidrage til en større viden omkring priserne på det pågældende marked. Generelt vil det dog være svært at forudsige, hvordan priserne konkret vil fordele sig i det pågældende udbud. Derfor vil der være en generel usikkerhed forbundet med at fastlægge en hældningsgrad på forhånd. En markedsafdækning er omkostningstung, og når et sådant forarbejde desuden ikke med sikkerhed kan bidrage til at eliminere den usikkerhed, der er forbundet med tilbudspriserne, vil det i hvert fald ikke medføre færre klagesager, når evalueringsmodellen skal afspejle de indkomne tilbudspriser. Transaktionsomkostningerne vil derfor forblive det samme ex post på trods af en stigning ex ante.

Den del af udbudsmaterialet, som kræver størst ressourcer er kravspecifikationen og tilbudslisten, hvorefter resten af materialet som udgangspunkt er standardiseret.<sup>199</sup> Når ordregiver på baggrund af lovgivers hensigt med § 160 endvidere skal tage stilling til og angive en evalueringsmetode, vil ordregivers transaktionsomkostninger i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsmaterialet stige, jf. betragtningerne ovenfor. Bestemmelsen vil således medføre en stigning i ordregivers transaktionsomkostninger i fase 1. Derimod vil ordregivers omkostninger ved selve evalueringen falde, idet ordregiver blot skal forholde sig til det, som er angivet i udbudsmaterialet og foretage evalueringen i overensstemmelse hermed. Før tilblivelsen af § 160 skulle ordregiver i denne fase bruge ressourcer på at fastlægge den konkrete hældningsgrad, men eftersom denne er fastsat i fase 1 vil transaktionsomkostninger i fase 2 falde. Ordregiver skal dog også i denne fase tage stilling til om ordregiver vil fortsætte evalueringsprocessen med den angivne hældningsgrad, eller om ordregiver på eget initiativ vil annullere udbuddet fordi hældningsgraden er åbenbar uanvendelig på baggrund af de indkomne tilbudspriser. Udbudsrådets analyse viser, at ordregiver generelt frygter klagesager, idet der er store omkostninger forbundet hermed,<sup>200</sup> hvilket taler for, at ordregiver i tvivlstilfælde vil vælge at annullere udbuddet fremfor at tage chancen og risikere en klagesag. Dette må begrundes i, at ordregiver ikke kan slippe afsted med en opportunistisk adfærd, når der er fuld gennemsigtighed. Det må i hvert fald være mindre omkostningstungt at foretage et genudbud sammenlignet med de omkostninger, der opstår i forbindelse med en klagesag. Herefter vil ordregiver ligeledes være blevet klogere på priserne, hvorefter der kan fastsættes en mere hensigtsmæssig hældningsgrad i det efterfølgende udbud.

Det kan således konkluderes at, en pligt for ordregiver til at angive en hældningsgrad på forhånd, vil medføre en stigning i ordregivers transaktionsomkostninger i forhold til før udbudslovens ikrafttræden, hvor der ikke var en pligt til at offentliggøre evalueringsmetoden.

### *3.2.2 Påvirkning på tilbudsgivers transaktionsomkostninger*

Lovgivers hensigt har været at skabe en større gennemsigtighed i forbindelse med evalueringsprocessen. En på forhånd oplyst hældningsgrad vil medføre en øget gennemsigtighed, idet tilbudsgiverne

---

<sup>197</sup> Udbudsrådets analyse, 2011, s. 36

<sup>198</sup> Ibid s. 33

<sup>199</sup> Ibid, s. 32

<sup>200</sup> Ibid, s. 8

på forhånd vil have større indsigt i, hvordan evalueringen vil blive foretaget. Tilbudsgiver vil således have et bedre grundlag for at vurdere, hvorvidt det kan betale sig for denne at byde ind, og hvis det er tilfældet, kunne tilrettelægge sit tilbud, navnlig tilbudsprisen herefter. Det vil dog forudsætte, at tilbudsgiver har kendskab til markedets priser for at kunne lave sådanne kalkulationer, og at de indkomne tilbud i øvrigt vil afspejle markedet. Såfremt disse forudsætninger fastholdes, vil tilbudsgivers omkostninger i fase 2 således mindskes sammenlignet med den retstilstand, der var gældende før udbudslovens ikrafttræden. Det skal dog bemærkes, at det ikke vil være indenfor alle brancher, at tilbudsgiverne kender priserne på markedet, hvorfor en på forhånd angivet hældningsgrad ikke vil have den samme informationsværdi indenfor alle brancher.

Desuden vil denne model sikre mod opportunistisk adfærd fra ordregivers side, idet ordregiver ikke kan justere hældningsgraden efter åbningen af tilbuddene. Tilbudsgiver vil i den sammenhæng kunne kontrollere, at ordregiver har gjort som angivet i udbudsmaterialet, da tilbudsgiverne blot skal konstatere om den oplyste hældningsgrad er anvendt eller hvorvidt de objektive konstaterbare grunde for, hvornår en eventuel sekundær model kan anvendes, har været til stede. Dette må ligeledes fjerne ordregivers incitament for at agere opportunistisk, hvilket må medføre færre klagesager. På trods af, at ordregiver anvender den i udbudsmaterialet angivne hældningsgrad, vil tilbudsgiver dog stadig kunne indgive en klage om, at hældningsgraden medfører, at de reelle prisforskelle ikke afspejles i pointtildelingen, jf. afsnit 2.2.2.3.1. På den baggrund må det generelt forventes der i hvert fald ikke indgives færre klager omkring tildelingen. Det vil dog være særlig omkostningstungt for den tilbudsgiver, som vælger at klage, idet omkostningerne i forbindelse med en klagesag er høje, særligt fordi der ofte benyttes advokatbistand.<sup>201</sup> Det kan dog betale sig, hvis der er klare indikationer på, at tildelingsbeslutningen ikke har været lovlig,<sup>202</sup> og hvis den pågældende tilbudsgiver ender med at få tildelt kontrakten.

Det må konkluderes, at tilbudsgivers ex ante transaktionsomkostninger vil falde i fase 2, hvis det lægges til grund, at tilbudsgiverne kender markedets priser, og at de indkomne priser vil afspejle markedet. Derimod vil tilbudsgivers ex post omkostninger generelt forblive uændret.

### 3.3 Klagenævnets tilgang til udbudslovens § 160

KfU kom frem til, at regionen i KFST-kendelsen ikke var forpligtet til at offentliggøre hældningsgraden på forhånd, og at det var tilstrækkeligt at angive rammerne for, hvordan fastsættelsen ville ske. Med udgangspunkt i, at der anvendes en sådan model vil transaktionsomkostningerne for ordregiver og tilbudsgiver analyseres.

#### 3.3.1 Påvirkning på ordregivers transaktionsomkostninger

Ordregiver vil med denne model alene skulle fastlægge rammerne for, hvordan fastsættelsen af hældningsgraden efterfølgende vil ske. Dette vil ikke kræve de samme ressourcer, som hvis den konkrete hældningsgrad skal fastsættes på forhånd, idet ordregiver ikke er nødsaget til at have et kendskab til markedets priser. En beskrivelse af en overordnet ramme vil således kunne udarbejdes uden en undersøgelse af markedet. På den baggrund vil transaktionsomkostningerne for ordregiver være langt mindre i fase 1 ved denne model i modsætning til lovgivers model ovenfor. Herefter vil transaktionsomkostningerne dog være højere, idet ordregiver efter at have modtaget tilbuddene skal fastsætte den konkrete hældningsgrad. Ved denne model kender ordregiver dog de indkomne tilbudspriser, når den konkrete hældningsgrad skal fastsættes, hvorfor der ikke skal bruges ressourcer på at udarbejde en model med en tilhørende sekundær og tertiær hældningsgrad. Det er derfor mindre omkostningstungt

---

<sup>201</sup> Udbudsrådets analyse, s. 68

<sup>202</sup> Ibid, s. 68

at fastsætte hædningsgraden i fase 2 i forhold til at fastsætte den på forhånd i fase 1, hvorfor ex ante transaktionsomkostningerne ved denne model ikke vil være lige så høje, som ved lovgivers model.

Derudover mindskes risikoen for at evalueringsmodellen efterfølgende vil blive tilsidesat af KfU, når der sammenlignes med lovgivers model, idet ordregiver i langt højere grad har mulighed for at fastsætte et spænd, som vil afspejle prisforskellene i de indkomne tilbudspriser, idet fastsættelsen sker efter der er opnået kendskab til priserne. Risikoen for at ordregiver må annullere udbuddet vil ligeledes ikke opstå i samme grad, idet ordregiver alene har bundet sig til at fastsætte spændet indenfor de i udbudsmaterialet angive rammer. Så længe der kan træffes en lovlige tildelingsbeslutning indenfor de anførte rammer, vil der ikke være grundlag for at annullere udbuddet. En sådan sanktion anvendes, hvis udbudsmaterialet er udformet på en måde, som binder ordregiver til at udføre evalueringsprocessen på en måde, der er i strid med de udbudsretlige principper. Dette vil være tilfældet, hvis ordregiver binder sig til at angive én bestemt hædningsgrad, som efterfølgende viser sig ikke at kunne afspejle prisforskellen i de indkomne tilbudspriser, jf. afsnit 3.2.1 ovenfor. Derfor vil en eventuel tilsidesættelse af ordregivers evaluering formentligt alene resultere i en annullation af tildelingsbeslutningen. Ordregiver vil således alene skulle foretage en ny evaluering af tilbuddene, hvilket ikke kræver lige så mange ressourcer, som et genudbud. Der er derfor væsentlig forskel på en annullation af tildelingsbeslutningen og en annullation af udbudsforretningen. En eventuel klagesag vil derfor ikke medføre en lige så omkostningstung sanktion, som hvis hædningsgraden var fastsat på forhånd, hvilket i forhold til lovgivers model, må medføre lavere transaktionsomkostninger ex post i forbindelse med omkostninger til klagesager.

### *3.3.2 Påvirkning på tilbudsgivers transaktionsomkostninger*

Denne model vil modsat lovgivers model medføre en risiko for opportunistisk adfærd fra ordregivers side, idet ordregiver indenfor de i udbudsmaterialet angive rammer kan foretage et skøn over, hvilken konkret hædningsgrad, der skal anvendes. Ordregiver skal dog sørge for, at evalueringsmodellen er saglig i den forstand, at hædningsgraden skal afspejle prisforskellen i de indkomne tilbud for at være i overensstemmelse med de udbudsretlige principper, jf. afsnit 1.4.1. Hvis hædningsgraden ikke er saglig vil KfU tilsidesætte evalueringsmodellen, hvis der indgives en klage.<sup>203</sup> Principperne forhindrer således ikke ordregivers opportunisme, idet der alene sker en prøvelse af modellens saglighed, hvis der klages. Risikoen for en klagesag må dog begrænse ordregivers incitament for at agere opportunistisk. På trods heraf, vil der højst sandsynligt ikke ske en nedgang i antallet af klager, idet der ikke er den samme gennemsigtighed, som ved lovgivers model. Tilbudsgiver vil derfor ikke fuldt ud kunne kontrollere om ordregiver har ageret opportunistisk i forbindelse med evalueringen, idet rammerne i udbudsmaterialet overlader ordregiver med et skøn ved fastlæggelsen af hædningsgraden. Det må derfor forventes, at § 160 ved denne model ikke ændrer på antallet af indgivne klager sammenlignet med før udbudsloven, idet tilbudsgiverne på grund af den begrænsede gennemsigtighed forventer, at ordregiver vil snyde. Tilbudsgivers transaktionsomkostninger vil således ikke påvirkes i fase 3, når der sammenlignes med den retstilstand, som var gældende før udbudslovens ikrafttræden, hvor ordregiver ikke var forpligtet til at offentliggøre evalueringsmetoden.

Derudover vil tilbudsgiver være stillet på samme måde, som før tilblivelsen af udbudslovens § 160 når det kommer til tilbudsgivers vurdering af, hvorvidt der skal bydes ind på den udbudte opgave. Tilbudsgiver vil ikke kunne tilrettelægge sit tilbud anderledes ved at være oplyst om rammerne for, hvordan hædningsgraden efterfølgende vil ske. Derfor vil transaktionsomkostningerne i fase 2 ikke blive påvirket af § 160, når der tages udgangspunkt i KfUs fortolkning af bestemmelsen.

---

<sup>203</sup> Transaktionsomkostningsteori, s. 26

## 4.0 Konklusion

Udbudslovens § 160, stk. 1, medfører en pligt for ordregiver til at offentliggøre sin evalueringsmetode i udbudsmaterialet. Evalueringsmetoden skal beskrives klart således, at ordregiver ikke får et ubetinget frit valg, og sådan at potentielle tilbudsgivere kan vurdere, hvorvidt de vil bruge ressourcer på at byde på den udbudte opgave. Metoden skal derudover beskrives således, at tilbudsgiverne kan optimere deres tilbud, og sådan at tilbudsgiverne efterfølgende kan kontrollere, at evalueringen er sket i overensstemmelse med den i udbudsmaterialet angivne evalueringsmetode. Ordregiver skal angive, hvordan bedømmelsen af de kvantitative- og de kvalitative kriterier sammenholdes. Dette kan gøres ved anvendelse af en evalueringsmodel med en tilhørende pointskala. Ordregiver skal i den forbindelse angive, hvilken type evalueringsmodel, der anvendes, navnlig en point-, pris- eller prosamodel. Derudover skal modellens konkrete formel angives, hvis der anvendes en sådan. For en lineær pointmodel med anvendelse af et prisspænd, der afhænger af de konkrete tilbudspriser, kan ordregiver nøjes med at angive "Laveste pris + X %". Dette er dog forudsat, at der samtidig angives en detaljeret beskrivelse af, hvordan hælningsgraden efterfølgende fastsættes, herunder hvordan der tages højde for eventuelle outliers. Dette vil i hvert fald gælde, hvis priskriteriet vægter forholdsvis lavt. Omvendt må ordregiver være forpligtet til at angive en mere konkret beskrivelse, hvis priskriteriet vægter højt. I henhold til prismodeller skal ordregiver angive den konkrete formel, der anvendes til at omregne point for kvalitet til det såkaldte pristillæg. Såfremt ordregiver i den sammenhæng anvender en formel, der indeholder et omregningsbeløb, som fastsættes af ordregiver, skal dette konkrete beløb ligeledes fastsættes i udbudsmaterialet. Ved anvendelse af sproglige evalueringsmodeller benyttes ingen formler eller beregninger, hvorfor ordregiver konkret skal beskrive, hvordan pris og kvalitet sammenholdes for at vurdere forholdet imellem kriterierne. I den forbindelse skal ordregiver beskrive, hvordan henholdsvis pris og kvalitet vil rangordnes. Ordregiver skal i forhold til de kvalitative kriterier beskrive, hvad der tillægges betydning ved evalueringen. Der kan ikke opstilles konkrete regler for, hvordan denne beskrivelse skal udformes, idet det afhænger af det konkrete udbud og de pågældende under- og eventuelle delkriterier. Der kræves desuden ikke en i alle henseender udførlig beskrivelse. Det skal dog være klart for potentielle tilbudsgivere, hvad der tillægges betydning således, at tilbudsgiverne kan indrette deres tilbud derefter. I den forbindelse må ordregiver skulle angive, hvad der vægter positivt eller negativt, hvis dette er muligt. Derudover skal ordregiver i henhold til både de kvantitative og kvalitative underkriterier angive, hvorvidt evalueringen foregår relativt eller efter en absolut skala, hvis ikke dette implicit fremgår af evalueringsmodellens eventuelle formel.

Der er endvidere mulighed for, at anvende en sekundær evalueringsmetode eller tilpasningsmulighed, hvis denne ligeledes beskrives i udbudsmaterialet. Derudover skal det fremgå i hvilke konkrete situationer, og hvilke objektivt konstaterbare forhold, som skal være til stede før en sådan model kan anvendes.

Transaktionsomkostningerne for ordregiver og tilbudsgiver vil i henhold til evalueringsprocessen ikke blive påvirket af udbudslovens § 160, hvis ordregiver i udbudsmaterialet alene oplyser om rammerne for, hvordan den efterfølgende fastsættelse af hælningsgraden vil foregå. Omkostningsmæssigt vil denne situation kunne ligestilles med den retstilstand, som var gældende før udbudslovens ikrafttræden, hvor der ikke var en pligt til at offentliggøre evalueringsmetoden. Derimod vil transaktionsomkostningerne påvirkes, hvis ordregiver skal angive en konkret hælningsgrad på forhånd. Ordregivers omkostninger vil stige i den forstand, at der skal bruges ekstra ressourcer på at fastlægge en hælningsgrad, der skal afspejle de reelle prisforskelle i de indkomne tilbudspriser, som på forhånd



er ukendte. En angivelse heraf vil endvidere ikke medføre mindre omkostninger til efterfølgende klagesager, hvorfor ordregivers transaktionsomkostninger generelt vil stige. Tilbudsgivers omkostninger vil påvirkes i nedadgående retning i forbindelse med vurderingen af om, der skal bydes på den udbudte opgave, og den efterfølgende tilrettelæggelse af tilbudsprisen. Dette bygger dog på en forudsætning om, at tilbudsgiverne kender markedets priser, og at de indkomne tilbudspriser vil afspejle markedets priser. Transaktionsomkostningerne for tilbudsgiver vil derfor forventes at falde.

## Litteraturliste

### Lovgivning

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004

Lovbekendtgørelse nr. 593, 2. juni 2016, om Klagenævnet for Udbud

Lovforslag nr. L 19, Forslag til udbudsloven

Lov nr. 1564 af 15. december 2015, Udbudsloven

### Domme fra EU-Domstolen

Dom af 14. juli 2016 i sag C-6/15, TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest

Dom af 16. april 2015 i sag C-278/14, SC Enterprise

Dom af dom af 29 marts 2012 i sag C-599/10, SAG ELV Slovensko

Dom af 18. november 2010 i sag C-226/09, Kommissionen mod Irland

Dom af 3. marts 2005 i sag C-21/03 og C-34/03, Fabrocom SA

Dom af 4. december 2003 i sag C-448/01, EVN AG

Dom af 18. oktober 2001 i sag C-19/00, SIAC Construction Ltd

Dom af 25. april 1996 i sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien

Dom af 22. juni 1993 i sag C-243/89, Danmark mod Kommissionen

Dom af 20. september 1988 i sag C-31/87, Gebroeders Beentjes BV mod Holland

### Kendelser fra Klagenævnet for Udbud

Kendelse af 18. april 2018, A/S Julius Nielsen & Søn mod Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse

Kendelse af 3. marts 2017, Mediq Danmark A/S mod Aalborg Kommune, Brønderslev Kommune og Læsø Kommune

Kendelse af 8. marts 2017, Stadsing A/S mod Roskilde Kommune

Kendelse af 23. marts 2017, Protector Forsikring Danmark mod Nyborg Kommune

Kendelse 7. april 2017, Siemens A/S mod Ringsted Kommune



Kendelse af 7. april 2017, Orkideen Hjemmepleje og Personlig Service ApS mod Horsens Kommune

Kendelse af 26. juni 2017, Eltel Networks A/S mod Region Syddanmark

Kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland

Kendelse af 7. november 2017, Vojens Taxi og Servicetrafik ApS mod Midttrafik, Sydtrafik og Fynbus

Kendelse af 23. november 2017, Zacco Denmark A/S mod Aarhus Universitet

Kendelse af 6. december 2017, Imatis A/S mod Region Hovedstaden

Kendelse af 26. april 2016, Bekey A/S mod Viborg Kommune

Kendelse af 14. oktober 2016, Axiell Danmark A/S mod Lyngby-Taarbæk Kommune

Kendelse af 22. november 2016, Abigo Medical AB mod Region Syddanmark, Region Nordjylland og Region Sjælland

Kendelse af 15. juni 2015, Grøn Sol A/S mod Aarhus Kommune

Kendelse af 1. april 2014, Damasec IAG JV mod Udenrigsministeriet

Kendelse af 15. marts 2013, COWI A/S mod SKI

Kendelse af 1. februar 2013, Abena A/S mod SKI

Kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A. mod Banedanmark

Kendelse af 9. januar 2012, RenoNorden A/S mod Skive Kommune

Kendelse af 7. juni 2012, Dubex A/S mod Danske spil A/S

Kendelse af 13. november 2012, Recall Danmark A/S mod Arbejdsmarkedets Tillægspension

Kendelse af 22. november 2012, Berendsen Textil Service A/S mod Herlev Kommune

Kendelse af 4. marts 2010, Dansk Flygtningehjælp mod Hvidovre Kommune

Kendelse af 10. marts 2010, Manova A/S mod Undervisningsministeriet

Kendelse af 12. februar 2007, Dansk Høreteknik A/S mod Københavns Kommune

### Bøger

Blume, Peter, *Retssystemet og juridisk metode*, 3. udgave, Jurist- og økonomforbundets forlag, 2016

D. Tvarnø, Christina; Nielsen, Ruth, *Retskilder og retsteorier*, 5. udgave, Jurist- og økonomforbundets forlag, 2017

E. Williamson, Oliver, *The Economic Institutions of Capitalism – Firms, Markets, Relational Contracting*, 1985, The Free Press

Fabricius, Jesper, *Offentlige indkøb i praksis*, 4. udgave, Karnov Group, 2017

Lippert-Rasmussen, Martin; Mols, Niels Peter, *Transaktionsomkostningsteori – en introduction til Williamson*, 1994, Forlaget CCP

Skovgaard Øllykke, Grith; Nielsen, Ruth, *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*, 2. udgave, Jurist- og økonomforbundets forlag, 2017

Stig Jakobsen, Peter; Troels Poulsen, Sune; Evers Kalsmose-Hielmborg, Simon, *EU udbudsretten*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016

Treumer (red.), Steen, *Udbudsloven*, 1. udgave, Ex Tuto Publishing, 2016 (Udbudsloven)

### Artikler

Tiedemann, Niels, U2012B.334: Om Klagenævnet for Udbuds prøvelse i RenoNorden-kendelsen, Ugeskrift for Retsvæsen, Karnov Group, 2012

### Vejledninger og andet

Brev af 15. marts 2016 fra Europa Kommissionen til Konkurrence- og forbrugerstyrelsen:

[https://bedreudbud.dk/files/media/documents/bilag\\_til\\_nyheder/16.03.10\\_answer\\_dk\\_evaluation\\_methods\\_1390971.pdf](https://bedreudbud.dk/files/media/documents/bilag_til_nyheder/16.03.10_answer_dk_evaluation_methods_1390971.pdf)

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Evalueringsmetoder praktisk vejledning til offentlige indkøbere*, juli 2016

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Evalueringsmetoder praktisk vejledning til offentlige indkøbere*, marts 2018

Rapport fra udvalg om dansk udbudslovning, december 2014 (Udbudslovsudvalget, 2014)

Rosenberg Hansen, Jesper; Helby Petersen, Ole; Ryom Villadsen, Anders; Houlberg, Kurt, *Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud – en survey undersøgelse på tværs af brancher*, august 2017, Roskilde Universitet

Udbudsrådet, *Analyse af transaktionsomkostninger ved udbud*, december 2011 (Udbudsrådets analyse)

### Internetkilder

KFSTs notat for baggrunden for klagens indgivelse: <https://www.kfst.dk/media/46844/notat-vedroerende-kendelse.pdf> (besøgt d. 6/4-18)

<http://publicure.dk/da/articles/201708/beskrivelse-af-evalueringsmetoder> (besøgt den 15. maj 2018)

<http://www.trafikdage.dk/td/papers/papers96/godstran/chris/chris.pdf> (besøgt den 21. maj 2018)

## Bilag 1

Eksempel som illustrerer, hvordan en justering af en hældningsgrad kan give to forskellige resultater for samme udbud og vægtninger:

Boks 3.2  
**Eksempel på forskellige  
virkninger af forskellige  
pointmodeller**

En ordregiver modtager i et udbud to tilbud:

- » Tilbud A har en pris på 2 mio. kr. og opnår 4 point i kvalitetsvurderingen.
- » Tilbud B har en pris på 2,5 mio. kr. og opnår 8 point i kvalitetsvurderingen.

Hvis ordregiveren anvender en lineær pointmodel,

- » hvor laveste pris gives 8 point og *laveste pris plus 50 pct. gives 0 point*
  - » hvor point for pris ganges med 60 pct. og point for kvalitet med 40 pct.
- giver det følgende resultat:

	Point for pris	Point for kvalitet	Prispoint 60 pct.	Kvalitetspoint 40 pct.	Point i alt
Tilbud A	8	4	4,8	1,6	6,4
Tilbud B	4	8	2,4	3,2	5,6

Hvis ordregiveren i stedet anvender en lineær pointmodel,

- » hvor laveste pris gives 8 point og *laveste pris plus 100 pct. gives 0 point*
  - » hvor point for pris ganges med 60 pct. og point for kvalitet med 40 pct.
- giver det følgende resultat:

	Point for pris	Point for kvalitet	Prispoint 60 pct.	Kvalitetspoint 40 pct.	Point i alt
Tilbud A	8	4	4,8	1,6	6,4
Tilbud B	6	8	3,6	3,2	6,8

Resultatet er forskellige vindere i de to eksempler, selv om den eneste forskel er spændet/gearingen i pointmodellerne.

*Illustration udarbejdet af KFST og fremgår i vejledningen fra 2016: "Evalueringmetoder, Praktisk vejledning til offentlige indkøbere"<sup>204</sup>*

<sup>204</sup> KFSTs vejledning, 2016, s. 23

## Bilag 2

Den konkrete pointtildeling for delaftale 1:

### "Delaftale 1

Tilbudsgiver	Pris	Pris (laveste pris + 75 %) 35 %	Funktionalitet og kvalitet 40 %	Service 15 %	Ergonomi og hygiejne 10 %	Total
<b>Dräger Medical Danmark A/S</b>	3.955.053	7,82	5,98	7,28	6,58	6,88
<b>Maquet Danmark A/S</b>	4.859.548	5,34	7,08	7,08	6,91	6,46
<b>Simonsen &amp; Weel A/S</b>	3.890.525	8,00	5,79	4,6	5,74	6,38
<b>GE Healthcare Danmark A/S</b>	5.386.435	3,90	7,02	6	6	5,67

*Illustration som anført i KFST-kendelsens sagsfremstilling<sup>205</sup>*

Den konkrete pointtildeling for delaftale 2:

### Delaftale 2

Tilbudsgiver	Pris	Pris (laveste pris + 150 %) 35 %	Funktionalitet og kvalitet 40 %	Service 15 %	Ergonomi og hygiejne 10 %	Total
<b>GE Healthcare Danmark A/S</b>	3.877.300	2,76	6,84	7,1	7	5,47
<b>Simonsen &amp; Weel A/S</b>	1.955.250	8,00	6,92	5	6	6,92
<b>ViCare Medical A/S</b>	4.013.000	2,39	7,35	7,45	7	5,59
<b>Dräger Medical Danmark A/S</b>	4.759.016	0,35	6,38	7,45	7	4,49
<b>Medidyne A/S</b>	4.310.755	1,57	6,05	5,60	6,00	4,41

*Illustration som anført i KFST-kendelsens sagsfremstilling<sup>206</sup>*

<sup>205</sup> Kendelse af 8. august 2017, KFST, s. 4

<sup>206</sup> Kendelse af 8. august 2017, KFST, s. 5