

Klagenævnet for Udbud: Dele af evalueringsmetoden skal ikke offentliggøres

Klagenævnet for Udbud har i kendelse af 8. august 2017 konstateret, at udbudslovens § 160, stk. 1, ikke indeholder en pligt til forudgående offentliggørelse af hældningsgraden i den evalueringsmetode, som Region Midtjylland anvendte.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i henhold til § 6, stk. 1, nr. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud mulighed for at indgive klager over udbud til Klagenævnet for Udbud. Denne adgang anvendes sjældent, men den 15. december 2016 indgav Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen klage til Klagenævnet for Udbud over Region Midtjyllands udbud af 2 delaftaler om anæstesiapparater og anæstesimonitorer. Det er femte gang, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har indgivet klage til Klagenævnet for Udbud.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ville have Klagenævnet for Udbud til at tage stilling til, om det er i overensstemmelse med § 160, stk. 1, at offentliggøre en evalueringsmetode, hvor hældningsgraden ikke fremgår, idet denne først fastsættes senere. Hældningsgraden er bestemt af de to ydre punkter, som er fastsat i evalueringsmetoden. Eksempelvis kan det fastlægges at laveste pris får 8 point, mens en pris der er 50 % højere får tildelt 0 point. Efterfølgende gives tilbuddene point relativt i forhold til den fastlagte hældningsgrad. Såfremt det i evalueringsmetoden var fastsat, at en pris der er 75 % højere end den laveste pris får 0 point, ville hældningsgraden være en anden. Det var Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at intentionen med § 160, stk. 1, var at sikre, at der ikke ville være en risiko for favorisering vedrørende det økonomiske underkriterium. Denne risiko for favorisering kan opstå, når hældningsgraden kan fastsættes efter åbningen af tilbud. En offentliggørelse af hældningsgraden vil låse ordregiveren til en på forhånd fastsat fremgangsmåde og dermed sikre, at der ikke vil være en risiko for favorisering.

Region Midtjylland havde i sit udbudsmateriale anført, at underkriteriet "den samlede økonomiske konsekvens/økonomi" blev vægtet med 35 % vedrørende begge delaftaler. Derudover fremgik følgende af udbudsmaterialet:

"Underkriteriet "Den samlede økonomiske konsekvens/økonomi" evalueres efter en pointmodel på en skala fra 0-8. Ved denne evaluering benyttes en lineær nulpunktmodel, 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."

Hældningsgraden fremgik ikke af beskrivelsen. Region Midtjylland havde angivet, at der ville blive givet 0 point til tilbud med priser, der var "xx %" over prisen for tilbuddet med den laveste pris.

Vedrørende fastlæggelsen af hældningsgraden, havde Region Midtjylland anført følgende:

"Ved fastlæggelsen af procentsatsen, som benyttes til at beregne nulpunktet, vil der blive taget højde for det forud for tilbudsfristen forventede prisniveau samt spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser, således at modellen sikrer, at de enkelte underkriterier i praksis får den vægtning, som er angivet ovenfor."

Region Midtjylland modtog fire tilbud på delaftale 1, og fastsatte "xx" til 75 %, hvilket svarede til den procentsats, som Region Midtjylland havde estimeret. På delaftale 2 modtog Region Midtjylland 3 tilbud, og "xx" blev fastsat til 150 %, idet prisspredningen var på næsten 150 %. Region Midtjylland havde estimeret prisspændet til 50 %.

Såfremt Region Midtjylland på delaftale 1 havde fastsat "xx" til en procentsats lavere end 69,39 %, ville det have resulteret i, at en anden tilbudsgiver var blevet tildelt rammeaftalen. Som tidligere nævnt var det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at intentionen bag § 160, stk. 1, var at sikre, at der ikke kunne være en risiko for favorisering vedrørende det økonomiske underkriterium. En efterfølgende fastsættelse af "xx" kan betyde, at selv mindre justeringer kan resultere i andre vindere.

Klagesagen

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen nedlagde påstand om, at det var i strid med § 160, stk. 1, ikke i udbudsmaterialet at angive hældningsgraden på den lineære pointmodel. Subsidiært nedlagde Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen påstand om, at der ikke i tilstrækkelig grad i udbudsmaterialet var oplyst, hvorledes evalueringen af tilbuddene ville ske for det økonomiske underkriterium.

Til støtte for påstanden om, at § 160, stk. 1, medfører en pligt til at oplyse hældningsgraden i den konkrete evalueringsmetode, gjorde Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen blandt andet følgende gældende:

- Det fremgår af ordlyden af § 160, stk. 1, at evalueringsmetoden skal offentliggøres. Ved evalueringsmetoden forstås den "systematik", som ordregiveren benytter i evalueringen af tilbuddene med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. En central del af systematikken i den evalueringsmetode, som Region Midtjylland havde valgt, er hældningsgraden.
- Som det fremgår af de specielle bemærkninger til § 160, stk. 1, var et af formålene med § 160, stk. 1, at ordregiveren ikke må opnå et ubetinget frit valg, hvilket kan medføre en risiko for favorisering. Fastsættelsen af hældningsgraden kan være afgørende for pointtildelingen under det økonomiske underkriterium og dermed også for den samlede pointscore. Dermed kan ordregivers fastsættelse af hældningsgraden efter åbning af tilbuddene medføre en risiko for favorisering.
- Som det fremgår af de specielle bemærkninger til § 160, stk. 1, var et andet af formålene med § 160, stk. 1, at øge gennemsigtigheden, således virksomhederne opnår et bedre grundlag for at vurdere, om de overhovedet ønsker at deltage i et udbud, en mulighed for at optimere deres tilbud samt en mulighed for at efterse, at den faktiske tilbudsevaluering harmonerer med ordregivers oplyste evalueringsmetode. Hvis virksomhederne ikke opnår indsigt i hældningsgraden, opnår virksomhederne ikke den gennemsigtighed som var tilsigtet, og kontrolbeføjelsen sættes i vidt omfang ud af kraft.
- Formålet med og hensigten bag sekundære evalueringsmetoder må ses som en konsekvens af pligten til at beskrive den fulde evalueringsmetode herunder hældningsgraden i udbudsmaterialet.

Region Midtjylland nedlagde påstand om, at klagen ikke skulle tages til følge, og gjorde i den forbindelse blandt andet følgende gældende:

- Der kan hverken af ordlyden af § 160, stk. 1, af lovbemærkningerne hertil eller af andre bestemmelser i udbudsloven udledes en pligt til at foretage en udtømmende beskrivelse af den valgte evalueringsmetode, herunder den konkrete hældningsgrad.
- Det har ikke været formålet med § 160, stk. 1, at indføre skærpede forpligtelser i forhold til de krav, der følger af udbudsdirektivet, og derfor skal "beskrivelseskravet" i § 160, stk. 1, fortolkes indskrænkende.

- Kravet om at ordregiver ikke må have et ubetinget frit valg ved evalueringen, indebærer ikke et krav om, at ordregiver i sit udbudsmateriale skal foretage en i alle henseender udførlig og udtømmende beskrivelse af den anvendte evalueringsmetode.
- Ordregiveren har aldrig et ubetinget frit valg som følge af gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 og ordregivers forpligtelse til ikke at ændre de offentliggjorte tildelingskriterier eller den relative vægtning ved tilbudsvurderingen. Det forhold, at vinderen af udbuddet ville have været en anden, såfremt ordregiveren havde anvendt en anden hædningsgrad, er ikke udtryk for, at ordregiveren har haft et ubetinget frit valg ved evalueringen.

Klagenævnet for Udbud

Klagenævnet for Udbud konstaterer indledningsvis i deres kendelse, at § 160 er ren dansk regel, og at forudsætningen i udbudsloven, hvorefter udbudsdirektivet indeholder et krav om offentliggørelse af hædningsgraden, er afkræftet med EU-Domstolen dom i sag C-6/15, TNS Dimarso NV. Som følge heraf konstaterer Klagenævnet for Udbud, at bestemmelsen ikke skal fortolkes videre end dens ordlyd og bemærkningerne giver sikker dækning for.

Klagenævnet for Udbud konstaterer dernæst, at den evalueringsmetode, som Region Midtjylland har fastsat og beskrevet, ikke efterlader Region Midtjylland med et ubetinget frit valg ved evalueringen. Det skyldes ifølge Klagenævnet for Udbud følgende: *”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 forhold til det ovennævnte anbringende, hvorefter § 160, stk. 1, også havde til formål at sikre, at tilbudsgiverne fik et bedre grundlag for at udarbejde deres tilbud, konstaterer Klagenævnet for Udbud følgende: *”Det er imidlertid ikke oplagt, hvorledes en oplyst hædningsgrad (eventuelt oplyst som en sekundær eller tertiær hædningsgrad) i en lineær evalueringsmodel i sig selv skulle give potentielle tilbudsgivere med kendskab til markedet et bedre grundlag for at vurdere, om man ville afgive tilbud, eller for at optimere et sådant tilbud, end den beskrivelse af evalueringsmetoden, som regionen har oplyst, og hvor prisen vægtede 35 %. Ved økonomiske underkriterier må udgangspunktet for enhver tilbudsgiver i øvrigt utvivlsomt være, at det er afgørende ikke at afgive for dyrt et tilbud.”*

På baggrund heraf konstaterer Klagenævnet for Udbud, at der ikke i § 160, stk. 1 er en pligt til at oplyse hædningsgraden i en evalueringsmetode, som den Region Midtjylland anvendte i det konkrete udbud.

I forhold til den subsidiære påstand konstaterer Klagenævnet for Udbud, at der ikke var grundlag for at fastslå, at Region Midtjylland ikke i tilstrækkelig grad havde oplyst, hvorledes evalueringen af tilbuddene ville ske.

Kommentarer til kendelsen

Klagenævnet for Udbud konstaterer med kendelsen, at ordlyden af § 160, stk. 1, sammenholdt med lovbemærkningerne ikke pålægger ordregiverne en pligt til at oplyse hædningsgraden i forbindelse med en evalueringsmetode, som den Region Midtjylland anvendte. Denne kendelse er principiel og vil derfor ikke alene være relevant for den specifikke evalueringsmetode, som Region Midtjylland valgte.

Det har været centralt for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at det bliver klart, hvor langt ordregivernes forpligtelse efter § 160, stk. 1 rækker. Det er en af årsagerne til, at det har været vigtigt for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at medvirke til at skabe klarhed over rækkevidden af forpligtelsen i § 160, stk. 1.

Klagenævnet for Udbud har nu skabt klarhed ved at konstatere, at § 160, stk. 1, ikke medfører en pligt til forudgående offentliggørelse af hældningsgraden ved den evaluering metode, som Region Midtjylland anvendte. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen havde indtil nu fortolket § 160, stk. 1, anderledes, men kendelsen tages til efterretning, hvilket konkret betyder, at vejledning om evaluering metoder snarest ændres i overensstemmelse med kendelsen.