



ORDREGIVERS EVALUERING AF TILBUD PÅ OFFENTLIGE KONTRAKTER

Maria Caroline Bach Kjær

Aalborg Universitet

Vejleder: Carsten Munk-Hansen



Indholdsfortegnelse

ABSTRACT	2
KAPITEL 1 - OM SPECIALET	3
1. INDLEDNING.....	3
2. EMNE	3
3. AFGRÆNSNING.....	4
4. METODE (OG RETSKILDEMATERIALE)	5
4.1. Udbudsdirektivet.....	5
4.2. Udbudsloven	6
4.3. EU-domstolens praksis	6
4.4. Administrativ praksis fra Klagenævnet for Udbud.....	6
4.5. Bekendtgørelser, Cirkulærer & Vejledninger.....	6
KAPITEL 2 – DE GRUNDLÆGGENDE PRINCIPPER OG VALG AF UDBUDSPROCEDURE	7
1. DE GRUNDLÆGGENDE EU-UDBUDSRETLIGE PRINCIPPER.....	7
1.1. Ligebehandlingsprincippet i udbudsretlig henseende	8
1.2. Gennemsigtskravet.....	8
1.3. Proportionalitet igennem udbudsprocessen	9
2. VALGET AF UDBUDSPROCEDURE.....	9
2.1. Offentligt udbud	11
2.2. Begrænset udbud.....	13
2.3. Udbud med forhandling.....	14
2.4. Konkurrencepræget dialog	15
3. DELKONKLUSION.....	16
KAPITEL 3 – KRAV TIL UDBUDSMATERIALET	17
1. UDBUDSMATERIALET.....	17
1.1. Udbudsbekendtgørelsen.....	17
1.2. Udbudsbetingelser	21
1.3. Kravsspecifikation.....	28
1.4. Kontraktbetingelser.....	31
1.5. ESPD-dokument.....	32
2. DELKONKLUSION	33
KAPITEL 4 – TILBUDSEVALUERINGEN	35
1. BETYDNINGEN AF DETALJERINGSGRADEN VED OFFENTLIGGØRELSEN AF EN EVALUERINGSMODEL	35
2. DEN TILSTRÆKKELIGE BESKRIVELSE AF EVALUERINGSMETODEN I UDBUDSMATERIALET	36
3. LOVÆNDRING SOM FØLGE AF PRAKSIS.....	38
3.1. Lovændringens betydning for ordregivers tilbudsevaluering i fremtiden	41
4. DELKONKLUSION	43
KAPITEL 5 – KONKLUSION.....	44
LITTERATURLISTE	45
BØGER:	45
DOMME FRA EU-DOMSTOLEN:	45
KENDELSER FRA KLAGENÆVNET FOR UDBUD:	45
VEJLEDNINGER OG ANDET:	46
HJEMMESIDER:	46

Abstract

Public contracts to a greater extent (over an estimated amount stated in section 6 of the Danish Public Procurement Act, so called *threshold values*) are governed by the Danish Public Procurement Act. The purpose of the law is to secure a healthy economy for the public and to avoid unfair competition on the European market by ensuring that all parts of a public procurement process are in compliance with the current legal provisions. Section 160 of the Public Procurement Act requires the contracting authority to describe the evaluation method in detail and promulgate it in the tender documents. The provision aims to create greater transparency in the terms of the contract and to give the tenderers equal terms. This master thesis examines the legal regulation of public procurement with focus on the contracting authority's evaluation of tenders. The thesis is elucidating the contracting authority's obligation set forth in section 160 of the Public Procurement Act with the purpose of analyzing the reach of the provision. Furthermore, the thesis is elucidating the legislator's intent concerning the amendment of section 160 in the Public Procurement Act, which is due to come into effect on the 1 July this year. The thesis' examination includes analyses of relevant case law from the Danish Complaints Board for Public Procurement.

The contracting authority can choose between different evaluation models. The 3 most popular evaluation models are a point model, price model and a linguistic model. The price model requires that the contracting authority indicates the precise mathematical formula for the tender evaluation in the tender material, where the given points for the tenders' quality and price in Danish currency is stated. The linguistic model does not require a mathematical formula or calculation. Instead the contracting authority must verbally indicate how the criteria for price and quality is going to be ranked. The point model is often seen as a linear point model, and the contracting authority has to use a mathematical formula to find the economical most beneficial tender. There is one unknown factor "x" in the mathematical formula which defines the slope of the linear point model, and this factor "x" is an expression of the percentage difference between the lowest tender and the rest of the tenders.

A decision made by the Danish Complaints Board for Public Procurement on the 8 August 2017, The Danish Competition and Consumer Agency against Region Midtjylland, was creating precedent for the future evaluation on public tenders and was the inspiration to make the prospective amendment of section 160 of the Public Procurement Act. The Danish Complaints Board for Public Procurement found that the provision in section 160 did not obligate the contracting authority to indicate the actual slope of the linear point model, also defined as "x" in the mathematical formula used to find the economically most beneficial tender. With the result of this case the Danish Complaints Board for Public Procurement established that it is sufficient that the contracting authority just describes the framework for the allocation of the contract in the tender material. It just has to be done in a sufficiently clear and accurate way, to secure that the contracting authority does not get a free choice between the tenders. The contracting authority can choose to use a secondary evaluation model, if it has been sufficiently clear in the tender material. This requires that the situations where the secondary evaluation model can be relevant are mentioned, and the unbiased demonstrable circumstances which has to apply before the secondary evaluation model can be used by the contracting authority under the evaluation of tenders, are described in the tender material.

Kapitel 1 - Om specialet

1. Indledning

Konkurrencen på det indre marked inden for den europæiske unions område er reguleret af en lang række EU-konkurrenceregler samt på nationalt niveau af navnlig den danske konkurrencelov. Formålet med disse regelsæt er overordnet at sikre en beskyttelse af konkurrenceprocessen og sikre et frit og åbent marked uden konkurrence forbrejning.

Offentlige indkøb er i et vidt omfang reguleret i udbudsdirektivet, der er implementeret i dansk ret ved udbudsloven.¹ Denne regulering tjener til at sikre en effektiv konkurrence og en sund økonomi for det offentlige.

Offentlige anskaffelser der vedrører aktiviteter inden for energi, vand, transport eller post, er dog omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Forsyningsvirksomhedsdirektivets formål er overordnet det samme som udbudsdirektivets. Forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder dog visse særregler, der bl.a. giver ordregiverne og tilbudsgiverne mulighed for en større grad af fleksibilitet frem til kontraktindgåelsen. Ordregivende myndigheder har også mulighed for at indgå koncessionskontrakter, således den vindende tilbudsgiver efterfølgende opnår retten til at varetage den udbudte aktivitet. Indgåelsen af koncessionskontrakter er omfattet af koncessionsdirektivet. Formålet med direktiverne på udbudsrettens område er bl.a. at skabe øget gennemsigtighed i udbudsproceduren samt at skabe et reelt marked for offentlige kontrakter i EU, og dermed øge konkurrencen.

For at sikre en lige og reel konkurrence, skal de modtagne tilbud i en udbudsproces evalueres ud fra enslydende kriterier. Derfor følger det af udbudsloven, at ordregiver skal evaluere alle indkomne tilbud på baggrund af de i udbudsloven fastsatte kriterier for tildeling af offentlige kontrakter. I henhold til udbudsloven skal ordregiver i alle situationer tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der på baggrund af tildelingskriterierne og evt. valgte underkriterier har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

2. Emne

Dette kandidatspeciale er en undersøgelse af den retlige regulering af ordregivers evaluering af tilbud på offentlige kontrakter, herunder undersøges særligt anvendelsen af evalueringsmodeller.

Ved ”ordregiver” forstås i dette speciale statslige, regionale og kommunale myndigheder, offentligretlige organer samt sammenslutninger af disse, jf. udbudslovens § 24, nr. 28.

Ved ”offentlige kontrakter” forstås i dette speciale gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivere, om udførelsen af bygge- og anlægsarbejder, levering af varer eller levering af tjenesteydelser, jf. udbudslovens § 24, nr. 24.

¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF og lov nr. 1564 af 15. december 2015, udbudsloven.

Ved ”*evalueringsmodeller*” forstås i dette speciale de modeller og værktøjer som ordregiver kan anvende i forbindelse med evalueringen af et tilbud, når tildelingskriteriet er bedste forhold mellem pris og kvalitet. Modellerne anvendes til at finde det bedste tilbud, ud fra de givne underkriterier.²

Ved ”*tildelingskriterier*” forstås i dette speciale de kriterier som ordregiver, skal anvende for at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Ordregiver skal vurdere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af et af de nævnte tildelingskriterier i udbudslovens § 162, stk. 1. Ordregiver kan anvende et af de i udbudslovens § 162, stk. 1, nr. 1-3 nævnte tildelingskriterier: *pris, omkostninger eller bedste forhold mellem pris og kvalitet*.

Ved ”*underkriterier*” forstås i dette speciale de kriterier som ordregiver vurderer et tilbud på grundlag af, når tildelingskriteriet *bedste forhold mellem pris og kvalitet* er valgt, jf. udbudslovens § 162, stk. 3, 1. pkt.

3. Afgrænsning

Specialet har til formål at undersøge de udbudsretlige reglers betydning for ordregivers evaluering af tilbud på offentlige kontrakter som vedrører varer- og tjenesteydelser. Specialet fokuserer særligt på ordregivers anvendelse af evalueringsmodeller, i forbindelse med vurderingen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Udbudsretten har rødder i EU-retten, hvorfor de relevante EU-retlige retskilder vil blive inddraget i dette speciale. Eftersom den danske udbudslov, med den seneste lovændring af 1. januar 2016, implementer Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (herefter benævnt udbudsdirektivet) fuldt ud, vil udbudsdirektivet ikke blive behandlet selvstændigt i dette speciale. Udbudsdirektivet og hensynene bag, herunder præambelen til udbudsdirektivet, vil dog blive anvendt som fortolkningsbidrag til udbudsloven. Udbudsdirektivets formål er at skabe et indre marked for offentlige kontrakter i EU, og et marked, hvor konkurrencen er effektiv. Den effektive konkurrence inden for det indre marked i EU er reguleret af konkurrenceretten. EU’s konkurrenceregler antages normalt for at være de fællesskabsregler, der tilsigter at modvirke konkurrencebegrænsninger.³ Specialet gennemgår ikke EU-konkurrencerettens regler og betydning for udbudsretten. Specialet inddrager desuden ikke offentlige kontrakter, der er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, forsvars- og sikkerheds- direktivet og koncessionsdirektivet. Regelsættet for offentlige kontrakter omfattet af disse direktiver, vil kun blive inddraget i specialet, såfremt det er relevant for undersøgelsen, og tillige relevant for at kunne fastsætte gældende ret, i henhold til udbudslovens regler. Hvad angår koncessionsdirektivet som regulerer koncessionskontrakter, er specialet afgrænset fra disse, da specialet alene vil fokusere på almindelige varer- og tjenesteydelseskontrakter, hvor ordregiver ikke overlader brugsretten af varen- eller tjenesteydelsen til den leverandør som har leveret denne. Specialet gennemgår ikke udbud af offentlige kontrakter omfattet af tilbudslovens regler, men fokuserer alene på udbud omfattet af udbudsloven. Herunder er specialet afgrænset fra offentlige kontrakter, der vedrører bygge- og anlægsarbejder, da sådanne kontrakter er omfattet af tilbudsloven. Yderligere vil tilbud på offentlige kontrakter, som falder under de gældende tærskelværdier for varer og tjenesteydelser, jf. udbudslovens § 6, ikke blive behandlet i dette speciale.⁴ Det samme gælder for

² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning: *Evalueringsmetoder - Praktisk vejledning til offentlige indkøbere*, fra marts 2018, s. 7.

³ Heide-Jørgensen, Caroline, *Lærebog i Konkurrence- og Markedsføringsret*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. oplag, 2017, s. 31.

⁴ De gældende tærskelværdier er som følger, jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside: <https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/taerskelvaerdier-2018-og-2019/>. For offentlige bygge- og anlægskontrakter skal den anslåede værdi af kontrakten være over 41.305.415 kr. eksklusive moms. For offentlige vareindkøbskontrakter og

de offentlige kontrakter, som er undtaget fra udbudsloven efter de nævnte undtagelser i udbudslovens §§ 12-16.

Klagenævnet for Udbud er en uafhængig administrativ klageinstans, som i Danmark udgør den primære retshåndhævende instans på udbudsrettens område. Klagenævnets kendelser har derfor en betydelig og vigtig værdi som retskilde på området. Langt de fleste sager på udbudsrettens område bliver afgjort af Klagenævnet for Udbud. Som følge af nævnets særlige status betyder det, at retspraksis fra de danske domstole er sparsom inden for specialets område. Derfor anvendes kun retspraksis fra EU-domstolen samt administrativ praksis fra Klagenævnet for Udbud, til at belyse og undersøge retstilstanden, inden for specialets emne.

4. Metode (og retskildemateriale)

Formålet med dette speciale er at beskrive retstilstanden i forbindelse med ordregivers tilbuds-evaluering af tilbud på offentlige kontrakter, og derfor anvendes retsdogmatisk metode. Denne metode anvendes til at analysere og beskrive gældende ret inden for specialets afgrænsning.

Kildematerialet vil omfatte nedenstående:

4.1. Udbudsdirektivet

Udbudsdirektivet af 2014 har baggrund i EU's 2020-strategi, som Kommissionen har givet titlen Europa 2020, en strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst. EU's 2020-strategi går hånd i hånd med EU's bestræbelser på at skabe et indre marked, med fri bevægelighed for bl.a. varer- og tjenesteydelser samt en effektiv og fri konkurrence. Kommissionen fandt, at det var nødvendigt at ændre de daværende udbudsdirektiver, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt post- tjenester og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægs-kontrakter. På baggrund af Kommissionens holdning til nødvendigheden af en revurdering og modernisering af direktiverne, blev udbudsdirektivet af 2014 vedtaget for at kunne opfylde EU's 2020-strategi.

Hovedformålet med udbudsdirektivet af 2014 er at skabe et indre marked for offentlige kontrakter. Herunder at fremme små og mellemstore virksomheders deltagelse i offentlige udbud, samt at effektivisere anvendelsen af de offentlige midler, og gøre det muligt for offentlige indkøbere at udnytte offentlige udbud bedre til gavn for samfundet som helhed. Kommissionen var yderligere af den holdning, at der var behov for en præcisering af de grundlæggende udbudsretlige begreber, for fortsat at kunne sikre retssikkerheden og implementering af visse dele af EU-domstolens faste retspraksis i den gældende lovgivning.⁵

EU-udbudsdirektivet danner som den sekundære EU-retskilde rammerne for den udbudsretlige regulering inden for EU. Udbudsdirektivet forpligter ordregivere i EU-medlemslandene til at overholde direktivets bestemmelser, og forpligter hvert enkelt medlemsland til, at gennemføre direktivets bestemmelser på nationalt plan, jf. TEUF, artikel 288.⁶ I tilfælde af tvivl mellem

tjenesteydelseskontrakter med en statslig ordregiver skal den anslåede værdi af kontrakten være over 1.072.094 kr. eksklusiv moms og for regionale/kommunale myndigheder og offentlige organer mv. skal kontrakten have en værdi over 1.645.367 kr. eksklusiv moms.

⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, præambel, 2. betragtning.

⁶ Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde.

udbudsreglerne på nationalt plan og udbudsdirektivet, vil direktivet altid have forrang som følge af EU-rettens fortolkningsprincip om EU-rettens forrang. Fortolkningsprincippet er ikke reguleret af EU's traktatgrundlag, men er fastslået af EU-domstolen som følge af domstolens retspraksis. Det skal bemærkes, at ved anvendelsen af EU-retlige kilder i specialet anvendes den danske oversættelse af disse.

4.2. Udbudsloven

Som den primære retskilde i dette speciale anvendes udbudsloven.⁷ Den danske udbudslov er implementeret på baggrund af udbudsdirektivet, og dermed gennemfører loven en stor del af udbudsdirektivets bestemmelser i dansk ret. Udbudsloven og udbudsdirektivet udgør tilsammen de vigtigste retskilder inden for udbudsretten og kaldes i dette speciale tilsammen for udbudsreglerne. Man kan sige, at udbudsreglernes bestemmelser, danner rammerne for offentlige indkøb.

Forarbejderne til udbudsloven anvendes samtidigt som fortolkningsbidrag til udbudslovens bestemmelser, særligt i forbindelse med en subjektiv formålsfortolkning af udbudslovens regler. Grundet udbudsdirektivets detaljeringsgrad anvendes dette og præambelen til dette, som et yderligere fortolkningsbidrag til udbudsloven. Den gældende udbudslov som er vedtaget den 15. december 2015 og gældende fra den 1. januar 2016, indeholder bestemmelser der gennemfører udbudsdirektivet i dansk ret.

4.3. EU-domstolens praksis

EU-domstolens praksis kaldes også for *case law*, og er en vigtig retskilde, som kan udløse retsvirkninger for EU-medlemslandene og dets borgere. Afgørelserne fra EU-domstolen er på samme retskildemæssige niveau som direktiver, og er således en sekundær retskilde på lige fod med udbudsdirektivet. Der er dog få domme fra EU-domstolen inden for lige præcis specialets emne, trods Klagenævnet for Udbud kan forelægge præjudicielle spørgsmål for EU-domstolen, som følge af nævnets særlige status som en *ret/domstol*, jf. EUF-traktatens artikel 267.

4.4. Administrativ praksis fra Klagenævnet for Udbud

Den administrative praksis fra Klagenævnet for Udbud er et udtryk for retstilstanden på et givent område, hvorfor kendelserne giver ordregivere og tilbudsgivere mulighed for at indrette sig i overensstemmelse med gældende ret under et offentligt udbud. Det er vigtigt at have for øje, at nævnets kendelser ikke forpligter nævnet til at fremkomme med samme resultat, men kendelserne vil dog ofte alligevel have afgørende betydning i nævnets hensynsafvejning.⁸

4.5. Bekendtgørelser, Cirkulærer & Vejledninger

I specialet anvendes der supplerende materiale i form af forskellige vejledninger fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Vejledningerne anses ikke for at have nogen retskildemæssig værdi, men er udelukkende til, for at skabe klarhed omkring udbudsreglernes anvendelse for både ordregivere og tilbudsgivere.⁹ Vejledningerne fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anvendes i specialet alene med det ene formål at skabe et større overblik over de udbudsretlige regler. Der anvendes bl.a. vejledningen fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fra januar 2016, *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*.¹⁰

⁷ Lov nr. 1564 af 15. december 2015, Udbudsloven.

⁸ Munk-Hansen, Carsten, retsvidenskabsteori, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. oplag, 2014, s. 340.

⁹ Munk-Hansen, Carsten, retsvidenskabsteori, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. oplag, 2014, s. 339.

¹⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside: <https://www.kfst.dk/vejledninger/kfst/dansk/2016/20160129-udbudsloven-vejledning-om-udbudsreglerne/>.

Kapitel 2 – De grundlæggende principper og valg af udbudsprocedure

I kapitel 2 beskrives de grundlæggende EU-retlige principper inden for udbudsretten. Kapitlet vil desuden gennemgå ordregivers muligheder for valg af udbudsprocedure, som skal vælges, inden udbudsmaterialet kan udformes, og de indkomne tilbud kan evalueres.

1. De grundlæggende EU-udbudsretlige principper

Ved fortolkningen og udfyldning af udbudslovens regler og udbudsdirektivets bestemmelser skal der inddrages en række retlige principper. Det har EU-Domstolen slået fast i flere domme. I dom af 18. juni 2002 i sag C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mod Stadt Wien, blev der rejst et præjudicielt spørgsmål til direktiv 92/50, som affattet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 om ændring af direktiv 92/50/EØF, 93/36/EØF og 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af henholdsvis offentlige tjenesteydelsesaftaler, aftaler om offentlige indkøb og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Det præjudicielle spørgsmål gik på hvorvidt ovenstående direktiv indeholdt bestemmelser, som var til hinder for at begrænse en prøvelse til, om tilbagekaldelse af et udbud var sket vilkårligt eller proforma. EU-Domstolen udtalte om det præjudicielle spørgsmål, at selvom direktivet ikke indeholdte særlige bestemmelser vedrørende de materielle eller formelle betingelser for en beslutning om tilbagekaldelse af et udbud, var en sådan beslutning undergivet fællesskabsrettens grundlæggende principper (herunder ligebehandlings-princippet, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet).¹¹

Principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet må betragtes som de grundlæggende principper inden for udbudsretten.¹² Principperne har derfor stor betydning i forbindelse med udformningen af konkrete udbud, samt ved fortolkning og udfyldning af udbudsreglerne. Principperne skal anvendes igennem alle faser i et udbud, dvs. lige fra ordregivers overvejelser om et udbud til kontraktindgåelse.

EU-Domstolen slog i dom af 12. december 2002 i sag C-470/99, Universale Bau AG mod Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH fast, at en udbudsprocedure på alle stadier skal overholde såvel ligebehandlingsprincippet som gennemsigtighedsprincippet, således at alle ansøgere og tilbudsgiver har lige vilkår.¹³

EU-Domstolen har udviklet ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, som følge af EUF-traktatens regler om fri bevægelighed og om ikkediskrimination. Formålet med reglerne er bl.a. at hindre forskelsbehandling af virksomheder på baggrund af deres nationalitet, samt at skabe et frit indre marked inden for EU.¹⁴

¹¹ EU-Domstolens dom af 18. juni 2002, i sag C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mod Stadt wien, præmis 42.

¹² Udbudsloven § 2 samt 1. betragtning til udbudsdirektivet.

¹³ EU-Domstolens dom af 12. december 2002 i sag C-470/99, Universale Bau AG mod Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, præmis 93.

¹⁴ Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), Artikel 18 og 26.

1.1. Ligebehandlingsprincippet i udbudsretlig henseende

Et grundlæggende element i at sikre konkurrence om de offentlige kontrakter, er at sikre ligebehandling af de økonomiske aktører. Princippet om ligebehandling er endvidere fastslået i EU-Domstolens praksis og administrativ praksis fra Klagenævnet for Udbud, og forpligtelsen til at overholde de grundlæggende principper følger af de forskellige udbudsretlige direktiver. Bl.a. følger det af udbudsdirektivets artikel 18, stk.1, at:

”De ordregivende myndigheder behandler økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde. Udbuddet udformes ikke med det formål at udelukke dette fra direktivets anvendelsesområde eller kunstigt indskrænke konkurrencen. Konkurrencen betragtes som kunstigt indskrænket, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt.”

Bestemmelsen slår tydeligt fast, at det ikke er tilladt for en ordregivende myndighed at udøve forskelsbehandling. Formålet med dette forbud er at værne om den frie konkurrence på markedet, således at der ikke sker en kunstig indskrænkning af konkurrencen inden for det indre marked i EU.

Det er dog vigtigt at være opmærksom på, at lighedsprincippet ikke stiller krav til at hvert enkelt vilkår i udbudsmaterialet skal være konkurrencemæssigt neutralt. Herved sikres det, at alle aktører på markedet kan deltage i et konkret udbud. Kravene i udbudsmaterialet skal blot være sagligt begrundet.¹⁵

Det følger af ligebehandlingsprincippet, at sammenlignelige forhold skal behandles ensartede, medmindre en objektiv eller saglig begrundelse taler for det modsatte. Dog indebærer lighedsprincippet også, at ikke sammenlignelige forhold ikke må behandles ensartet.¹⁶

Princippet om saglighed er ikke nævnt i udbudsloven, det fremgår dog af forarbejderne til udbudslovens § 2, at der gælder et generelt krav om saglighed. Kravet om saglighed er relevant i forbindelse med ordregivers udformning af et konkret udbud.

1.2. Gennemsigtighedskravet

Gennemsigtighedsprincippet indebærer at der skal være offentlighed, åbenhed og klarhed omkring den konkrete udbudsproces. Kravet om gennemsigtighed skal gøre det muligt for f.eks. Klagenævnet for Udbud eller andre retsinstanser, at kontrollere at lighedsprincippet ikke tilsidesættes i forbindelse med et udbud.¹⁷ Desuden mindskes risikoen for misbrug af kontraktindgåelse der har til formål at fremme ulovlige og usaglige interesser. Ved at anvende de fastsatte procedurer der følger af udbudsreglerne sikres et mere frit og åbent marked, og konkurrencen om de offentlige kontrakter fremmes, hvilket stemmer overens med EUF-traktatens formål, om bl.a. at skabe et frit indre marked inden for EU.

Gennemsigtighed og forudsigelighed i forbindelse med en udbudsproces, og i sidste ende en kontraktindgåelse, sikres ved at forpligte ordregivere til at anvende særlige procedurer under et konkret udbud. Ved at pålægge ordregivere at anvende én af de procedurer som følger af

¹⁵ Bemærkningerne til udbudslovens § 2.

¹⁶ EU-Domstolens dom af 3. marts 2005, i sag C-21/03, Fabricom mod den belgiske stat, præmis 27.

¹⁷ EU-Domstolens dom af 18. juni 2002, i sag C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mod Stadt wien.

udbudsreglerne, bliver de mulige tilbudsgivere ligestillet, og dermed fremmes konkurrencen om den offentlige kontrakt.

Overordnet set er der tale om et såkaldt ”*dobbeltkrav*” til ordregiveren, når udbudsprocessen skal være gennemsigtig. Heri ligger, at ansøgere og tilbudsgivere får oplysninger om, at en offentlig kontrakt vil blive udbudt, og at de samtidig skal kunne gennemskue proceduren for udbuddet. Når der skal være offentlighed og åbenhed omkring selve udbuddet, betyder det at alle økonomiske aktører på markedet skal have mulighed for at tilkendegive deres interesse i den udbudte kontrakt. Dette sikre ordregiver ved at beskrive kontraktens genstand og udbudsprocessen i udbudsmaterialet og herefter offentliggøre dette.

1.3. Proportionalitet igennem udbudsprocessen

Sammen med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed står princippet om proportionalitet. Proportionalitetsprincippet indebærer, at foranstaltninger skal være egnede, nødvendige og forholdsmæssige i forhold til det mål eller formål som ønskes opnået.¹⁸ Efter EU-Domstolens praksis kan man ved vurderingen af, om en foranstaltning er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet anvende en såkaldt treleddet test.

1. Foranstaltningen skal have et lovligt mål
2. Ordregiver skal sikre at midlerne til at nå målet er egnede
3. Foranstaltningen må ikke være mere indgribende end nødvendigt.¹⁹

Udbudsretligt indebærer proportionalitetsprincippet, at ordregiver er forpligtet til at foretage en udbudsproces på en proportional måde. Proportionalitetsprincippet i udbudsretlig henseende betyder således, at ordregiver kun kan stille krav til ansøgere og tilbudsgivere, som står i et rimeligt forhold til genstanden for den udbudte kontrakt. Samtidig må ordregivers krav til ansøgere og tilbudsgivere ikke gå længere, end hvad der er nødvendigt for at opfylde ordregivers konkrete behov. Proportionalitetsprincippet vil i udbudsretlig henseende være relevant ved ordregivers udformning af udbudsmaterialet, herunder kravsspecifikation og kravene til kontraktgenstanden.

2. Valget af udbudsprocedure

Udbudsloven er inddelt i 7 afsnit, herunder er afsnittene 2, 3, 4 og 5 de væsentligste i forbindelse med valget af udbudsprocedure. Ordregiver har mulighed for at vælge mellem 7 forskellige udbudsprocedure, når der skal foretages offentlige indkøb efter udbudslovens regler. Følgende udbudsprocedurer kan anvendes:²⁰

1. Offentligt udbud
2. Begrænset udbud
3. Udbud med forhandling
4. Konkurrencepræget dialog
5. Innovationspartnerskaber
6. Projektkonkurrence
7. Udbud light (udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse)

¹⁸ Jacobsen, Peter Stig, m.fl., *EU Udbudsretten*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. oplag, 2016, side 66.

¹⁹ Ølykke, Griith Skovgaard, m.fl., *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. oplag, 2017, side 131.

²⁰ Udbudsloven § 55.

De 4 første nævnte udbudsprocedure, er de mest almindelig anvendte udbudsprocedure blandt ordregivende myndigheder. Det vil derfor primært være disse som vil blive uddybet i dette kapitel.

Ordregivers pligt til at anvende faste procedurer gør det muligt for de økonomiske aktører at forudsige fremgangsmåden ved indgåelse af en offentlig kontrakt.

Behovet for dialog under udbuddet betyder noget for valget af udbudsprocedure, det samme gør markedet. Behovet for dialog vil naturligvis være større, jo sværere ordregiver har det ved at beskrive kravene til det offentlige indkøb, der skal foretages. Generelt kan man sige, at jo mindre præcist ordregiver kan beskrive sine krav og ønsker, des mere taler det for anvendelse af én af de fleksible udbudsprocedurer; konkurrencepræget dialog, udbud med forhandling, innovationspartnerskaber, eller projektkonkurrence.

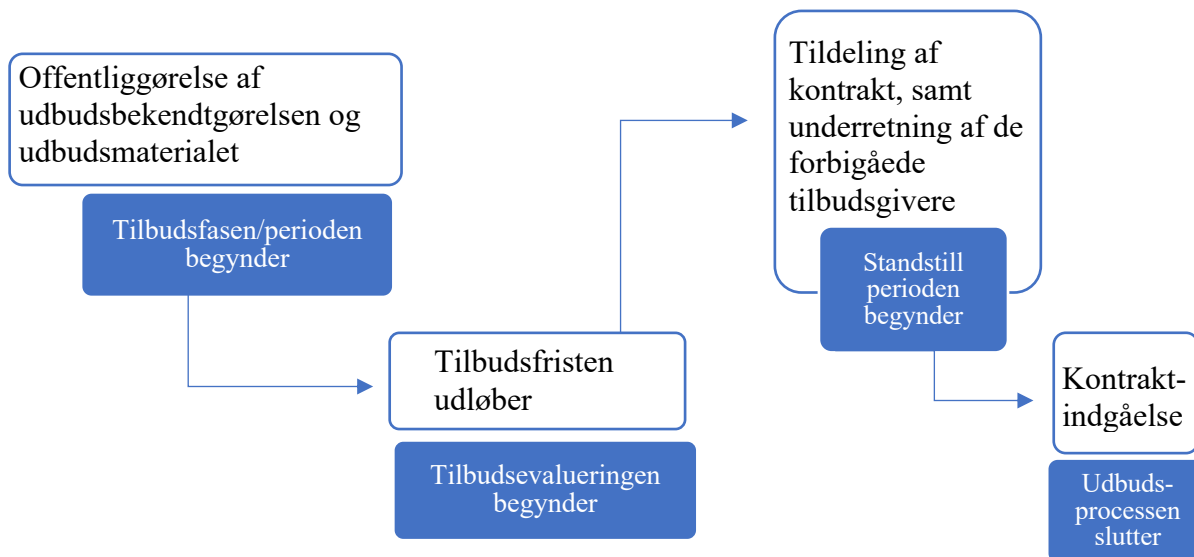
I praksis betyder det tidsmæssige perspektiv også meget i valget af udbudsproceduren.

Et offentligt udbud vil f.eks. være den korteste vej til et udbud – da der ikke er forhandling mv.

Når der er valgt udbudsprocedure, er det klare udgangspunkt, at ordregiver er bundet af den valgte udbudsprocedure. Dette gælder indtil ordregiver enten annullerer udbuddet, eller indtil der er truffet beslutning om at indgå kontrakt. Det er ikke tilladt for ordregiver at benytte to forskellige udbudsprocedure i kombination med hinanden.

Valget af udbudsprocedure skal ske senest på tidspunktet for ordregivers beslutning om at påbegynde en udbudsproces. Efter ordregiver har truffet valg om udbudsprocedure er det muligt for ordregiver at beregne kontraktens anslåede værdi, til brug for vurderingen af om kontrakten er over eller under tærskelværdien. Beregningen skal foretages på tidspunktet for afsendelsen af udbudsbekendtgørelsen. Såfremt der ikke afsendes en udbudsbekendtgørelse, skal beregningen ske på tidspunktet for udbudsprocedurens start, jf. § 29.

2.1. Offentligt udbud



Ved udbudsproceduren offentligt udbud kan enhver økonomisk aktør afgive tilbud på kontrakten, jf. udbudslovens § 56, stk.1. Ved ”økonomiske aktør” forstås i dette speciale en fysisk eller juridisk person af enhver art og offentlige enheder og sammenslutninger, herunder midlertidige sammenslutninger af virksomheder, der afgiver eller har til hensigt at afgive tilbud på en offentlig kontrakt.²¹

Hvilket teoretisk set giver en større konkurrence end ved anvendelse af de øvrige udbudsprocedurer. En ulempe ved proceduren er dog, at den kan give problemer ift. håndteringen af eventuelle fortrolige oplysninger fra ordregiver oplyst i udbudsmaterialet, idet principielt alle økonomiske aktører har mulighed for at se udbudsmaterialet.

Ordregiver skal fastsætte en passende frist for modtagelse af tilbud, jf. udbudslovens § 57, jf. § 93. Hvad passende tid er, vil altid bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde. I forarbejderne til udbudslovens § 93 er det anført, at fastsættelse af tidsfristen bl.a. skal ske under hensyntagen til udbuddets og kontraktens kompleksitet, herunder antallet og omfanget af dokumentationskrav og de krævede oplysningers karakter. Det fremgår af udbudslovens § 39, stk. 2, at ordregiver har pligt til at forhindre konkurrencefordrejning som følge af den rådgivning ordregiver har fået ved forberedelsen af udbudsproceduren. En forlængelse af tidsfristerne for indsendelse af tilbud vil kunne udligne den tidsmæssige fordel, som en økonomisk aktør kan have opnået ved at rådgive ordregiver under forberedelsen af udbudsproceduren. Uanset hvad skal en frist for indsendelse af tilbud altid som minimum være 35 dage fra dagen efter udbudsbekendtgørelsens afsendelse, jf. § 57, stk. 2. Hovedreglen om en frist på 35 dage kan fraviges og forkortes med 5 dage, såfremt ordregiver har accepteret at tilbud kan indgives via elektronisk kommunikation i overensstemmelse med regler

²¹ Udbudsloven § 24, stk.1, nr. 38.

udstedt af erhvervs- og vækstministeren i henhold til § 194, stk. 1.²² Ved ordregivers akutte behov kan fristen for indsendelse af tilbud forkortes til 15 dage, jf. udbudsloven § 57, stk. 5. Bestemmelsen om akut behov, er ny i forhold til det tidligere gældende udbudsdirektiv²³ og findes i artikel 27, stk. 3 i nugældende udbudsdirektiv. Et akut behov behøver ikke efter udbudslovens forarbejder at være afledt af tvingende grunde som følge af begivenheder, der ikke kunne forudses af eller tilskrives ordregiveren, jf. bemærkningerne til udbudslovens § 80, stk. 5. Har ordregiver anvendt en forhåndsmeddelelse kan fristen forkortes til 15 dage, såfremt de nærmere betingelser der følger af udbudslovens § 57, stk. 3 er opfyldte.

Når de økonomiske aktører, der har ønsket at afgive tilbud har fremsendt dokumentation for kvalifikationer samt fremsendt det reelle tilbud, foretager ordregiver en vurdering heraf. Ordregiver kan vælge at evaluere de indkomne tilbud før det vurderes, om der er grundlag for at udelukke en tilbudsgiver, efter reglerne om obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens §§ 135-137, og før der foretages en vurdering af minimumskravene til egnethed er opfyldt, jf. § 159, stk. 4.

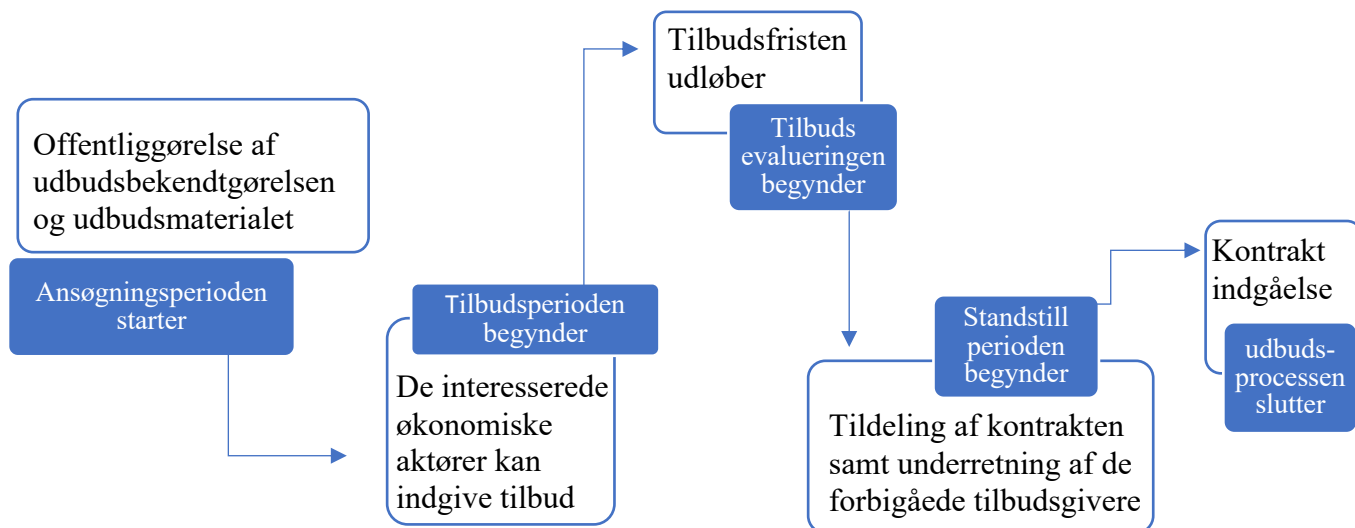
Offentlige udbud er underlagt et forhandlingsforbud. Det indebærer, at ordregiver undervejs i et udbud ikke må forhandle med tilbudsgiverne om hverken pris, kvalitet eller andre specifikke detaljer i de afgivne tilbud. Forhandlingsforbuddet er udviklet i EU-Domstolens retspraksis og Klagenævnet for Udbuds administrative praksis.

I EU-Domstolens dom af 29. marts 2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie fastslog domstolen, at forhandlingsforbuddet ikke er til hinder for, at ordregiver beder tilbudsgiver om at rette eller supplerer oplysningerne i et tilbud, såfremt det drejer sig om åbenlyse indholdsmæssige fejl, som blot kræver en præcisering. Domstolen bemærkede dog, at det forudsætter at ændringen/rettelsen i tilbuddets indhold ikke fremstår som et nyt tilbud.

²² Udbudslovens § 57, stk. 4.

²³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004.

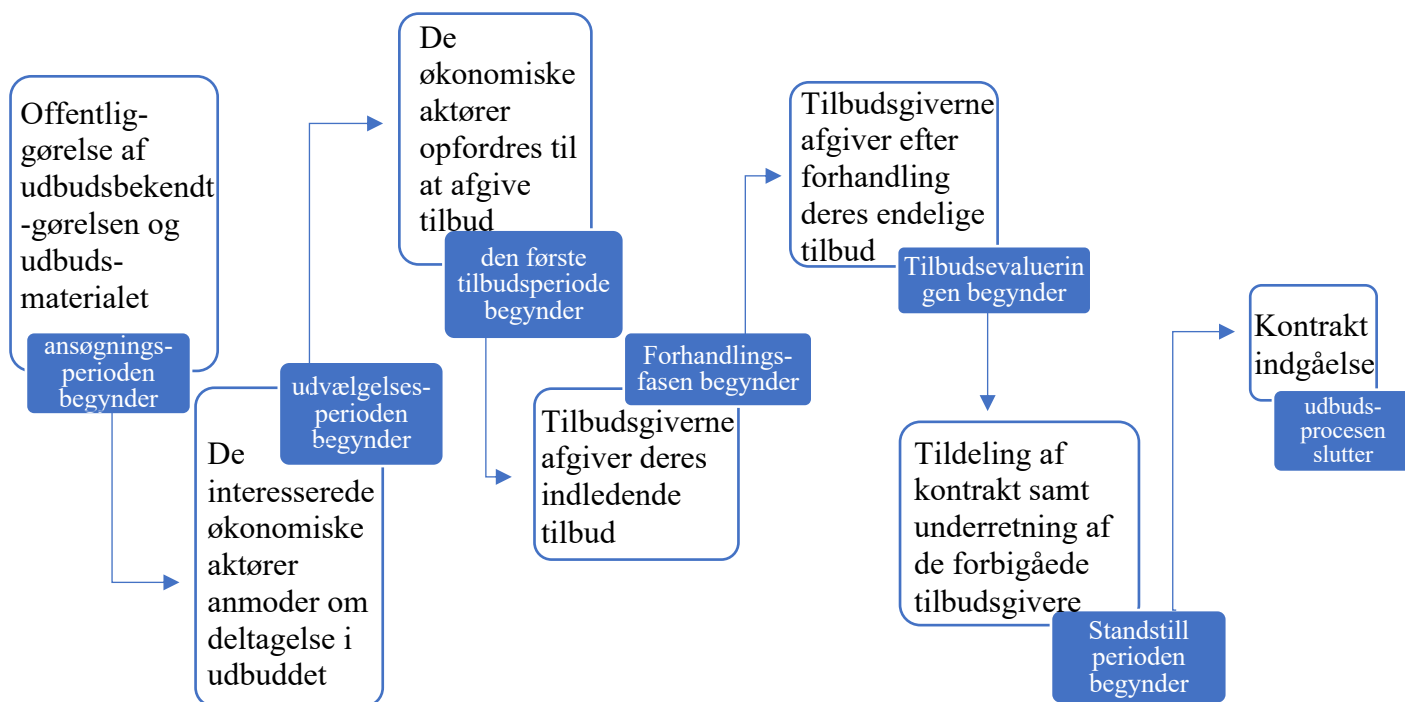
2.2. Begrænset udbud



Begrænset udbud minder i sin form overordnet om offentligt udbud. Det særlige ved denne procedure er dog, at ordregiveren kan begrænse antallet af økonomiske aktører, som får mulighed for at afgive tilbud. I modsætning til et offentligt udbud er et begrænset udbud opdelt i to særskilte faser, henholdsvis udvælgelses- og tilbudsfasen. Efter offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen ansøger de økonomiske aktører, der ønsker at byde på kontrakten om prækvalifikation, dvs. at de tilkendegiver deres interesse i at afgive tilbud overfor ordregiver. De økonomiske aktørers kvalifikationer vurderes herefter af ordregiveren, på grundlag af de kriterier, som er fastsat i udbudsgrundlaget og den dokumentation, som de økonomiske aktører har fremsendt. Denne proces kaldes også udvælgelsesfasen og denne fase slutter med, at ordregiver udvælger de kvalificerede økonomiske aktører, som får mulighed for at afgive tilbud på baggrund af ordregivers opfordring, jf. § 59, stk. 4. Ordregiver skal udvælge mindst fem ansøgere til at afgive tilbud, og har desuden mulighed for at angive et maksimum antal ansøgere, jf. § 59, stk. 4, 2. pkt., jf. § 145. Ordregiver kan også angive en ramme for det antal ansøgere, som vil blive udvalgt, f.eks. 5-8 tilbudsgivere. Det følger af en ordlydsfortolkning af udbudsdirektivets artikel 65, stk. 2.

Efter udvælgelsesfasen er proceduren den samme som ved offentligt udbud, og forhandlingsforbuddet er gældende, ligesom det er ved proceduren offentligt udbud.

2.3. Udbud med forhandling

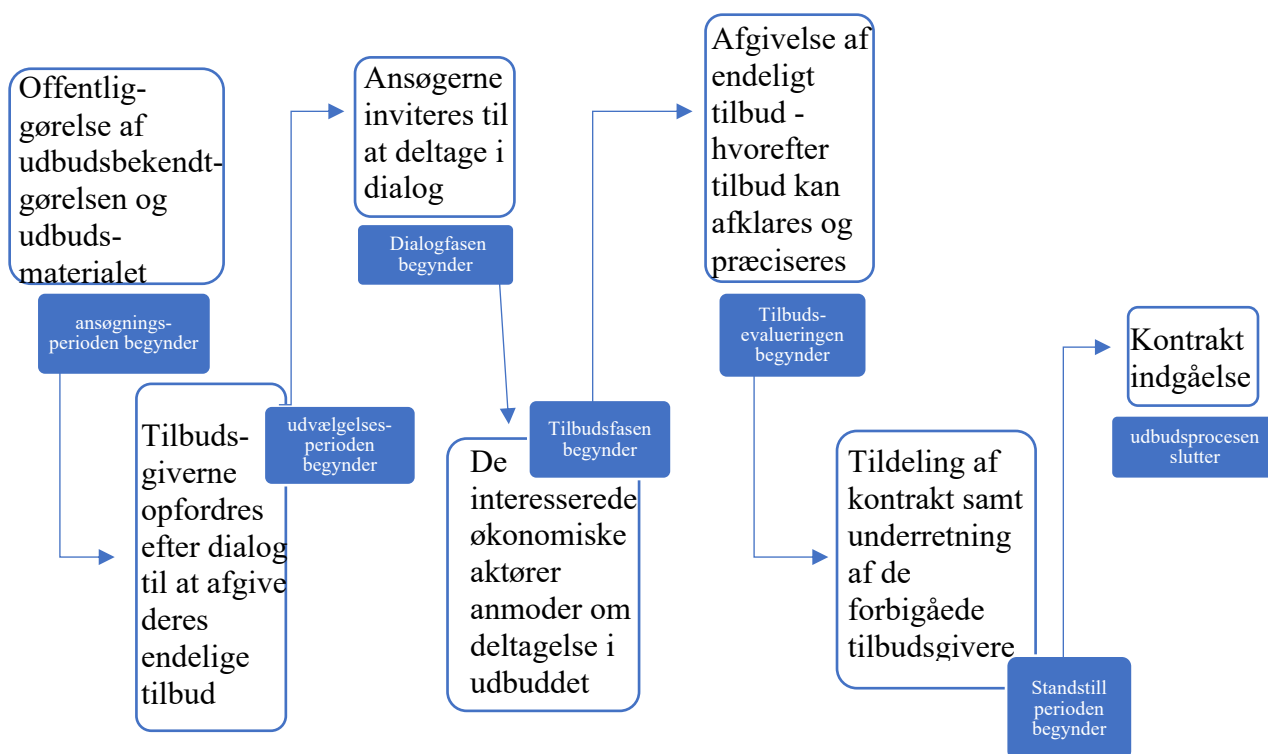


Modsat procedurene offentligt udbud og begrænset udbud er det tilladt for ordregiver, at forhandle med tilbudsgiverne når denne procedure anvendes. Der er ikke fri adgang for ordregiver til at vælge denne procedure, da en række nærmere specificerede krav skal være opfyldte før at proceduren kan anvendes. Adgangen for ordregiver til at anvende procedurer, hvor forhandling er tilladt blev udvidet med udbudsdirektivet fra 2014 og implementeringen heraf i udbudsloven. Udbud med forhandling kan anvendes i de situationer, som er beskrevet i udbudslovens § 61, stk. 1. Overordnet er der en række kontraktbetingelser, som skal opfyldes, for at proceduren kan anvendes, og derudover kan proceduren anvendes såfremt der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud kun afgives ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable tilbud. Med ikkeforskriftsmæssige og uacceptable tilbud forstås efter udbudslovens § 61, stk. 2 og 3, tilbud som ikke lever op til kravene i udbudsmaterialet, tilbud der er modtaget for sent, tilbud som er fremkommet på ulovligt grundlag, samt tilbud der ikke lever op til de fastsatte minimumskrav til egnethed eller overstiger det fastsatte budget i udbudsmaterialet.

Under udbud med forhandling gælder der den hovedregel, at forhandling ikke må medføre ændringer af de grundlæggende elementer i udbuddet. Det er vigtigt at have formålet med anvendelsen af proceduren for øje, som er at afklare, præcisere og optimere det endelige tilbud.

Processen for udbud med forhandling er den samme som for begrænset udbud, eneste forskel er, at det mellem prækvalifikationsfasen og tilbudsfasen er en forhandlingsfase, hvor ordregiver har muligheden for at forhandle med tilbudsgiverne inden de indgiver deres endelige tilbud. Det vil desuden sige, at hensynet til de grundlæggende principper skal iagttages ekstra i forbindelse med forhandling, og særligt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Endelige tilbud kan afklares, præciseres og optimeres uden dette fører til ændringer af vigtige elementer i udbuddet, eller tilbuddet, samt uden det fører til konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling i øvrigt.

2.4. Konkurrencepræget dialog



Denne procedure bruges i situationer hvor, ordregiver har brug for hjælp til at få løst et problem. Ordregiver har derfor en forventning om, at der findes en løsning på problemet ude på markedet. Kravene færdiggøres under udbudsprocessen, således kravene kommer tæt på kravspecifikationen i udbud med forhandling (lige op til ordregiver beder om det sidste og endelige tilbud). Ligesom udbud med forhandling er adgangen til anvendelsen af konkurrencepræget dialog blevet udvidet med udbudsdirektivet fra 2014 og implementeringen heraf i udbudsloven. Det var under udbudsdirektivet fra 2004 frivilligt for medlemsstaterne, om de ville tillade anvendelsen af konkurrencepræget dialog eller ej. Konkurrencepræget dialog kan anvendes i de samme situationer som udbud med forhandling og kravene for anvendelsen af proceduren er beskrevet i udbudslovens § 67, stk. 1.

Ligesom ved udbud med forhandling gælder princippet om forbud mod forhandling af de grundlæggende principper i udbuddet. Det vil sige, at forhandlingerne ikke må medføre ændringer i de grundlæggende elementer, herunder mindstekrav eller kriterier for tildeling.

Der er ikke mere fleksibilitet ved anvendelsen af konkurrencepræget dialog end ved anvendelsen af udbud med forhandling, da en underskrevet kontrakt altid skal sammenholdes med udbudslovens § 178 i forhold til, hvad der kan ændres, efter der er indgået kontrakt. Her er udgangspunktet som nævnt, at der ikke må laves om på grundlæggende elementer.

3. Delkonklusion

De EU-retlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet må betragtes som de grundlæggende principper inden for udbudsretten, og skal varetages gennem hele udbudsprocessen.²⁴

²⁴ Udbudsloven § 2 samt 1. betragtning til udbudsdirektivet.

Kapitel 3 – Krav til udbudsmaterialet

I dette kapitel redegøres der for og undersøges, hvad udbudsmaterialet skal indeholde for at ordregiver på tilstrækkelig og lovlignvis kan evaluere de indkomne tilbud. Sideløbende med fastlæggelsen af udbudsmaterialets indhold, undersøges det, om ordregivers valg af tildelingskriterier og underkriterier har sammenhæng med ordregivers pligt til at vælge det økonomisk mest fordelagtige tilbud (eller sammenhæng med valget af evalueringsmetode).

1. Udbudsmaterialet

Ifølge definitionen på udbudsmateriale i udbudslovens § 24, nr. 36, er udbudsmateriale en samlet betegnelse for de dokumenter, som ordregiver udarbejder i forbindelse med og under et udbud. Dokumenterne bruges af ordregiveren til at beskrive eller fastlægge elementer i et udbud, eller en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt. Ordregiverne skal som den klare hovedregel give fri, direkte og fuld elektronisk adgang til udbudsmaterialet fra datoen for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, jf. udbudslovens § 132.

Udbudsmaterialet udgør almindeligvis en række af dokumenter, herunder:

- En udbudsbekendtgørelse
- Udbudsbetingelser
- Kravspecifikation
- Et kontraktudkast (kontraktbetingelser) med evt. kontraktbilag
- ESPD-dokument, herunder en vejledning samt krav til krav til udelukkelse, egnethed og evt. udvælgelse
- Erklæringer, herunder evt. konsortie- eller støtteerklæringer
- Evt. supplerende dokumenter

Nedenfor gennemgås de fem grundlæggende elementer i et udbudsmateriale; udbudsbekendtgørelsen, udbudsbetingelser, kravspecifikation og kontraktbetingelser.

1.1. Udbudsbekendtgørelsen

En udbudsbekendtgørelse er det dokument som ordregiver skal offentliggøre et udbud med. Ifølge udbudslovens §§ 127-129, er det et krav at ordregiver udarbejder, offentliggøre og anvender en udbudsbekendtgørelse i forbindelse med udbuddet af en offentlig kontrakt. Som en udbudsbekendtgørelse anses også forhåndsmeddelelser og bekendtgørelser om indgåede kontrakter.

Udbudsbekendtgørelsens indhold afhænger af den af ordregiver valgte udbudsprocedure. En udbudsbekendtgørelse skal leve op til de almindelige krav og principper som følger af bilag V, del D, til udbudsdirektivet, herudover kan der være fastsat yderligere krav i henhold til enkelte bestemmelser i udbudsloven, og disse kan ikke fraviges.²⁵ Dvs. at en udbudsbekendtgørelse som minimum skal indeholde det fastlagte, jf. den relevante bestemmelse i udbudsloven.

²⁵ Udbudslovens § 129, stk. 2.

I en kendelse fra Klagenævnet for Udbud af 24. juli 2018, Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod Hillerød Kommune, udtalte Klagenævnet sig angående indholdet af udbudsbekendtgørelsen. Kendelsen vedrører Hillerød Kommunes udbud af 5 rammeaftaler for håndværkerydelser. Hillerød Kommune udbød kontrakten som et begrænset udbud efter udbudslovens afsnit II. Efter reglerne i udbudslovens afsnit II om begrænset udbud, skal ordregiveren oplyse følgende i udbudsbekendtgørelsen, jf. udbudslovens § 145, stk. 3.:

”...1) Det antal ansøgere, som ordregiveren vil opfordre til at afgive tilbud eller deltage i en dialog. Antallet kan angives i form af et interval.

2) Hvilke oplysninger fra ansøgeren eller tilbudsgiveren der vil danne grundlag for udvælgelsen.

3) Hvilke objektive og ikkediskriminerende kriterier der tillægges vægt i forbindelse med udvælgelsen.”

Hillerød Kommune havde under punkt II.2.9) i udbudsbekendtgørelsen kaldet ”Oplysning om begrænsning af antallet af ansøgere, der vil blive opfordret til at afgive bud eller deltage.”, udfyldt punktet med ”ikke valgt”. Hillerød Kommune havde dog i prækvalifikationsbetingelserne til udbuddet oplyst, at de som ordregiver forventede, at kunne prækvalificere op til 8 ansøgere på hver af de 5 delkontrakter, hhv. murer arbejdet, tømrer arbejdet, maler arbejdet, VVS arbejdet og el arbejdet. Det fremgik af prækvalifikationsbetingelserne under punkt 6.1 vedrørende begrænsning af ansøgere, at:

”Hvis ordregiver modtager flere end 8 konditionsmæssige ansøgninger på hver delkontrakt, vil ordregiver udvælge 8 ansøgere til at afgive tilbud på hver delkontrakt. Udvælgelsen blandt de egnede ansøgere vil ske på baggrund af ansøgernes referencer angivet i ESPD del V eller i den særskilte referenceliste samt eventuelle vedlagte bygherreudtalelser.

- Bedømmelsen af referencerne vil tage udgangspunkt i, hvorvidt referencerne er sammenlignelige og relevante i forhold til den delkontrakt, som ansøgeren ønsker at blive prækvalificeret til at afgive tilbud på, herunder særligt om der er tale om en rammeaftale eller anden opgave med et sammenligneligt opgaveflow.*
- Det vil ligeledes blive tillagt positiv vægt ved bedømmelsen, hvis ansøgeren har vedlagt positive udtalelser fra bygherren på de enkelte referencer.*

På baggrund af ovenstående to punkter vil ordregiver udvælge de ansøgere, som findes bedst egnede til at udføre opgaverne under de enkelte delkontrakter.”

Klagenævnet kom frem til, at udbudsmaterialet ikke kan udgøre en erstatning for selve udbudsbekendtgørelsen. Til trods for, at udtrykket ”*udbudsmateriale*” skal forstås i overensstemmelse med udbudslovens § 24, nr. 36, som efter ordlyden bestemmer at udbudsbekendtgørelsen er en del af det samlede udbudsmateriale.

Udbudslovens § 24, nr.36 har følgende ordlyd:

”De dokumenter, som ordregiveren udarbejder eller henviser til for at beskrive eller fastlægge elementer i et udbud eller en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt, herunder

- a) udbudsbekendtgørelsen,*
- b) de tekniske specifikationer,*
- c) det beskrivende dokument,*
- d) foreslåede kontraktbetingelser,*
- e) formater for ansøgernes og tilbudsgivernes fremlæggelse af dokumenter,*
- f) oplysninger om almindeligt gældende forpligtelser og*
- g) eventuelle supplerende dokumenter.”*

Oplysningerne i udbudslovens § 145, stk. 3, nr.1-3 skal således fremgå af selve udbudsbekendtgørelsen. Klagenævnet lagde ved denne vurdering vægt på, at ordlyden af udbudslovens § 24, nr. 36 skal sammenholdes med udbudsdirektivets indhold vedrørende oplysninger, der skal angives i udbudsbekendtgørelser. Oplysningerne findes i bilag V, del C, til udbudsdirektivet.²⁶ Klagenævnet udtalte i kendelsen, at formålet med at oplysninger skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen, er at skabe en gennemsigtig udbudsprocedure:

”... således at ansøgere og tilbudsgivere er berettiget til at holde sig til udbudsbekendtgørelsens angivelser, når de beslutter sig for, om de vil deltage eller ansøge om deltagelse”.²⁷

Ved ”ansøger” forstås i dette speciale, de økonomiske aktører der har anmodet om at blive prækvalificeret eller er blevet prækvalificeret til at deltage i et udbud omfattet af udbudslovens afsnit II. Dvs. begrænset udbud, udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog, innovationspartnerskab eller i et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse.²⁸

Ved ”tilbudsgivere” forstås i dette speciale, de økonomiske aktører der vælger at afgive tilbud på en kontrakt, eller de ansøgere som efter at være blevet prækvalificeret, afgiver tilbud på et udbud omfattet af reglerne i udbudslovens afsnit II.

Klagenævnet kom frem til, at Hillerød Kommune havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigthedsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, og § 145, stk. 3, nr. 3, ved ikke at anfører i udbudsbekendtgørelsen, hvilke objektive og ikkediskriminerende kriterier, som kommunen lagde vægt på ved udvælgelsen af ansøgere. Hillerød Kommune havde således ikke givet tilstrækkelige med oplysninger i forbindelse med udbudsbekendtgørelsen. Bl.a. manglede der i udbudsbekendtgørelsen en angivelse af antallet af prækvalificerede ansøgere, jf. Bilag V, del C, pkt. 15, til udbudsdirektivet. Selvom Hillerød Kommune havde oplyst om det forventede antal prækvalificerede ansøgere i prækvalifikationsbetingelserne, kom klagenævnet frem til at det ikke var tilstrækkeligt oplyst eftersom oplysning om prækvalifikation skal fremgå af selve udbudsbekendtgørelsen, jf. Bilag V, del C, til udbudsdirektivet.

²⁶ Bilag V, del C, til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

²⁷ Klagenævnet for udbud kendelse af 24. juli 2018 – Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod Hillerød Kommune.

²⁸ Udbudslovens § 24, nr. 4.

Kendelsen slår fast, at det ikke er tilstrækkeligt at ordregiver i forbindelse med udformningen af en udbudsbekendtgørelse, blot henviser til det øvrige udbudsmateriale. Kendelsen illustrerer desuden at kravene til udbudsbekendtgørelsens indhold har hjemmel i udbudsdirektivets bilag V, del C.²⁹ De valg som ordregiver foretager sig i forbindelse med udformningen af udbudsmaterialet har afgørende betydning for de indkomne tilbud, og udbudsbekendtgørelsen som en del af udbudsmaterialet danner den grundlæggende ramme for selve udbuddet. Overordnet set er udbudsmaterialet således fundamentet for de økonomiske aktørers afgivelse af tilbud på kontrakten, og i sidste ende fundamentet for selve tilbudsevalueringen og dermed tildelingen, der skal foretages efter de rammer, som er fastlagt og angivet i udbudsbekendtgørelsen.³⁰

I gennemsigtighedsprincippet ligger desuden et krav om objektivitet og klarhed til udbudsmaterialet. Når en udbudsproces afsluttes, skal det være muligt ud fra objektive kriterier at gennemskue for offentligheden, og især de forbigåede tilbudsgivere, hvorfor den vindende tilbudsgiver har vundet kontrakten. Pris/økonomi indgår altid som et tildelingskriterium, da det er objektivt hvilken tilbudsgiver der f.eks. har afgivet tilbuddet med den laveste pris.

Ordregiver er forpligtet til at offentliggøre udbudsbekendtgørelsen, jf. udbudslovens § 128 med undtagelse af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse. Offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen er en vigtig del af overholdelsen af gennemsigtighedsprincippet i forbindelse med en udbudsproces. Når udbudsbekendtgørelsen offentliggøres, minimeres fortolkningstvivilen og der skabes større klarhed omkring udbuddet. På denne måde kan de økonomiske aktører bedre gennemskue hvad udbuddet indeholder og hvad der forventes af tilbudsgiverne, og herefter vurdere hvorvidt de ønsker at afgive tilbud på kontrakten.

Udbudsbekendtgørelser skal offentliggøres i EU-tidende, i overensstemmelse med reglerne i bilag VIII til udbudsdirektivet, *Karakteristika vedrørende offentliggørelse*. Bilaget fastlægger hvilke bekendtgørelser der skal sendes til Den Europæiske Unions Publikationskontor af ordregiver, med henblik på offentliggørelse. I henhold til bilaget gælder det bl.a. for udbudsbekendtgørelser jf. udbudsdirektivets artikel 49. Det følger desuden af udbudsdirektivets artikel 51, stk. 2, 1. pkt. at bekendtgørelser og meddelelser, herunder udbudsbekendtgørelser skal fremsendes elektronisk. Ved elektronisk fremsendelse forstås fremsendelse i overensstemmelse med regler der fastlagt af kommissionen, og er tilgængelig på internetadressen: <http://simap.europa.eu>. Herunder anses bl.a. anvendelse af eNotices (EU's elektroniske standardformularer) til udarbejdelse af en udbudsbekendtgørelse, som en elektronisk fremsendelse. Den Europæiske Unions Publikationskontor sender efter modtagelsen af bekendtgørelsen en bekræftelse på modtagelsen til ordregiver. Bekræftelsen indeholder en angivelse af datoen for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen, og fungerer som et bevis for offentliggørelsen af denne, jf. udbudsdirektivets artikel 51, stk. 5, 2. pkt. Offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen sker senest 5 dage efter at ordregiver har afsendt udbudsbekendtgørelsen til Den Europæiske Unions Publikationskontor, jf. udbudsdirektivets artikel 51, stk. 2, 2. pkt. Udbudsbekendtgørelsen offentliggøres på ét eller flere af EU-institutionernes officielle sprogs, valgt af ordregiveren, jf. udbudsdirektivet artikel 51, stk. 3, 1. pkt.

²⁹ Ølykke, Grith Skovgaard, m.fl., *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*, 2. udgave, Jurist- og ØkonomforbundetsForlag, 1. oplag, 2017, side 266.

³⁰ Jacobsen, Peter Stig, m.fl., *EU Udbudsretten*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. oplag, 2016, side 289.

Såfremt at ordregiver undervejs i udbudsprocessen ønsker at overgå fra en udbudsprocedure til en anden, skal ordregiver annullere den igangværende udbudsbekendtgørelse, og har efterfølgende pligt til at offentliggøre en ny udbudsbekendtgørelse. Hvis ordregiver derimod blot ønsker at foretage nogle mindre ændringer i forbindelse med udbudsprocessen, f.eks. en fristforlængelse af tilbudsfristen, skal ordregiver offentliggøre en ændringsbekendtgørelse, der beskriver den forlængede tilbudsfrist. Ønsker ordregiver at supplere en allerede offentliggjort udbudsbekendtgørelse, skal evt. supplerende oplysninger offentliggøres senest fire eller seks fulde kalender dage før tilbudsfristens udløb, afhængig af den valgte udbudsprocedure.

1.2. Udbudsbetingelser

Udbudsbetingelserne fastsætter de formelle spilleregler (betingelser) for gennemførelse af et konkret udbud. Udbudsbetingelserne beskriver således rammerne for selve udbudsprocessen, bl.a. beskrives rammerne for tilbudsevalueringen, herunder kriterierne for tildeling af kontrakten og evalueringsmetoden. Indholdet af udbudsbetingelserne vil altid afhænge af den udbudsprocedure, som ordregiveren har valgt at anvende. Udbudsbetingelserne vil dog oftest bestå af følgende:

- Formkrav til tilbud, herunder tidsfrister under udbudsproceduren, fremsendelsesform, indholdsmæssige formkrav og sproglige formkrav.
- Oplysninger om udelukkelse, egnethed og udvælgelse og krav til dokumentation.
- Tildelingskriterier og evalueringsmetode mv.

Udbudsbetingelserne kan også rumme oplysninger om opdeling i delkontrakter, adgang til alternative eller sideordnet tilbud, krav til eventuelle underleverandører mv. Oplysninger som allerede fremgår af lovgrundlaget i udbudsloven, f.eks. behøver reglerne om muligheden for at anvende underleverandører ikke at fremgå af udbudsmaterialet. Det vil dog oftest være hensigtsmæssigt for ordregiver også at angive sådanne oplysninger i udbudsmaterialet.³¹ Grundet udbudsbetingelsernes betydning for selve den udbudte kontrakt, er det vigtigt at de økonomiske aktører – og mulige ansøgere og tilbudsgivere, sætter sig grundigt ind i udbudsbetingelserne før der afgives et tilbud.

Udbudslovens § 160 danner rammerne for tilbudsevalueringen. Bestemmelsen er en skærpelse af kravene til udbudsbetingelserne, og implementerer ikke en bestemmelse fra udbudsdirektivet, men er udelukkende et nationalt krav på anbefaling af udbudslovsudvalget, jf. bemærkninger til udbudslovens § 160. Af lovbemærkningerne til bestemmelsen fremgår det, at baggrunden for forslaget er, at der i udbudsdirektivet gælder et stærkere krav til gennemsigtighed i forbindelse med tilbudsevalueringen, end der ses i Klagenævnet for Udbuds praksis.³² Bestemmelsen indeholder et krav om, at ordregiver i udbudsmaterialet skal angive kriterierne for tildeling af kontrakten, beskrive evalueringsmetoden, og beskrive hvilke forhold der vil blive tillagt betydning ved tilbudsevalueringen. Udbudslovens § 160 indeholder dermed en skærpelse af ordregivers forpligtelser i forbindelse med udformningen af udbudsbetingelserne vedrørende tilbudsevalueringen, end hvad der følger af udbudsdirektivet. På denne baggrund må det antages, at der er sket en overimplementering af udbudsdirektivet i dansk ret, i det bestemmelsen rækker videre end hvad der følger af udbudsdirektivets præambel, betragtning 90.

³¹ Hamer, Carina Risvig, *Grundlæggende udbudsret*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. oplag, 2016, side 385.

³² Lovforslag nr. L 19, forslag til udbudsloven, bemærkninger til § 160.

Det følger desuden af bemærkninger til bestemmelsen, at ordregiver skal angive eventuelt valgte underkriterier og delkriterier samt vægningen heraf, jf. udbudsdirektivets præambel, betragtning 90. Formålet hermed er, at sikre overholdelsen af ligebehandlingsprincippet i forbindelse med tildeling af kontrakter overholdes, samt at gennemsigtighedsprincippet varetages således alle tilbudsgivere har en rimelig information om de kriterier som ordregiver anvender i forbindelse med tilbudsevalueringen og tildelingen af kontrakten. Vælger ordregiver at benytte underkriterier skal disse generelt være objektive, jf. udbudsdirektivets præambel, betragtning 90. Objektive kriterier sikrer overholdelsen af de grundlæggende principper og særligt varetagelsen af gennemsigtighedsprincippet, i forbindelse med ordregivers tilbudsevalueringen. Yderligere sikrer anvendelsen af objektive kriterier en mere effektiv konkurrence om den udbudte kontrakt. I kravet om gennemsigtighed indgår også et krav om, at tildelingskriterium og underkriterier samt eventuelle delkriterier er klart og tydeligt formuleret. Overordnet set bør tildelingskriterierne altid være relative og fastsatte ud fra kontraktgenstanden, således de giver ordregiveren mulighed for at vælge det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Samtidig bør tildelings- og underkriterierne være egnede til at skabe en effektiv og fair konkurrence, omkring den udbudte kontrakt.

Evalueringsmetode er et relativt nyt begreb indenfor udbudsretten. Begrebet blev indført i forbindelse med udbudsloven, og dækker over den overordnede systematik og de værktøjer, som ordregiver anvender ved evaluering af de indkomne tilbud med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.³³ Ordregiver har ikke et ubetinget frit valg af evalueringsmetode, men har et vidt skøn i forhold til at fastlægge evalueringsmetoden, dog skal principperne i udbudslovens § 2 overholdes, herunder gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet. De potentielle ansøgere og tilbudsgivere skal have mulighed for ved offentliggørelsen af evalueringsmetoden, at sammenholde oplysningerne om evalueringsmetoden med de givne oplysninger om under- og delkriterier.

En evalueringsmetode kan være uddybet i form af ordregivers anvendelse af en evalueringsmodel. Såfremt ordregiveren vælger at anvende en evalueringsmodel, vil denne derfor indgå som en del af evalueringsmetoden. Ordregiveren skal i evalueringsmodellen forsøge at tage højde for de forskelle, der kan være på de indkomne tilbud. De hyppigst anvendte evalueringsmodeller er en prosamodel, prismodel eller pointmodel. Af bemærkningerne til udbudslovens § 160 fremgår det, at tilbudsevalueringer hvori der indgår både økonomiske og kvalitative underkriterier eksempelvis kan basseres på en prismodel, pointmodel eller prosamodel. Yderligere fremgår det, at det ikke er noget krav at ordregiver anvender én af de nævnte typer af evalueringsmodeller. Uanset hvilken evalueringsmodel ordregiveren vælger at anvende, påhviler det ordregiveren at sikre, at bedømmelsen sker på en gennemsigtig måde i overensstemmelse med det, som har været oplyst i udbudsmaterialet om tilbudsevalueringen herunder evalueringsmetoden. Ordregiveren skal i denne forbindelse kunne godtgøre, at evalueringen af tilbuddene sker i overensstemmelse med den i udbudsmaterialet angivne vægning af under- og delkriterier. Generelt må det antages, at en evalueringsmodel kun er relevant når man taler om forholdet mellem pris og kvalitet.

1.2.1. Prismodeller

En prismodel er et alternativ til pointmodellen, og ligner således også pointmodellen en smule. Prismodellen anvendes med henblik på at identificere tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet i kroner og øre. For at kunne finde dette, skal ordregiveren bedømme forholdet mellem de

³³ jf. bemærkningerne til udbudslovens nugældende § 160, samt den nye definition som indsættes i udbudsloven med § 24, nr. 39 og træder i kraft den 1. juli 2019, jf. Lov nr.204 af 5. marts 2019, Lov om ændring af udbudsloven (offentliggørelse af alle dele af evalueringsmodellen og krav om evaluering af kvalitet uden kendskab til pris ved visse større bygge- og anlægskontrakter).

kvalitative og kvantitative underkriterier i udbuddet og de indkomne tilbud ud fra en i udbudsmaterialet fastsat pointskala.

Pointskalaen skal beskrives i udbudsmaterialet, således principperne i udbudslovens § 2 overholdes. Ordregiveren skal i udbudsmaterialet beskrive hvordan de forskellige point fordeles mellem tilbudsgiverene, og hvad der tillægges vægt i forbindelse med fordelingen. Pointskalaen skal kunne rumme variation i de indkomne tilbud, og der skal være nok trin i pointskalaen til at tilbuddene kan variere i point alt efter kvalitetsforskellen på disse. Omvendt kan en skala med for mange trin gøre det svært for ordregiveren at differentiere mellem de indkomne tilbud, forstået på den måde at tilbud som umiddelbart er ret ens, vil kunne risikere at få tildelt forskellige point ud fra pointskalaen. Hvor mange trin der bør være i den enkelte pointskala, er en konkret vurdering i hvert enkelt udbud. Generelt kan det antages, at jo mindre variation underkriterierne giver mulighed for, jo færre trin bør der være på pointskalaen. Omfanget af trin skal sikre, at ordregiveren kan evaluere tilbuddene hensigtsmæssigt, samt uden store forskelle i evalueringen af næsten enslydende tilbud, i overensstemmelse med lighedsprincippet, jf. udbudslovens § 2.

Ordregiver kan anvende en prismodel, som er baseret på gennemsnitsprisen af den samlede kontraktsum for alle afgivne konditionsmæssige tilbud. Anvender ordregiveren denne prismodel vurderes som det første de kvalitative kriterier, og ordregiver tildeler derefter disse point efter den fastsatte pointskala. De givne point omregnes af ordregiver til et konkret beløb i kroner (omregningsbeløb) ud fra følgende formel:

$$\text{Omregningsbeløb} = \frac{\text{gennemsnitspris}}{(\text{højeste point} - \text{laveste point})}$$

Tilbudsprisen for det enkelte tilbud ganges herefter med den vægtning, som er angivet for pris i udbudsmaterialet, og omregningsbeløbet ganges med det antal point, som tilbudsgiver fik tildelt for kvalitet. Herefter vil ordregiveren have to beløb/priser som afspejler kvalitet og pris. De to beløb ganges herefter med den angivne procentsats i udbudsmaterialet for henholdsvis kvalitet og pris, hvorefter de lægges sammen. Dette kaldes ”den fiktive evalueringspris” for det konkrete tilbud. Hvilket tilbud der vinder udbuddet, afhænger af vægtningen af underkriterierne pris og kvalitet i udbudsmaterialet. Det tilbud som ifølge ordregiver opfylder de kvalitative kriterier bedst, tildeles det lavest mulige antal point. Omvendt vil tilbuddet med den dårligste opfyldelse af de kvalitative kriterier få tildelt det højeste antal point. For tilbudsgivernes vedkommende går det således ud på at få tildelt, så få point som muligt af ordregiveren. Den tilbudsgiver, som opnår den laveste fiktive evalueringspris, vinder udbuddet og tildeles kontrakten.

Ved anvendelsen af denne omregningsmetode, er det tilbudspriserne på de indkomne tilbud der er afgørende for, hvilket beløb der anvendes til at omregne point til de fiktive evalueringspriser. Denne fremgangsmåde er blandt andet anvendt af ordregiver i kendelse af 8. marts 2017, Stadsing A/S mod Roskilde Kommune. Af kendelsen fremgår det om vurderingen af underkriterier:

*”Underkriterierne tildeles point på en skala fra 0 til 10.
Alle tilbud er vurderet objektivt og adskilt fra de øvrige tilbud.
Tilbudsprisen blev først kendt for styregruppen efter, at der var tildelt
point for underkriteriet Service.”*

Ordregiver havde i udbudsbetingelserne punkt 2.13 angivet følgende:

”...Service bliver vurderet på en skala 0 – 8, hvor det bedste afgivne tilbud får karakteren 0. Ordregiver ganger karakteren med et omregnings- beløb, som omregner karakteren til en pris. Omregningsbeløbet fås ud fra nedenstående formel:

Omregningsbeløb = gennemsnitspris / højeste point...”

Klagenævnet bemærkede at det fremgik af udbudsbetingelsernes punkt 2.13 hvilken model underkriteriet service ville blive evalueret efter, samt hvilken pointskala ordregiveren ville anvende og vurderer hvert enkelt tilbud efter. Klagenævnet fandt således ikke ud fra sagens oplysninger grundlag for at fastslå, at ordregiveren havde handlet i strid med de fastsatte udbudsbetingelser.

1.2.2. Prosamodeller

Ved anvendelsen af en prosamodel foretager ordregiver en sproglig evaluering af tilbuddene i henhold til de fastsatte under- og eventuelle delkriterier. Der anvendes ikke matematiske beregninger, men ordregiveren skal i stedet på ren sproglig basis finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud, ud fra forholdet mellem pris og kvalitet. Det er en forudsætning for anvendelsen af prosamodellen, at ordregiveren anvender en skala, der sikre at ordregiveren ikke har frit valg imellem de indkomne tilbud. Ordregiveren anvender en sproglig skala til vurdering af tilbuddene, f.eks. ”særdeles godt”, ”rigtig godt”, ”godt”, ”fint” osv. dette kan være relevant ved tildelingskriteriet ”kvalitet”, men er svære at sætte på tildelingskriteriet ”pris”. I sådanne tilfælde kan der argumenteres for, at der i stedet vil være tale om en pointmodel, se bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. marts 2012, VKS Inventa A/S mod Hjemmeværnskommandoen.

Ordregiveren havde udbudt en kontrakt om udstillingsmateriel som et offentligt udbud med tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvor kvalitet og anvendelighed vægtede 60% og prisen 40 %. Ordregiveren havde valgt at kvalitet skulle vurderes på en sproglig skala efter ”meget god”, ”middel”, ”under middel” og ”dårlig”.

Klagenævnet kom frem til, at ordregiveren ikke havde tilsidesat den vægtning, der var angivet i udbudsmaterialet for kvalitet/anvendelighed og pris. Klagenævnet lagde vægt på, at ordregiveren i et udbud har et betydeligt skøn ved vurderingen af vægtningen mellem under- og delkriterier og i sidste ende ved vurderingen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Prosamodellen anvendes meget sjældent i praksis efter implementeringen af udbudsloven i dansk ret, dette skyldes formentlig at modellen er mindre gennemsigtig end point- og prismodellen.

1.2.3. Pointmodeller

Ved anvendelsen af pointmodellen omregnes prisen og kvaliteten til point efter den fremgangsmåde som ordregiveren har angivet i udbudsmaterialet. Herefter sammenstilles pointene for prisen med pointene for kvaliteten, og tilbudsgiveren med det højeste antal point vinder kontrakten. Fordelen ved denne model er, at den vil kunne beregne antallet af point meget præcist. Der findes forskellige pointmodeller, heri blandt en lineære og en ikke-lineær pointmodel. Den mest anvendte pointmodel er en lineær pointmodel, hvor ordregiver fastlægger et prisspænd på forhånd, som skal bruges til at omregne priserne til point. Prisspændet skal fastsættes og beskrives i udbudsmaterialet, f.eks. kan ordregiver fastsætte at der gives point på en skala fra 0-6 point. Den laveste tilbudspris vil altid opnå maksimumpoint og den højeste tilbudspris 0 point. De øvrige tilbudspriser tildeles point ved hjælp af

den lineære pointmodel til point. Idet tilbudspriserne er fastsat i samme valutaenhed, kan omregningen ske meget præcist og pointtal angives derfor også ofte med to decimaler. Den lineære pointmodel findes i to varianter, en hvor den laveste pris gives maksimumpoint samt den laveste pris plus "x" procent får minimumpoint, og en hvor der tages udgangspunkt i gennemsnitsprisen.

I den lineære pointmodel, hvor der tages udgangspunkt i den laveste pris kan følgende formel anvendes til at udregne point:

$$Point = maksimumpoint - \left(\frac{(maksimumpoint - minimumpoint)}{X \text{ pct.}} \right) * \frac{(pris - laveste pris)}{laveste pris}$$

Anvender ordregiveren denne model, skal ordregiveren selv fastsætte hvad "x" skal være i det konkrete udbud, og dermed prisspændet og hældningsgraden. Procentsatsen bestemmer hældningen på grafen, forstået sådan at procentsatsen svarer til hvor meget dyre tilbuddet er set i forhold til den laveste pris. Forstiller man sig f.eks., at x er 100%, vil tilbud der ligger på x være 100 % dyre end det laveste tilbud. Spredningen af priserne på de indkomne tilbud kan påvirke ordregivers valg af "x", da alle tilbudspriserne skal kunne rummes i modellen. Ordregiveren skal fastsætte "x", således den finder det økonomiske mest fordelagtige tilbud, ud fra den fastsatte vægtning af pris og kvalitet i udbudsmaterialet, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland. Af kendelsen fremgår det, at en tilbudsevaluering nøje skal overholde de fastsatte vægtninger.³⁴ Heri ligger, at ordregiver ikke har et ubetinget frit valg ved tilbudsevalueringen, og skal altså overholde bl.a. et almindeligt krav om saglighed. Dette kan ordregiver gøre ved f.eks. at tage hensyn til det forventede prisniveau, spredningen på priserne i de indkomne tilbud og justerer for unormalt lave eller høje tilbudspriser, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 26. april 2016, Bekey A/S mod Viborg Kommune. Kendelsen er en delkendelse om opsættende virkning, men da Viborg Kommune senere trak deres tildelings beslutning tilbage er kendelsen den endelige afgørelse i sagen omhandlende en 5-årig kontrakt om et elektronisk låsesystem med option på visse yderligere leverancer samt forlængelse. Viborg Kommune havde valgt at anvende tilbuddene skulle vurderes ud fra underkriterierne *økonomi* og *funktionalitet og brugervenlighed*, dvs. ud fra henholdsvis pris og kvalitet. Til at sammenholde underkriterierne og de forskellige tilbud blev der anvendt en lineær pointmodel, hvor der blev givet point ud fra en pointskala der gik fra 0-10.³⁵ Klagenævnet for Udbud udtalte i kendelsen følgende angående pris spredningen ved anvendelsen af en lineær pointmodel:

"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..."

I kendelsen slog klagenævnet fast, at ordregiver i forbindelse med fastsættelsen af prisspændet i en lineær pointmodel, skal tage hensyn til den forventede pris spredning på de indkomne tilbud.

³⁴ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland, s. 28.

³⁵ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 26. april 2016, Bekey A/S mod Viborg Kommune, s. 6.

Nedenfor ses et eksempel på tildeling af point efter den lineære pointmodel, hvor prisspændet går mellem laveste pris og "x" pct.:

Ordregiver har modtaget 5 tilbud, hvoraf det laveste tilbud er på 2.000.000 kr. og har valgt at fastsætte "x" til 50 pct. og anvende en pointskala fra 0-8 point. Således vil tilbuddet med den laveste pris blive tildelt 8 point, som er maksimumpoint i dette eksempel, og de øvrige tilbud blive fordelt efter den lineære pointmodel hvor point regnes efter den laveste pris plus 50 pct. Det vil sige, at tilbuddet med den laveste pris plus 50 pct. vil blive tildelt 0 point, som er minimum antal point i dette eksempel. Ordregiver har desuden i udbudsmaterialet angivet at prisen vægter 70 pct. og kvaliteten 30 pct.

Ordregiver har altså fastsat "x" og skal nu tildele point for kvaliteten. Dette gøres ud fra den i udbudsmaterialet fastsatte pointskala ved at ordregiver tildeler point for kvaliteten, ordregiver har i dette eksempel angivet en pointskala fra 0-8 point i udbudsmaterialet, hvor 8 point gives til tilbuddet med den bedste kvalitet. Ordregiver har modtaget et tilbud på 2.050.000 kr. og vælger at tildele 3 point for kvaliteten.

For at omregne tilbuddet til point og placere det på den lineære model skal prisen på tilbuddet omregnes. Dette gøres ved at bruge tidligere nævnte formel, og regnestykket kommer således til at se sådan ud:

$$Point = 8 - \left(\frac{8 - 0}{50 \text{ pct.}}\right) * \frac{(2.050.000 \text{ kr.} - 2.000.000 \text{ kr.})}{2.000.000 \text{ kr.}}$$

Regnestykket giver 7,99, hvilket vil sige at tilbuddet på 2.050.000 kr. tildeles 7,99 point for prisen. Ordregiveren skal herefter omregne pointene, således pointene for prisen og kvaliteten ganges med de i udbudsmaterialet angivne vægtprocenter. Kvaliteten og prisen omregnes således på følgende måde:

$$\begin{aligned} Prisen &= 7,99 * 0,70 = 5,59 \\ Kvalitet &= 3 * 0,30 = 0,9 \end{aligned}$$

For at finde den samlede pointscore for det enkelte tilbud summeres pointene for pris og kvalitet sammen. Tilbuddet på 2.050.000 kr. vil således have en samlet pointscore på 6,49.

Hvis ovenstående regnestykke gentages for det laveste tilbud på 2.000.000 kr. vil ordregiver kunne sammenligne de to tilbud på både kvalitet og pris, for dermed at kunne vælge det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Ordregiver tildelte som tidligere nævnt det laveste tilbud 8 point for prisen, således kan regnestykket med omregning af pris til point skipes, når der er tale om det laveste tilbud. Ordregiver vælger at give det laveste tilbud 1 point for kvalitet, og herefter skal pointene, på samme måde som ovenfor, omregnes ved at gange med de angivne vægtprocenter. Det vil for det laveste tilbud sige:

$$\begin{aligned} Prisen &= 8 * 0,70 = 5,6 \\ Kvalitet &= 1 * 0,30 = 0,3 \end{aligned}$$

Den samlede pointscore for det laveste tilbud vil således blive 5,90.

Når ordregiver anvender en pointmodel er det tilbuddet med den højeste antal samlede pointscore, der vinder kontrakten. Det vil sige, at det som tilbudsgiver gælder om at få tildelt flest muligt point. Modsat ved prismodellen, hvor det som nævnt, er tilbuddet med det laveste antal point der tildeles kontrakten. Prismodellen og pointmodellen ligger dog tæt op ad hinanden, da det vindende tilbud i begge modeller afhænger af den fastsatte vægtning af underkriterierne pris og kvalitet. Eksemplet ovenfor illustrerer tydeligt betydningen af vægtningen af underkriterierne, og ordregivers pligt til at vælge det økonomisk mest fordelagtige tilbud. I eksemplet er det laveste tilbud ikke det økonomisk mest fordelagtige tilbud, eftersom det samlet set opnår færre point for kvalitet og pris, end det tilbud der er 50.000 kr. dyre.

1.2.4. Formålet med offentliggørelsen af evalueringsmetoden

Efter ordregiver i udbudsmaterialet har fastlagt tildelingskriterierne og beskrevet disse tilstrækkeligt klart og præcist samt valgt en evalueringsmetode, skal ordregiver i udbudsmaterialet angive, rammerne for tilbudsevalueringen, dvs. oplyse den valgte evalueringsmetode, jf. udbudslovens § 160, stk. 1. Offentliggørelsen skal gøre det muligt for tilbudsgivere at sammenholde oplysninger om under- og delkriterier med evalueringsmetoden, og derefter vurdere, om de vil bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning om prækvalifikation eller et tilbud. Kravet om offentliggørelsen af evalueringsmetoden er nyt, før udbudsloven trådte i kraft, havde ordregiver ikke pligt til at offentliggøre evalueringsmetoden i udbudsbekendtgørelsen, medmindre metoden var usædvanlig eller upåregnelig for tilbudsgiverene. Dette kom bl.a. til udtryk i Klagenævnet for Udbud kendelse af 1. februar 2013, Abena A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S.

Udbuddet omfattede en række meget forskelligartede produkter med forskellig prisstruktur, alt lige fra aftøringspapir, affaldsposer til håndhygiejne m.v. Da ordregiver havde vanskeligt ved på forhånd at fastsætte det forventede forbrug af de enkelte produkter, blev kontrakten udbudt som en 4-årig rammeaftale. Ordregiveren havde valgt at evaluere de indkomne tilbud ved anvendelsen af en pointbaseret bedømmelsesmetode.

Klagenævnet for udbud kom frem til, at metoden ikke var af en sådan usædvanlig og upåregnelig karakter, at ordregiver var forpligtet til at offentliggøre metoden i udbudsmaterialet samtidig med offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen.

Ordregivers valg af evalueringsmetode kan ikke tilsidesættes af Klagenævnet for Udbud eller anden retsinstans, så længe metoden er beskrevet i overensstemmelse med reglerne i udbudslovens § 160, er gennemsigtig for tilbudsgiverne samt overholder ligebehandlingsprincippet, jf. udbudslovens § 160, stk. 2.

1.2.5. Sammenhængen mellem tildelingskriterier & det økonomisk mest fordelagtige tilbud

Udbudslovens § 161 fastslår, at tildeling af den udbudte kontrakt skal ske til den udbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Bestemmelsen er en ændring af tidligere gældende ret, som følge af implementeringen af udbudsdirektivet. I artikel 53, stk. 1, litra a og b i det tidligere gældende udbudsdirektiv fra 2004 fremgår det, at ordregiver ved tildeling af kontrakter skulle vælge mellem tildelingskriterierne det økonomisk mest fordelagtige tilbud eller den laveste pris. Der er således tale om en strukturel ændring af tildelingskriterierne. Forstået på den måde, at ordregivers forpligtelse til at tildele kontrakten til det økonomisk mest fordelagtige tilbud, indeholder store aspekter af de tildelingskriterier, som var indeholdt i begrebet økonomisk mest fordelagtige tilbud i

artikel 67 og 68 i udbudsdirektivet af 2004. Ud fra artikel 67 skulle det økonomisk mest fordelagtige tilbud udvælges på baggrund af pris eller omkostninger, og omkostningselementet skulle vurderes ud fra artikel 68. Artikel 68 indeholder bestemmelser for beregning af livscyklusomkostninger, til at finde omkostningseffektiviteten, som bl.a. det bedste forhold mellem pris og kvalitet, en fastsat pris eller omkostninger. I den gældende udbudslov fastsætter § 162, at ordregiver skal vælge enten den laveste pris, laveste omkostninger eller det bedste forhold mellem pris og kvalitet, for at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Valget af tildelingskriterium hænger således uløseligt sammen med ordregivers valg af evt. anvendelse af en evalueringsmodel.

Der skal som udgangspunkt altid være konkurrence blandt tilbudsgivere om at afgive det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og ordregiveren skal derfor angive det valgte tildelingskriterium i udbudsbekendtgørelsen, jf. udbudsloven § 128, jf. bilag V, del C, nr. 18.

Ordregiver må efter praksis ikke anvende synonymer eller omskrivninger for begrebet økonomisk mest fordelagtige tilbud, jf. Klagenævnets kendelse af 2. maj 2000, Uniqsoft 1998 mod Odense Kommune, hvor det blev anset som en krænkelse, at tildelingskriteriet var anført som ”den mest fordelagtige løsning”. Klagenævnet fandt desuden, at ordregiver havde handlet i strid med indkøbsdirektivets artikel 26, ved at anvende ordet ”især” da ordet indikerer, at der ikke er tale om en fuldstændig beskrivelse af de fastsatte underkriterier til tildelingskriteriet. Ordregiver havde i udbudsbetingelserne angivet tildelingskriteriet således:

”Ældre- og Handicapforvaltningen ønsker at udvælge den mest fordelagtige løsning, og vil ved udvælgelsen af løsning og leverandør især lægge vægt på nedenstående kriterier...”

Det må på denne baggrund konkluderes, at det er en vigtig forudsætning for gennemførelsen af et udbud, at ordregiver er præcis i sin formulering af udbudsbetingelserne, samt i formuleringen af det øvrige udbudsmateriale. Med andre ord strækker kravet til klarhed og objektivitet i udbudsmaterialet sig så langt, at ordregiver skal sørge for at anvende den præcise formulering af udbudslovens § 162, i forbindelse med beskrivelsen af det valgte overordnede tildelingskriterium i udbudsbetingelserne.

1.3. Kravsspecifikation

Udbudslovens §§ 40-45 omhandler tekniske specifikationer, der ofte blot omtales kravspecifikationer. Begrebet kravsspecifikation dækker over et udbuds tekniske specifikationer. Det følger af udbudslovens § 40, at ordregiver skal angive de tekniske specifikationer for et konkret udbud i udbudsmaterialet, således de tilbud som tilbudsgiverne afgiver, opfylder kravene til den anvendelse, som ordregiveren har behov for. Herudover taler hensynet til lighedsprincippet for, at de tekniske specifikationer anføres i udbudsmaterialet, da det giver de økonomiske aktører lige muligheder. De tekniske specifikationer som er indeholdt i kravsspecifikationen skal opfyldes af alle tilbudsgiverne. Ordregiver kan ikke afvise tilbud, der ikke opfylder de tekniske specifikationer, hvis tilbudsgiver i sit tilbud kan godtgøre og bevise ved brug af testrapporter, certificering eller anden dokumentation, at tilbuddet indholdsmæssigt opfylder de krav, som ordregiver har fastsat eller som er fastsat i henhold til en standard, jf. udbudslovens § 43.

Tekniske specifikationer for varer- og tjenesteydelseskontrakter, dækker over specifikationer i dokumenter som fastsætter de krævede egenskaber ved et produkt eller en tjenesteydelse. Eksempler på tekniske specifikationer kunne være sikkerhed, emballering, mærkning, brugsvejledning m.v.³⁶ Tekniske specifikationer kan desuden være internationale, europæiske og nationale standarder, jf. bilag VII til udbudsdirektivet, punkt 2. Ordregiveren har gennem kravsspecifikationen og

³⁶ Bilag VII til udbudsdirektivet af 2014, punkt 1, litra b.

ydelsesspecifikationen mulighed for, at stille krav til de egenskaber der kræves af den udbudte kontraktgenstand, jf. udbudslovens § 40, stk. 2, 1. pkt. og art. 42, stk. 1 og 2 i udbudsdirektivet.

Det følger af EU-Domstolens praksis, at der er grænser for, hvad der kan anses for tekniske specifikationer. Det slog EU-Domstolen fast i sag C-398/10, Kommissionen mod Holland (Max Havelaar) af 10. maj 2012.

Sagen vedrørte et udbud om levering, installering og vedligeholdelse af kaffeautomater, samt en kontrakt vedrørende levering af ingredienserne til brug i kaffeautomaterne. Begge kontrakter var udbudt af den nederlandske provins Noord-Holland (ordregiver). Et centralt punkt i den offentliggjorte udbudsbekendtgørelse var ordregivers mål om at udvide sortimentet i kaffeautomaterne, til også at omfatte økologiske produkter og fair trade-produkter. Ordregiver havde derfor krævet som en teknisk specifikation, at ingredienser som blev leveret til anvendelse i kaffeautomaterne dvs. kaffe og the, skulle være fair trade-produkter. EU-Domstolen bemærkede, at de kriterier i udbudsbetingelserne der angav, hvordan leverandøren havde købt produkterne af producenten, ikke var tekniske specifikationer. På denne baggrund fastslog EU-Domstolen, at tekniske specifikationer udelukkende omfatter egenskaberne ved selve produkterne, deres fremstilling, emballering eller anvendelse og ikke kontraktvilkår mellem leverandører og producent, om f.eks. fremstillingsmetoden.

Der er således visse begrænsninger for ordregiver i forbindelse med udarbejdelsen af de tekniske specifikationer. Det er vigtigt at huske på, at ordregiver kan udarbejde tekniske specifikationer som angiver sociale krav, der direkte karakteriserer den pågældende vare eller tjenesteydelse. Omvendt kan sociale hensyn knyttet til produktionsmetoden, som f.eks. arbejdsvilkår for ansatte, ikke anvendes som teknisk specifikation, da det ikke relaterer sig til kvaliteten af den pågældende vare eller tjenesteydelse. Krav om de ansattes vilkår, som f.eks. anvendelse af fairtrade produkter, kan i stedet anvendes som et kriterie for tildeling, jf. udbudslovens § 162 eller som en betingelse for kontraktindgåelse, jf. § 176.³⁷

Ordregiver skal altid udarbejde de tekniske specifikationer ud fra reglerne i udbudslovens § 41, samt under hensyn til de grundlæggende EU-retlige principper. Det følger endvidere af EU-Domstolens praksis³⁸, at ordregiver skal fastlægge de tekniske specifikationer på en så nøjagtig og forståelig måde, at det vil være muligt for ordregiver i forbindelse med tilbudsevalueringen at vurdere om de afgivne tilbud opfylder de fastlagte tekniske specifikationer.

Det følger af udbudslovens § 42, stk. 2, 1. pkt., at ordregiver i særlige situationer kan anvende henvisninger til f.eks. fairtrade produkter eller lignende (kontraktbetingelser eller tildelingskriterier). Sådanne henvisninger er kun tilladt, hvor det ikke er muligt på en tilstrækkelig, nøjagtig og forståelig måde, at beskrive kontraktens genstand ud fra udbudslovens § 41, stk. 1. Det er ordregiveren der har bevisbyrden for, at det ikke er muligt at beskrive en kontraktgenstand på tilstrækkeligvis.³⁹ Anvender ordregiver sådanne henvisninger, skal henvisningen efterfølges af ordene: *eller tilsvarende*, jf. udbudslovens § 42, stk. 2, 2. pkt.

For at undgå diskrimination af de økonomiske aktører er det bl.a. ikke tilladt for ordregiver, at stille krav i de tekniske specifikationer om, at materialer, arbejdskraft eller selve produktionen af

³⁷ Bemærkningerne til udbudslovens § 40.

³⁸ EU-Domstolens dom af 29. april 2004 i sag C-496/99, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta.

³⁹ Bemærkningerne til udbudslovens § 42.t

kontraktgenstanden skal komme fra eller ske i et bestemt land, f.eks. ordregiver eget land, jf. udbudslovens § 42. Krav som disse vil alle stride mod lighedsprincippet, og vil desuden ikke udgøre en teknisk specifikation men derimod et kontraktvilkår, jf. EU-Domstolens sag C-398/10, Kommissionen mod Holland (Max Havelaar) af 10. maj 2012. Yderligere følger det af udbudslovens § 2, stk. 2, at et udbud ikke må udformes med det formål at udelukke udbuddet fra udbudslovens regler eller kunstigt begrænse konkurrencen på markedet. Det vil sige, at ordregiver ikke må favorisere visse økonomiske aktører ved f.eks. at stille tekniske krav i udbudsmaterialet, som kun ganske få og specifikke økonomiske aktører kan opfylde. Såfremt ordregiver udformer sådanne tekniske krav, vil det stride mod den fri konkurrence, på en sådan måde at konkurrencen kunstigt begrænses, jf. udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1 og udbudslovens § 40, stk. 4.

Ordregiver har mulighed for at anvende mindstekrav i kravsspecifikationen, såfremt ordregiver accepterer eller kræver alternative tilbud fra tilbudsgiverene, og dette fremgår af udbudsbekendtgørelsen, jf. udbudslovens § 50. Mindstekrav er krav, er de krav som ordregiveren stiller i udbudsmaterialet, og som tilbudsgiverne skal opfylde for at komme i betragtning til kontrakten. Mindstekrav er defineret i lovbemærkningerne til udbudslovens § 2, som:

”... egenskaber ved det udbudte indkøb eller til kontraktens udførelse, der fastsætter de karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have.”

Et mindstekrav vil f.eks. være hvis ordregiver stiller krav til anvendelsen af en kontraktgenstand. Det kunne være et krav om, at et bord skal kunne hæves og sænkes. Et mindstekrav kan også være formuleret som et såkaldt ”maksimumkrav”, f.eks. at et bord maks. må være 60 cm. langt. Mindstekrav kan udover selve anskaffelsen, også relaterer sig til tilbudsgiveren. Således at ordregiver udformer egnethedskrav formuleret som mindstekrav. Det kunne bl.a. være krav til tilbudsgiver erfaring med at fremstille hæve-sænkeborde. Ordregiver ville i dette tilfælde kunne stille et mindstekrav til egnethed om, at tilbudsgiveren skal have minimum 2 års erfaring med fremstillingen af disse hæve-sænkeborde.

Det følger af Klagenævnet for Udbuds praksis, at et mindstekrav skal være klart, præcist og utvetydigt formuleret. Ordregiver skal sikre sig, at det er klart og tydeligt formuleret hvad mindstekravet indebærer. Såfremt et mindstekrav ikke opfylder denne betingelse, vil ordregiver ikke kunne udelukke et tilbud som ukonditionsmæssigt. Det blev slået fast i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. april 2019, Mediq Danmark A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb v/Billund Kommune, Varde Kommune og Vejen Kommune, hvor klagenævnet udtalte følgende om uklarheden vedrørende et mindstekrav:

”Mindstekravet i kravspecifikationens pkt. 3.2, nr. 3, stiller krav om, at det skal være muligt at læse tallene ”i mørke”. Det er ikke angivet, at der ved ”i mørke” forstås ”i total mørke”, eller at der skal være ”helt mørkt” eller lignende. Kravet indeholder således en vis uklarhed, og en sådan uklarhed er ordregiverens risiko”⁴⁰

Ordregiver bør overveje hvor mange mindstekrav der stilles i et udbudsmateriale, og hvor høje disse krav er. For mange og for høje krav kan ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning:

⁴⁰ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. april 2019, Mediq Danmark A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb v/Billund Kommune, Varde Kommune og Vejen Kommune, s. 40.

Udbudsloven - vejledning om udbudsreglerne fra 2016, være med til at begrænse konkurrencen og i sidste ende også forhøje prisen på den udbudte kontrakt.⁴¹

Det er ikke muligt for tilbudsgiver at tage forbehold for mindstekrav, og der kan ikke forhandles om mindstekrav. Ordregiver bør udforme udbudsbekendtgørelsen og kravsspecifikationen således at der kun stilles absolut ufravigelige krav som mindstekrav, for at sikre at det stadig er mulighed at tilpasse dele af udbudsmaterialet, såfremt der er valgt en fleksibel udbudsprocedure (konkurrencepræget dialog, udbud med forhandling).

1.4. Kontraktbetingelser

Foruden offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, udbudsbetingelserne og kravsspecifikationen kan det være en fordel for både ordregiver og tilbudsgiver, at tilbudsgiver på forhånd kender det mere detaljerede indhold af den udbudte kontrakt. Derfor indgår et udkast til kontrakt ofte som et vigtigt element i offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen. Såfremt det ikke er anført i udbudsbekendtgørelsen, er det et krav at kontraktbetingelserne offentliggøres senere i udbudsprocessen i forbindelse med offentliggørelsen af det øvrige udbudsmateriale, jf. bemærkningerne til udbudslovens § 176. Med den undtagelse, at særlige byrdefulde kontraktvilkår skal offentliggøres i udbudsbekendtgørelsen i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet.

Betingelserne for gennemførelsen af udbuddet dvs. for indgåelse af en kontrakt, er reguleret af udbudslovens § 176. Bestemmelsen er en videreførelse af gældende ret fra Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 med den ændring, at ordregiver nu kan anvende kontraktbetingelser der omfatter økonomiske, innovationsrelaterede, beskæftigelsesrelaterede, miljømæssige og sociale hensyn. Før det nugældende udbudsdirektiv var det kun betingelser omhandlede sociale hensyn og miljøhensyn, der var kunne anvendes som kontraktbetingelser, jf. artikel 26, Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004.

Kontraktbetingelser fastlægger specifikke, objektive krav til kontraktens gennemførelse. Med objektive krav menes, at kravene ikke har betydning for tilbudsevalueringen. Det er dog muligt for ordregiver, at anfører i udbudsmaterialet at tilbudsgiverne kan tage forbehold for kontraktbetingelser, således deres forbehold indgår i tilbudsevalueringen. Har ordregiver ikke valgt at give tilbudsgiverne denne mulighed for at foretage forbehold, skal et forbehold for kontraktbetingelser i et indkommen tilbud, medfører at tilbuddet bliver ukonditionsmæssigt og afvises, jf. bemærkningerne til udbudslovens § 176. En betingelse for lovlig anvendelse af kontraktbetingelser, er at de altid skal have sammenhæng til kontraktgenstanden. Der må således ikke fastsættes kontraktbetingelser, som vedrører generelle forhold hos en leverandør eller lignede.

Hensynet til de grundlæggende EU-retlige principper finder ligesom ved det øvrige udbudsmateriale anvendelse ved udarbejdelsen af kontraktbetingelser. Proportionalitetsprincippet finder dog kun anvendelse, hvor det skal vurderes hvorvidt en specifik kontraktbetingelse kunstigt indskrænker konkurrencen. Herudover bør ordregiveren som udgangspunkt altid overveje, om der er proportionalitet i forholdet mellem de omkostninger der er forbundet med en kontraktbetingelse, og selve formålet med denne.

⁴¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning fra januar 2016, *Udbudsloven – vejledning om udbudsreglerne*, fra 2016, side 232.

1.5. ESPD-dokument

ESPD er en forkortelse for European Single Procurement Document. Dokumentet er ansøger/tilbudsgivers egen-erklæring om virksomhedens finansielle status, formåen og egnethed i forbindelse med en offentlig udbudsprocedure.⁴² ESPD-dokumentet er lovpligtigt i forbindelse med afgivelse af tilbud på offentlige kontrakter omfattet af afsnit II i udbudsloven jf. udbudslovens § 148, stk. 1, jf. artikel 59, stk. 1, 1. afsnit i udbudsdirektivet. ESPD-dokumentet er tilbudsgivers foreløbige dokumentation for opfyldelse af ordregivers mindstekrav til egnethed, samt bevis for, at virksomheden ikke er ramt af en af udelukkelsesgrundene i udbudslovens §§ 135-136. Formålet med at tilbudsgiverne skal vedlægge et ESPD-dokument til deres tilbud, er undgå at tilbudsgiverne senere i udbudsprocessen skal fremlægge store mængder af dokumentation som f.eks. et stort antal certifikater eller lignede. I stedet kan ordregiver på et hvilket som helst tidspunkt i udbudsprocessen anmode om fremlæggelse af den relevante og evt. manglende dokumentation fra den enkelte tilbudsgiver, jf. udbudslovens § 151, stk. 2.

I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. september 2016, Fayard A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI), blev spørgsmålet rejst om hvorvidt en ordregiver (FMI) var berettiget til at undlade at prækvalificere en tilbudsgiver (Fayard), med den begrundelse, at de referencer som var oplyst i ESPD-dokumentet samlet set blev vurderet til ikke at være relevante.

Tilbudsgiver havde beskrevet referencerne meget sparsomt, og det fremgik ikke om der var tale om reparations- og vedligeholdelsesarbejder, som den udbudte rammeaftale vedrørte. Der var blot angivet skibsnavne og beløb. Klagenævnet udtalte, at tilbudsgiver imidlertid ikke i ESPD-dokumentet havde anført oplysninger, som ordregiver jf. udbudslovens § 151, stk. 5, ikke kunne kræve yderligere dokumentation for. Klagenævnet vurderede relevansen af referencerne ud fra beskrivelsen af den udbudte kontrakt i udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.4., dels ud fra de krav til referencerne, som blev beskrevet i punkt II.2.9 og ud fra punkt III.1.3, hvorefter ordregiver ønskede ansøgerne skulle beskrive hver levering, størrelsen og værdien af leveringen samt typen og mængden af stål i den beskrevne levering. Det fremgår af udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.9 at:

”[Bemærk venligst, at eventuelle uklarheder og/eller ikke forståelige oplysninger i relation til punkt III.1.3) kan betragtes negativt i evalueringen af kandidater].”

Klagenævnet henviser i kendelsen til en tidligere kendelse af 20. april 2016, Backbone Aviation A/S mod Danmarks Metrologiske Institut, hvor Klagenævnet havde udtalt sig angående betydningen af en ordregivers tidligere erfaring med en konkret tilbudsgiver. Klagenævnet havde i kendelsen udtalt at det følger af fast praksis fra EU-Domstolen og Klagenævnet, at en ordregiver som udgangspunkt ikke kan inddrage tidligere erfaringer med en konkret tilbudsgiver til fordel for denne tilbudsgiver. Klagenævnet konkluderede på baggrund af den tidligere kendelse samt ud fra fast praksis, at ordregiver har et vidt skøn ved vurderingen af, hvilke ansøgere blandt de egnede, der efter de offentliggjorte kriterier i udbudsbekendtgørelsen, er bedst egnede og som derfor skal prækvalificeres.

⁴² Europa Kommissionens hjemmeside: <https://ec.europa.eu/tools/espd/filter?lang=da>

Klagenævnet henviste yderligere til evalueringsnotatet, hvoraf det fremgik at FMI havde udvalgt de 5 prækvalificerede virksomheder ud fra de objektive og ikkediskriminerende kriterier som fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i overensstemmelse med udbudslovens § 145, stk. 2.

Formålet med ordregivers indhentelse af ESPD-dokumentation er at sikre, at udbudsprocessen sker korrekt. Det er derfor et krav, at ordregiver kræver den relevante dokumentation fra den tilbudsgiver ordregiver har til hensigt at tildele kontrakten til, og senest inden der træffes beslutning om tildeling af kontakten, jf. udbudslovens § 152, jf. § 151, stk. 1. Når ordregiver har modtaget ESPD-dokumentationen skal oplysningerne verificeres efter reglerne i udbudslovens §§ 153-158 om dokumentation for økonomisk, finansiel, teknisk samt faglig formåen. Såfremt ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af en af udelukkelsesgrundene i udbudslovens §§ 135-137 skal dette anføres i ESPD-dokumentationen. Herefter vil ansøger eller tilbudsgiver få mulighed for at uddybe udelukkelsesgrunden, jf. udbudslovens § 138. Ansøger eller tilbudsgiver kan i henhold til denne bestemmelse ”self cleane” virksomheden dvs. oplyse om de foranstaltninger der er truffet til selvrehabilitering.

Til at lette udarbejdelsen af ESPD-dokumentation på tværs af landegrænser, har EU-Kommissionen udarbejdet et elektronisk system kaldet *e-Certis*. Systemet er udarbejdet som en vejledning til ordregivere og ansøgere eller tilbudsgivere, i forbindelse med identifikation af den relevante dokumentation ved udarbejdelse af dokumentationskrav i en udbudsbekendtgørelse eller i forbindelse med indsendelse af ansøgning eller afgivelse af tilbud på en kontrakt i et andet EU-land.

Det er muligt for ansøger eller tilbudsgiver at genbruge et ESPD-dokument, som tidligere er anvendt i et udbud. Forudsat, at ansøgeren eller tilbudsgiveren kan bekræfte, at oplysninger i ESPD-dokumentet fortsat er korrekte, jf. udbudslovens § 150.

2. Delkonklusion

Ordregiver har mulighed for at vælge mellem 8 forskellige udbudsprocedurer, når der skal foretages offentlige indkøb efter udbudslovens regler, jf. udbudslovens § 55. Et udbudsmateriale består af fire grundlæggende elementer; en udbudsbekendtgørelse, udbudsbetingelser, kravsspecifikation og kontraktbetingelser. Det følger desuden af udbudslovens §§ 127-129, at det er et krav at ordregiver udarbejder, offentliggøre og anvender en udbudsbekendtgørelse i forbindelse med udbuddet af en offentlig kontrakt.

Udbudsbetingelserne udgør rammerne for det enkelte udbud, og det er i disse at evalueringsmetoden og evt. evalueringsmodellen fastsættes af ordregiver, i overensstemmelse med udbudslovens § 160. Bestemmelsen indeholder et krav til ordregivers beskrivelse af den valgte evalueringsmetode og evt. evalueringsmodel. Desuden indeholder bestemmelsen et krav om, at ordregiver angiver kriterierne for tildeling af kontrakten og vægningen af evt. under- og delkriterier, jf. udbudsdirektivets præambel, betragtning 90. Formålet med udbudsloven § 160 er, at sikre ordregiver overholder de grundlæggende EU-udbudsretlige principper, jf. udbudslovens § 2.

Begrebet evalueringsmetode dækker over den systematik, som ordregiver anvender ved evalueringen af tilbud, med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, jf. bemærkningerne til den nugældende udbudslovs § 160. Anvendelsen af evalueringsmodeller har således til formål at hjælpe ordregiver med, at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, på baggrund af de i udbudsmaterialet fastsatte kriterier herfor. Ordregiver har ikke frit valg af evalueringsmetode, men har et vidt skøn under hensyntagen til principperne i udbudslovens § 2. Ofte er en evalueringsmetode

uddybet i form af ordregivers anvendelse af en evalueringsmodel. Det følger af bemærkningerne til udbudslovens § 160, at der kan anvendes en af følgende evalueringsmodeller; *prismodel*, *pointmodel* eller *prosamodel*. Der er dog ikke angivet noget krav om, at ordregiver skal anvende én af disse evalueringsmodeller. Ordregiver har en pligt til at sikre at anvendelsen af en evalueringsmodel sker på en gennemsigtig måde, og i overensstemmelse med udbudsmaterialet.

Prismodellen anvendes, hvor formålet er at identificere tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet i kroner og øre. Ordregiver bedømmer ved anvendelsen af prismodellen de kvalitative og kvantitative underkriterier ud fra en fastsat pointskala i udbudsmaterialet.

Prosamodellen er en sproglig evaluering af de indkomne tilbud i henhold til de i udbudsmaterialet fastsatte underkriterier og eventuelle delkriterier, med henblik på at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Prosamodellen anvendes sjældent i praksis, hvilket formentlig skyldtes manglende gennemsigtighed ved anvendelsen.

Pointmodellen sammenlægger point for pris og kvalitet til at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud, ved at omregne henholdsvis pris og kvalitet i de indkomne tilbud til point, hvorefter tilbuddet med det højeste antal point repræsenterer det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Der findes flere forskellige slags pointmodeller herunder bl.a. en lineær og en ikke-lineær pointmodel

Ordregiver har ikke et ubetinget frit valg af evalueringsmetode, men har et vidt skøn i forbindelse med valget af evalueringsmetode og evt. evalueringsmodel.

Kapitel 4 – Tilbudsevalueringen

I kapitel 4 undersøges det hvor præcist ordregiveren bør beskrive sit valg af evalueringsmodel i det offentliggjorte udbudsmateriale. Desuden gennemgås den seneste lovændring af udbudsloven, og det søges klarlagt, hvilken betydning denne ændring i praksis vil få.

1. Betydningen af detaljeringsgraden ved offentliggørelsen af en evalueringsmodel

Der har været stor diskussion omkring udbudslovens § 160. Hovedtvisten går på hvorvidt "x" skal udfyldes med et tal og offentliggøres i udbudsmaterialet, når pointmodellen anvendes som evalueringsmodel. På den ene side står de der er af den opfattelse, at "x" skal udfyldes med et tal i udbudsmaterialet således, at potentielle tilbudsgivere lettere kan forholde sig til vægtningen af procentsatsen (primært tilbudsgiverne og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen). På den anden side står de, som mener det er tilstrækkeligt blot at angive procentsatsen som "x" i det offentliggjorte udbudsmateriale (primært ordregiverne), og først offentliggøre "x" senere i udbudsprocessen, når tilbudsevalueringen påbegyndes, og det er muligt at fastsætte "x" ud fra det laveste indkomne tilbud.⁴³ Det er midlertidig svært at tage højde for en prisforskel på mere end 100%, når denne forskel er omregnet ved hjælp af pointmodellen, og angivet som et bestemt tal i udbudsmaterialet. Pointmodellen kan ikke rumme procentforskelle så store (mere end 100 %), når de angives som et konkret tal i forbindelse med omregningen til point. Anvendes pointmodellen alligevel i sådanne tilfælde, vil det oftest føre til at den samlede pointscore bliver usammenlignelig og utroværdig. Derfor vil ordregiver oftest være nødsaget til at anvende en sekundær evalueringsmetode, i tilfælde hvor prisforskellen på de indkomne tilbud er større end 100 %.

Ordregiver kan i visse konkrete situationer (som i ovenstående) tilpasse evalueringsmetoden på en bestemt måde, eller vælge at benytte en på forhånd fastlagt sekundær evalueringsmetode i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudslovens § 2. Det skal desuden fremgå af udbudsmaterialet hvilke objektive konstaterbare forhold som skal være til stede, før ordregiveren kan anvende de oplyste tilpasningsmuligheder eller sekundære evalueringsmetoder, jf. bemærkningerne til udbudslovens § 160.

Vælger ordregiver at foretage ændringer i den offentliggjorte evalueringsmetode, udover hvad der er angivet i det udbudsmateriale, der blev offentliggjort i forbindelse med offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, vil det som den klare hovedregel blive anset som en ændring af de grundlæggende elementer i udbuddet, og medfører et krav om fornyet udbud, jf. ordlydsfortolkning af udbudslovens § 178. Såfremt det efter en konkret vurdering skønnes, at der alene er tale om en ændring af et ikke-grundlæggende element i udbuddet, vil ordregiveren lovligt kunne foretage en rettelse af udbudsbekendtgørelsen eller det øvrige udbudsmateriale. Denne rettelse bør dog meddeles til tilbudsgivere, og tilbudsfristen bør herefter forlænges således tilbudsgiverne har mulighed for at tilpasse deres tilbud efter ændringen. Hvis der alene er tale om konkrete ændringer af en evalueringsmodel, kan disse gennemføres uden dette er beskrevet på forhånd i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne. Ordregiveren skal dog kunne godtgøre, at ændringen hverken kan have haft betydning for kredsen af interesserede økonomiske aktører, eller have forvredet konkurrencen mellem tilbudsgiverne.

⁴³ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbruger styrelsen mod Region Midt

2. Den tilstrækkelige beskrivelse af evalueringsmetoden i udbudsmaterialet

Som ordregiver skal man gøre sig mange overvejelser i forbindelse med udarbejdelsen af sin evalueringsmodel, herunder detaljeringsgraden i beskrivelsen af denne. Et spørgsmål som oftest opstår er, hvor langt ordregivers pligt til at beskrive evalueringsmetoden i udbudsmaterialet rækker.

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbruger styrelsen mod Region Midt omhandler fortolkningen af udbudslovens § 160. Som beskrevet i afsnit 3 i dette speciale, følger det af udbudslovens § 160, at ordregiver skal beskrive evalueringsmetoden i forbindelse med offentliggørelsen af udbudsbetingelserne. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gør i kendelsen overordnet gældende, at ordregiver ikke har et ubetinget frit valg mellem de indkomne tilbud ved evalueringen heraf, samt at ordregiver i forbindelse med evalueringen ikke må lægge vægt på forhold, der ikke har været oplyst i udbudsmaterialet ved offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen. Kendelsen har fået præjudikats værdi og danner i dag præcedens, for rækkevidden af ordregivers pligt til at beskrive evalueringsmetoden i udbudsmaterialet.

Region Midtjylland havde som offentligt udbud efter udbudslovens regler om rammeaftaler udbudt rammeaftaler om køb af anæstesiapparater og anæstesimonitorer, opdelt i 2 delaftaler. I kendelsen gjorde Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (herefter benævnt KFST) overordnet gældende, at forpligtelsen til at oplyse hældningsgraden ("x") i udbudsmaterialet både støttes af en ordlydsfortolkning af udbudslovens § 160, stk. 1, og af de særlige bemærkninger til bestemmelsen, ligesom det kan udledes af lovbemærkningerne til bestemmelsen. I relation til ordlydsfortolkningen har KFST nærmere anført, at hældningsgraden på den lineære pointmodel udgjorde en del af evalueringsmetoden, og derfor skulle have været offentliggjort i udbudsmaterialet ved offentliggørelsen af udbudsbetingelserne. KFST gjorde desuden gældende, at Region Midtjylland ikke opfyldte oplysningspligten i henhold til udbudslovens § 160, stk. 1, ved blot at anføre i udbudsmaterialet, at hældningsgraden vil blive fastsat efter åbningen af tilbuddene. Hertil gjorde Region Midtjylland gældende, at ordregiverne ikke på forhånd ved hvad procentsatsen skal beregnes på grundlag af, da tilbuddet med den laveste pris naturligvis ikke kendes ved offentliggørelsen af udbudsmaterialet. Region Midtjylland mente på denne baggrund ikke, at der i udbudslovens § 160, stk. 1 ved anvendelsen af den lineære pointmodel, var indeholdt en pligt til for ordregiver at angive hældningsgraden. Region Midtjylland gjorde hertil gældende, at udbudslovens § 160, stk. 1. i relation til en ordlydsfortolkning, ikke indeholdt en nærmere beskrivelse af forståelsen af begrebet "evalueringsmetoden", samt ej heller indeholdt et krav til detaljeringsgraden i beskrivelsen af denne.

KFST var af den holdning at Region Midtjylland ved ikke at offentliggøre hældningsgraden, fik mulighed for at foretage et frit valg mellem tilbuddene under tilbudsevalueringen. Begrundelsen herfor var, at fastsættelsen af hældningsgraden var afgørende for point fordelingen mellem tilbudsgiverne, for det økonomiske underkriterium og for den samlede pointscore. Region Midtjylland gjorde hertil modsætningsvist gældende, at:

"Kravet om, at ordregiveren ikke må have et ubetinget frit valg ved evalueringen, er ikke i sig selv indikation for, hvor udførligt ordregiveren er forpligtet til at beskrive sin evalueringsmetode i udbudsmaterialet."

Region Midtjylland gjorde supplerende gældende, at forbuddet mod ordregiveres ubetinget frit valg ved evalueringen, ikke indebærer et krav om, at udbudsmaterialets beskrivelse af evalueringsmetoden skal være udførlig og udtømmende.

Klagenævnet kom frem til, at den lineære pointmodel som Region Midtjylland havde fastsat og beskrevet som evalueringsmetode, ikke efterlod regionen med et ubetinget frit valg ved evalueringen. Region Midtjylland havde beskrevet evalueringsmetoden i udbudsbetingelserne på følgende måde:

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

På baggrund af ovenstående nåede Klagenævnet frem til den konklusion, at evalueringsmetoden var beskrevet tilstrækkeligt, og at udbuddet således overholdte udbudslovens § 160, stk. 1. Klagenævnet bemærkede hertil, at bestemmelsen ikke skal fortolkes videre end dens ordlyd samt at det følger af lovbemærkningerne til bestemmelsen, at bestemmelsen indebærer et krav om ordregiver skal beskrive den systematik, som benyttes ved evalueringen af de indkomne tilbud:

”...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 ordregiver 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...”

Klagenævnet for Udbud foretog på denne baggrund en indskrænkende fortolkning af udbudslovens § 160. Klagenævnet begrundede dette med, at det anførte vedrørende den del af lovbemærkningerne til udbudslovens § 160 som vedrører gennemsigtighed, ikke efterfølgende er bekræftet af EU-Domstolens praksis og refererede i den forbindelse til EU-Domstolens dom af 14. juli 2016 i sag C-6/15, TNS Dimarso NV. Sagen drejede sig om fortolkningen af artikel 53, stk. 2 i udbudsdirektivet fra 2004, sammenholdt med de grundlæggende EU-retlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. EU-Domstolen slog med afgørelsen i sagen fast, at ordregiver ikke efter udbudsdirektivet af 2014 eller EU-Domstolens på daværende tidspunkt øvrige praksis, var forpligtet til at oplyse om den anvendte evalueringsmetode i forbindelse med tilbudsevalueringen, i udbudsmaterialet eller udbudsbetingelserne.⁴⁴ Således gælder der efter denne dom fra EU-Domstolen ingen forpligtelse for ordregiver til på forhånd at offentliggøre hældningsgraden på en anvendt pointmodel/evalueringsmodel. Klagenævnets indskrænkende fortolkning af bestemmelsen medfører desuden, at en situation, der teoretisk er omfattet af ordlyden af bestemmelsen i udbudslovens § 160, alligevel ikke er omfattet.

Klagenævnet var således uenige med KFST i, at udbudslovens § 160 indeholder et stærkere krav til gennemsigtighed vedrørende vægtning og de nærmere detaljer angående ordregivers tilbudsevaluering, end der på daværende tidspunkt blev set af Klagenævnet for Udbuds praksis. Med kendelsen blev det slået fast, at der i den nugældende udbudslovs § 160, stk. 1, ikke er hjemmel til at stille krav om, at hældningsgraden på en lineære pointmodel skal offentliggøres i udbudsmaterialet.

⁴⁴ EU-Domstolens dom af 14. juli 2016 i sag C-6/15, TNS Dimarso NV, præmis 27 og 28.

Udbudslovens § 16, stk. 1 lyder som følgende:

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

Af lovbemærkningerne til bestemmelsen, fremgår bl.a.:

” Det er ikke et krav, at evalueringsmetoden kan beskrives ved hjælp af en matematisk formel, jf. dog § 162, stk. 1, nr. 2, angående tildelingskriteriet »omkostninger«.”

Samt følgende angående ordregivers bedømmelse af de indkomne tilbud:

”Uanset om ordregiveren baserer evalueringsmetoden på en prosamodel, prismodel eller pointmodel, påhviler det ordregiveren at sikre, at bedømmelsen sker på en gennemsigtig måde i overensstemmelse med det, som har været oplyst i udbudsmaterialet.”

Eftersom det ikke følger af bestemmelsen, bemærkningerne til bestemmelsen eller lovens forarbejder, hvor detaljeret ordregiver skal beskrive evalueringsmetoden, må det på baggrund heraf antages at Klagenævnets kendelse har været i overensstemmelse med den gældende EU-lovgivning på området og dermed i overensstemmelse med princippet om EU-rettens forrang.

3. Lovændring som følge af praksis

Erhvervsministeren fremsatte på vegne af regeringen den 12. december 2018 et forslag til ændring af udbudsloven⁴⁵. Med lovforslaget blev der foreslået 3 ændringer af udbudsloven:

1. Indførelse i Udbudsloven af definitionen på en evalueringsmodel for offentlige udbud.
2. Indførelsen af et krav om, at ordregiver skal offentliggøre alle dele af den valgte evalueringsmodel i udbudsmaterialet allerede ved offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen. Ordregiver forpligtes således til at beskrive alle detaljer angående de ”værktøjer”, som anvendes ved sammenligning af de indkomne tilbud.
3. Krav om at ordregiverne ved tilbudsevalueringen skal holde vurderingen af pris og kvalitet adskilt. (Dette krav gælder kun for bygge- og anlægskontrakter med en værdi på mere end 350 mio. kr.)

Lovforslaget har været sendt i høring den 5. oktober 2018 til i alt 106 organisationer, foreninger mv. Høringssvarerne har været meget delte. Særligt repræsentanterne for tilbudsgiverne gav udtryk for støtte til lovforslaget. Modsat gav repræsentanterne for ordregiverne udtryk for bekymring, da de frygtede de administrative byrder lovforslaget ville medføre.⁴⁶

⁴⁵ Forslag til Lov om ændring af udbudsloven, L 125, fremsat den 12. december 2018 af Erhvervsministeren (Rasmus Jarlov).

⁴⁶ Erhvervsministeriets høringsnotat af 13. november 2018, *Høringsnotat vedrørende fremsættelse af forslag til ændring af udbudsloven (DEC I)*.

Erhvervsministeren udtalte i forbindelse med fremlæggelsen af lovforslaget at formålet med lovforslaget er at opnå en effektiv konkurrence om de offentlige opgaver.⁴⁷ De 3 ændringer i loven som forslaget indebærer, vil bidrage til en effektiv konkurrence ved bl.a. at sikre en øget gennemsigtighed for mulige tilbudsgiver inden afgivelse af tilbud. Dette vil komme som en naturlig følge af kravet om, at ordregiver skal offentliggøre alle dele af den valgte evalueringsmodel allerede fra opstarten af udbuddet. Den tredje ændring vedrørende ordregivers forpligtelse til at adskille vurderingen af pris og kvalitet ved større bygge- og anlægskontrakter, er med til at sikre den effektive konkurrence gennem overholdelsen af ligebehandlingsprincippet i forbindelse med tilbudsevalueringen, således det sikres at der ikke sker en usaglig favorisering af bestemte tilbud.

Efter 1. behandling af lovforslaget blev det sendt til udvalgsbehandling ved Erhvervs-, Vækst-, og Eksportudvalget, hvorefter Erhvervsministeren skulle fremsende svar på eventuelle spørgsmål. Erhvervsministeren besvarede i alt 5 spørgsmål, alle stillet til ministeren den 21. januar 2019. Et af spørgsmålene som blev stillet omhandlede små og mellemstore virksomheders mulighed for at afgive tilbud, herunder lovforslaget betydning for dette. Erhvervsministeren forlagde spørgsmålet for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, som vurderede at det vil være en fordel for alle tilbudsgivende virksomheder, herunder også små- og mellemstore virksomheder. Erhvervsministeren udtalte supplerende hertil følgende:

”jo større indsigt tilbudsgiver har i, hvordan ordregiver vil evaluere tilbud, jo bedre kan tilbudsgivere optimere deres tilbud. Ligeledes opnår tilbudsgivere bedre muligheder for at vurdere, om de vil bruge ressourcer på at byde på en udbudt kontrakt.”⁴⁸

Der ses en tydelig sammenhæng mellem erhvervsministerens besvarelse af spørgsmålet, og det ønskede formål med lovforslaget, nemlig at styrke den forudgående gennemsigtighed, herunder tilbudsgivers mulighed for optimering af tilbud. Samtidig er formålet også, at sikre overholdelsen af ligebehandlingsprincippet, herunder ligebehandling af tilbudsgiverne, jf. udbudslovens § 2. Det overordnede formål med lovforslaget må på denne baggrund antages at have været, at søge at skabe en mere effektiv og fair konkurrence om de offentlige kontrakter.

Et væsentligt spørgsmål som blev forelagt i forbindelse med udvalgsbehandlingen, gik på om lovforslaget ville få samfundsmæssige konsekvenser. Erhvervsministeren forelagde ligesom forrige spørgsmål også dette spørgsmål for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderede at lovforslagets del om offentliggørelsen af evalueringsmodellen, ikke ville medføre særlige ændringer, eftersom forslaget stemte overens med formålet bag udbudsloven. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen henviste desuden til lovforslagets særlige fokus på overholdelsen gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i forbindelse med beskrivelsen af evalueringsmodeller, det var Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens klare holdning, at det ville medføre bedre tilbud. Styrelsen henviste dog til, at det ville kunne medføre den konsekvens for ordregiver at de administrative byrder ville blive større i form af, at der stilles større krav til ordregivers overvejelser om evalueringsmodellens udformning inden offentliggørelsen af udbuddet.⁴⁹

⁴⁷ Erhvervsministeren Rasmus Jarlovs tale under debatten til 1. behandling af lovforslaget den 12. december 2018 samt høringsnotat til forslaget af 13. november 2018.

⁴⁸ Erhvervsministerens besvarelse af spørgsmål 2 ad L 125 stillet af Erhvervs-, Vækst-, og Eksportudvalget den 14. januar 2019.

⁴⁹ Erhvervsministerens besvarelse af spørgsmål 3 ad L 125 stillet af Erhvervs-, Vækst-, og Eksportudvalget den 14. januar 2019.

I betænkning afgivet af Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget den 31. januar 2019 over forslag til lov om ændring af udbudsloven stillede erhvervsministeren 1 ændringsforslag til lovforslaget. Ændringsforslaget omhandlede en præcisering af de specielle bemærkninger til udbudslovens § 160, stk. 1, 1. pkt., om hvordan bestemmelsen skal forstås i forhold til sortimentsudbud og beskrivelsen af fremgangsmåden til at sammensætte en varekurv.

Lovforslaget blev 2. behandlet af Folketinget den 19. februar 2019, efter forhandlingen blev det vedtaget at lovforslaget skulle gå direkte videre til 3. behandling uden fornyet udvalgsbehandling.

Lovforslaget blev 3. behandlet og endeligt vedtaget af Folketinget den 26. februar 2019 med 97 stemmer for og 9 stemmer imod. Lovændringen træder i kraft den 1. juli 2019.⁵⁰

Lovændringen har fået titlen:

Lov om ændring af udbudsloven (offentliggørelse af alle dele af evalueringsmodellen og krav om evaluering af kvalitet uden kendskab til pris ved visse større bygge- og anlægskontrakter).

Med lovændringens ikrafttrædelse indføres en definition på en evalueringsmodel i udbudslovens § 24, nr. 39:

”39) Evalueringsmodel: Det eller de værktøjer, der anvendes af ordregiver til at sammenstille tilbudsgivernes besvarelse af forskellige kriterier for tildeling med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.”

Det fremgår af bemærkningerne til bestemmelsen, at en evalueringsmodel f.eks. vil være matematiske formler, pointmodeller, prismodeller og pointskalaer til bedømmelse af økonomiske og kvalitative kriterier for tildeling.

Udbudslovens § 160, stk.1 angående ordregivers fremgangsmåde ved tilbudsevalueringen ændres således den fremover har følgende ordlyd:

”En ordregiver skal i udbudsmaterialet fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen. Specifikke parametre i evalueringsmodellen kan afhænge af de indkomne tilbud, men det skal entydigt fastlægges og beskrives på forhånd, hvordan parametrene fastlægges. Parametrene i evalueringsmodellen kan ikke afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene.”

I forhold til den nugældende § 160, stk. 1. i udbudsloven, hvor lovgiver bruger ordet *angive*, stiller lovgivers ordvalg i den kommende lovændring højere krav til ordregivers beskrivelse af evalueringsmodellen. I lovændringen anvendes ordene *fastlægge* og *beskrive* i forbindelse med evalueringsmodellen. Generelt indeholder lovændringen af §160, stk. 1 en mere detaljeret beskrivelse af ordregivers pligt til at offentliggøre evalueringsmodellen, og stiller samtidigt højere krav til ordregivers beskrivelse af denne, og de værktøjer som ordregiver anvender til at sammenligne indkomne tilbud. Det følger desuden af bestemmelsens ordlyd, at alle dele af evalueringsmodellen skal fastlægges og beskrives. Det vil fremover betyde, at pointmodeller, prismodeller, pointskalaer

⁵⁰ Lov nr.204 af 5. marts 2019, Lov om ændring af udbudsloven (offentliggørelse af alle dele af evalueringsmodellen og krav om evaluering af kvalitet uden kendskab til pris ved visse større bygge- og anlægskontrakter), § 2, stk. 1.

og matematiske formler som f.eks. hældningsgrader, er en del af evalueringsmodellen og som følge af bestemmelsens ordlyd skal fastlægges og beskrives i udbudsmaterialet. Af bestemmelsens ordlyd fremgår det yderligere, at kravet om fastlæggelse og beskrivelse også gælder for indholdet af evalueringsmodellerne, og det er således ikke tilstrækkeligt blot at anføre, at der f.eks. anvendes en pointmodel, også indholdet af den valgte evalueringsmodel skal beskrives.

3.1. Lovændringens betydning for ordregivers tilbudsevaluering i fremtiden

I praksis vil lovændringen som træder i kraft fra den 1. juli 2019 betyde, at det ikke vil være lovligt for ordregivere at anvende en evalueringsmodel eller dele af den i forbindelse med tilbudsevalueringen, såfremt evalueringsmodellen ikke på forhånd har været beskrevet og offentliggjort i udbudsmaterialet. Det er dog vigtigt at have for øje, at formålet med kravet om forudgående offentliggørelse af evalueringsmetoden i udbudsmaterialet bl.a. er at give mulige tilbudsgivere bedre mulighed for, at optimere deres tilbud inden de afgives. Dette taler for, at der stilles krav om at hældningsgraden på en lineære pointmodel skal offentliggøres som en del af evalueringsmodellen i udbudsmaterialet. Omvendt konstaterede Klagenævnet for Udbud i kendelsen af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbruger styrelsen mod Region Midt, at pligten i den nugældende udbudslovs § 160 til at offentliggøre evalueringsmetoden ikke udelukker, at dele af evalueringsmodellen i visse konkrete tilfælde kan, undtages fra kravet om forudgående offentliggørelse. Der er altså visse undtagelser fra kravet om forudgående offentliggørelse af evalueringsmodellen, i forbindelse med anvendelse af en pointmodel, eftersom ordregiver f.eks. ikke på forhånd kender det laveste tilbud, før der er foretaget en tilbudsevaluering. Det vil som følge af kendelsen og den nye ændring af udbudslovens § 160, være lovligt for ordregiver blot at angive i udbudsmaterialet hvordan konkrete parametre fastlægges, så længe disse er beskrevet tilstrækkeligt præcist og klart i udbudsmaterialet, og disse kun kan fortolkes entydigt.

Klagenævnet for udbud traf afgørelse om opsættende virkning i kendelse af 9. januar 2019, Wedel Installation ApS mod Københavns Universitet. Efter delkendelsen blev tildelingsbeslutningen dog annulleret af ordregiveren (Københavns Universitet), og klageren (Wedel Installation) trak sin klage tilbage, hvorfor delkendelsen af 9. januar 2019 er Klagenævnet for Udbuds endelige afgørelse i sagen.

Københavns Universitet havde sendt en rammeaftale opdelt i 5 delaftaler om indkøb af elektriskydelse i udbud. Klagen gik overordnet på, hvorvidt Københavns Universitet havde tilsidesat de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke i udbudsmaterialet at beskrive evalueringsmetoden, samt hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen, jf. udbudslovens § 160. Af udbudsbetingelsernes § 11 fremgik følgende om evalueringsmodellen:

”11.2. Evalueringsmodel

Ordregiver vil anvende en lineær pointmodel med en variabel økonomisk ramme.

Gennemsnitsprisen i tilbuddene vil svare til middel på pointskalaen, og minimum- og maksimumpoint fastsættes til gennemsnitsprisen plus/minus [x] procent. Tilbudspriserne omregnes lineært til point i forhold til, hvor meget de afviger fra gennemsnitsprisen.

Herefter vil point fra begge underkriterier blive vægtet i overensstemmelse med nedenstående tildelingskriterier, jf. punkt 11.3”.

Wedel Installation ApS gjorde bl.a. gældende, at hældningsgraden ikke var offentliggjort i udbudsmaterialet på forhånd.

”Hældningsgraden i modellen er ikke offentliggjort, idet det blot er angivet, at tilbudspriserne i modellen omregnes til point i forhold til, hvor meget de afviger fra gennemsnitsprisen plus/minus X-procent.”

Wedel Installation gjorde yderligere gældende, at beskrivelsen i udbudsbetingelsernes § 11 vedrørende evalueringsmodellen, ikke var beskrevet tilstrækkeligt klart og præcist, og således ikke opfyldte kravene til beskrivelse af evalueringsmodellen, jf. udbudslovens § 160, og ej heller opfyldte de grundlæggende udbudsretlige principper om bl.a. gennemsigtighed, jf. udbudslovens § 2.

”Hertil kommer, at tilbudsgiverne heller ikke har modtaget oplysninger om, hvad ordregiver tager hensyn til ved fastlæggelsen af den ukendte ”X” procent, som bestemmer hældningsgraden på evalueringsmodellens lineære funktion, hvilket ligeledes er uigennemsigtigt og utilstrækkeligt i forhold til kravene i udbudslovens § 160, jf. herved særligt klagenævnets begrundelse i kendelsen af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland.”

Wedel Installation henviste i deres udtalelse til klagen til kendelsen fra Klagenævnet for Udbud af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland. Hertil anførte Københavns Universitet at det følger af kendelsen, at der i udbudsloven § 160 ikke er noget krav om, at ordregiver oplyser den hældningsgrad, der vil blive anvendt i en pointmodel. Samtidig henviser Københavns Universitet til, at lovforslaget til ændringen af udbudslovens § 160 var i høring under klagesagen mellem Københavns Universitet og Wedel Installation, og at udbudsloven på tidspunktet for udbuddets gennemførelse således ikke indeholdt en forpligtelse for ordregiver til at offentliggøre alle dele af evalueringsmodellen. Københavns Universitet gjorde desuden gældende, at den anvendte evalueringsmetode og beskrivelsen af denne i udbudsbetingelserne § 11, stemte overens med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens gældende vejledning om evalueringsmetoder fra marts 2018, hvoraf det fremgår udtrykkeligt, at der ikke gælder et krav for ordregiver til at fastsætte hældningsgraden og oplyse denne på forhånd i udbudsmaterialet.⁵¹

Klagenævnet udtalte at det ikke i sig selv var i strid med udbudslovens § 160, stk.1, at Københavns Universitet ikke havde fastsat den procentuelle hældningsgrad på den lineære pointmodel på forhånd, og henviste i denne forbindelse til kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland. Klagenævnet fandt dog, at det muligvis ikke havde været uden betydning for tilbudsgiverne, at der i udbudsbetingelserne og udbudsmaterialet i øvrigt, ikke var oplyst om fremgangsmåden ved fastlæggelsen af hældningsgraden, f.eks. hensynet til det forventede prisniveau og/eller spredning eller om der ville ske justering for unormalt lave/høje priser. Klagenævnet fandt således ikke at evalueringsmetoden var beskrevet på en tilstrækkelig klar og gennemsigtig måde, og gav i denne forbindelse Wedel Installation ApS medhold i påstanden om manglende gennemsigtighed i udbudsmaterialet, jf. udbudslovens § 2. Klagenævnets udtalelse i kendelsen, fremhæver vigtigheden af hensynet til formålet med udbudslovens § 160 krav om ordregivers offentliggørelse af tildelingskriterierne, beskrivelse af evalueringsmetoden og hvad der tillægges betydning ved

⁵¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning fra marts 2018, *Evalueringsmetoder - Praktisk vejledning til offentlige indkøbere*, fra marts 2018, side. 8, fodnote 6.

tilbudsevalueringen. Hovedformålet med bestemmelsen er netop at sikre, at tilbudsgiverne har et reelt grundlag for at kunne vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på udarbejdelsen af et tilbud. Formålet skal ses i sammenhæng med de grundlæggende udbudsretlige principper jf. udbudslovens § 2, herunder gennemsigtighedsprincippet.

Da lovændringen bl.a. betyder, at alle dele af evalueringsmodellen skal offentliggøres på forhånd, stiller det naturligvis et højere krav til ordregivers ressourceforbrug ved udarbejdelsen af en udbudsbekendtgørelse. Det antages på denne baggrund, at der med den nye lovændring gælder et endnu større krav til ordregivers hensyntagen til sammenspillet mellem udbudslovens § 160. Det må desuden antages, at Klagenævnet for Udbud som følge af kendelsen af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland og lovændringen af udbudslovens § 160, fremover (efter den 1. juli 2019) vil fastlægge en strengere praksis angående offentliggørelseskravet.

4. Delkonklusion

Lovændringen af udbudslovens § 160 der træder i kraft den 1. juli 2019, indebærer en ny definition på en evalueringsmodel, og definerer *evalueringsmodel* som det eller de værktøjer ordregiver anvender, for at kunne identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Som noget nyt i forhold til den gældende § 160, kan en evalueringsmodel fremover efter ordlyden af bestemmelsen, også udgøre en matematisk formel, jf. bemærkningerne til lovændringen. Ordregiver skal som følge af lovændringen fastlægge, beskrive og offentliggøre alle dele af evalueringsmodellen. Det vil i praksis betyde, at pointmodeller, prismodeller, pointskalaer og matematiske formler som f.eks. hældningsgrader, er en del af evalueringsmodellen, og som følge af bestemmelsens ordlyd skal fastlægges og offentliggøres samtidigt med udbudsbekendtgørelsen. Disse skal således beskrives i udbudsmaterialet for at kunne anvendes lovligt af ordregiver ved tilbudsevalueringen.

Formålet med den forudgående offentliggørelse i udbudsmaterialet af evalueringsmetoden og herunder evalueringsmodellen er gennemsigtighed. Potentielle tilbudsgivere skal have mulighed for at vurdere, hvorvidt de vil bruge ressourcer på at udarbejde et tilbud og byde på kontrakten. Tilbudsgivere der allerede har udarbejdet et tilbud, skal desuden have mulighed for at optimere deres tilbud inden de afgiver et endeligt tilbud. Offentliggørelsen af evalueringsmetoden har yderligere det formål at tilbudsgiverne efterfølgende skal kunne kontrollere, at tilbudsevalueringen er sket i overensstemmelse med den i udbudsmaterialet, oplyste evalueringsmetode, herunder tildelingskriterier og anvendelse af evalueringsmodel.

Pligten i den nugældende udbudslovs § 160 til at offentliggøre evalueringsmetoden udelukker ikke, at dele af evalueringsmodellen i visse konkrete tilfælde, kan undtages fra kravet om forudgående offentliggørelse. Det vil efter lovændringen, stadig være lovligt for ordregiver at udelukke dele af evalueringsmodellen fra den forudgående offentliggørelse. Det er dog et krav, at udelukkelsen er sagligt begrundet og har hjemmel i udbudsmaterialet.⁵² Dvs. de konkrete parametre vedrørende den udelukkede del af evalueringsmodellen, skal være beskrevet tilstrækkeligt præcist og klart i udbudsmaterialet, og skal kunne fortolkes entydigt. Der skal således ske en afvejning af gennemsigtighedsprincippet overfor det faktum, at ordregiver ikke på forhånd kender det laveste tilbud, før der er foretaget en tilbudsevaluering. Det vil altså være lovligt at ordregiver blot angiver i udbudsmaterialet, hvordan konkrete parametre fastlægges.

⁵² Bemærkningerne til § 1, nr. 3 i Forslag til Lov om ændring af udbudsloven, L 125, fremsat den 12. december 2018 af Erhvervsministeren (Rasmus Jarlov).

Kapitel 5 – Konklusion

Formålet med specialet har været at undersøge de udbudsretlige reglers betydning for ordregivers evaluering af tilbud på offentlige kontrakter vedrørende varer- og tjenesteydelser. Specialet har hovedsageligt fokuseret på ordregivers anvendelse af evalueringsmodeller, i forbindelse med vurderingen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Udbudslovens nugældende § 160, stk. 1, indeholder en pligt for ordregiver til at offentliggøre den valgte evalueringstype på forhånd i udbudsmaterialet. Formålet med offentliggørelsen af evalueringstypen er, at potentielle tilbudsgivere skal kunne vurdere, hvorvidt de ønsker at bruge ressourcer på udarbejdelsen af et tilbud, og tilbudsgivere skal have mulighed for at optimere deres tilbud. Der ligger yderligere et kontrolelement i offentliggørelseskravet, da offentliggørelsen giver tilbudsgiverne muligheden for efterfølgende at kontrollere, hvorvidt tilbudsevalueringen er sket på lovlig og saglig vis, og er foretaget i overensstemmelse med det oplyste i udbudsmaterialet. Evalueringstypen skal beskrives tilstrækkeligt klart og præcist, således ordregiver ikke får et ubetinget frit valg af tilbud.

Ordregiver skal i forbindelse med offentliggørelsen af evalueringstypen angive, hvilken type evalueringstype der vil blive anvendt, til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. I praksis anvendes der oftest en af 3 evalueringstyper; en point-, pris- eller prosamodel. Anvender ordregiver en prismodel, skal ordregiver oplyse i udbudsmaterialet hvilken konkret formel, der vil blive anvendt til at omregne point for kvalitet til pris i kroner og øre. Prosamodellen er en sproglig evalueringstype, der benyttes derfor ingen matematiske formler eller beregninger, til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Ordregiver skal i stedet beskrive i udbudsmaterialet, hvordan kriterierne pris og kvalitet rangordnes. Ordregiver kan anvende en såkaldt sproglig pointskala, hvor der tildeles kommentarer til de enkelte tilbud, f.eks. *”rigtig godt”* eller *”fint”*. Pointmodellen findes i flere udgaver, hvoraf den hyppigst anvendte er den lineære pointmodel. Ordregiver skal i udbudsmaterialet angive hvorledes kriterierne pris og kvalitet vurderes, herunder de pointskaler der anvendes ved tildelingen af point. Ordregiver skal ved anvendelsen af pointmodellen selv fastsætte værdigraden *”X”*, og så vidt muligt offentliggøre denne i udbudsmaterialet som en af evalueringstypen. Der gælder dog ingen pligt for ordregiver til dette. Vælger ordregiver at undlade at offentliggøre *”X”* i udbudsmaterialet, skal det beskrives klart, præcist og tilstrækkeligt detaljeret, hvordan *”X”* efterfølgende fastsættes, herunder hvilke hensyn der er til det forventede prisniveau, eller om der eventuelt vil ske en justering for unormalt lave tilbud. Ordregiver kan desuden vælge at anvende en sekundær evalueringstype, såfremt denne beskrives tilstrækkeligt og klart i udbudsmaterialet. Herunder skal det fremgå i hvilke situationer denne kan anvendes, samt hvilke objektive konstaterbare forhold, som skal være gældende før den sekundære evalueringstype kan anvendes ved tilbudsevalueringen.

Litteraturliste

Lovgivning:

- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 (Udbudsdirektivet).
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 (sidst gældende Udbudsdirektiv).
- Lovbekendtgørelse nr. 593, 2. juni 2016, om Klagenævnet for Udbud (Lov om Klagenævnet for Udbud).
- Lovforslag nr. L 19, Forslag til udbudsloven.
- Lov nr. 1564 af 15. december 2015 (Udbudsloven).
- Lov nr. 204 af 5. marts 2019 (Lov om ændring af udbudsloven).

Bøger:

- Heide-Jørgensen, Caroline, *Lærborg i Konkurrence- og Markedsføringsret*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. oplag, 2017.
- Jacobsen, Peter Stig, m.fl., *EU Udbudsretten*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. oplag, 2016.
- Munk-Hansen, Carsten, *retsvidenskabsteori*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. oplag, 2014.
- Ølykke, Grith Skovgaard, m.fl., *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. oplag, 2017.
- Hamer, Carina Risvig, *Grundlæggende udbudsret*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. oplag, 2016.

Domme fra EU-Domstolen:

- EU-Domstolens dom af 14. juli 2016 i sag C-6/15, TNS Dimarso NV.
- EU-Domstolens dom af 10. maj 2012 i sag C-398/10, Kommissionen mod Holland (Max Havelaar).
- EU-Domstolens dom af 29. marts 2012, i sag C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie.
- EU-Domstolens dom af 3. marts 2005, i sag C-21/03, Fabricom mod den belgiske stat.
- EU-Domstolens dom af 29. april 2004 i sag C-496/99, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta.
- EU-Domstolens dom af 12. december 2002, i sag C-470/99, Universale Bau AG Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH mod Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH.
- EU-Domstolens dom af 18. juni 2002, i sag C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mod Stadt wien.

Kendelser fra Klagenævnet for udbud:

- Kendelse af 9. januar 2019, Wedel Installation ApS mod Københavns Universitet.
- Kendelse af 24. juli 2018 – Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod Hillerød Kommune.
- Kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbruger styrelsen mod Region Midt.

- Kendelse af 8. marts 2017, Stadsing A/S mod Roskilde Kommune.
- Kendelse af 2. september 2016, Fayard A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse.
- Kendelse af 26. april 2016, Bekey A/S mod Viborg Kommune.
- Kendelse af 20. april 2016, Backbone Aviation A/S mod Danmarks Metrologiske Institut.
- Kendelse af 1. februar 2013, Abena A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S.
- Kendelse af 19. marts 2012, VKS Inventa A/S mod Hjemmeværnskommandoen.
- Kendelse af 2. maj 2000, Uniqsoft 1998 mod Odense Kommune.

Vejledninger og andet:

- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning fra januar 2016, *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning fra marts 2018, *Evalueringsmetoder – Praktisk vejledning til offentlige indkøbere*

Hjemmesider:

- <https://ec.europa.eu/tools/espd/filter?lang=da>(besøgt den 11. marts 2019).
- <https://www.kfst.dk/udbud/udbudsregler/taerskelvaerdier-2018-og-2019/> (besøgt den 18. marts 2019).