



Rejsekort-kendelsen – Et korrektiv til ordregivers skøn?



Anders Nørgaard
Partner

Vigtigt korrektiv til vores forståelse af den kvalitative evaluering

”Glem klager over den kvalitative evaluering.”

Udbudsreglerne har siden udbudslovens ikrafttræden i 2016 været et fintmasket net, som er strammet gradvist, når det kommer til fastsættelsen af de hegnspæle, som udgør evalueringsgrundlaget.

Og udsagnet fra advokater om at glemme klager over den kvalitative evaluering er derfor afgørelseshistorisk velbegrunder, for ordregivers skøn under evaluering er formentlig det helle, hvor Klagenævnet for Udbud har udvist størst tilbageholdenhed, selv efter introduktionen af skærpelserne til udbudslovens § 160 den 1. juli 2019 - indtil videre:

”En til vished grænsende sandsynlighed”:

Med forsvindende få undtagelser har dommerne skyet fra at prøve ordregivers kvalitative skøn siden [kendelse af 27. september 2013, Rent A/S mod Køge Kommune](#). Her udtalte landsdommer og daværende næstformand for Klagenævnet for Udbud, Katja Høegh:

”[...] Uden at erstatte indklagedes bedømmelse med sin egen, konstaterer klagenævnet med en til vished grænsende sandsynlighed, at klageren, hvis bedømmelsen havde været korrekt, ville have fået tildelt kontrakten. Klageren har derfor krav på erstatning svarende til positiv opfyldelsesinteresse vedrørende dette delområde. [...]

Et årti senere, den 12. april 2024, afsagde Klagenævnet så [kendelse i sagen mellem Cubic Transportation Systems Limited mod Rejsekort & Rejseplan A/S](#), som omhandlede et omfattende udbud af en rammeaftale med fem aktører vedrørende udvikling, vedligeholdelse og administration af applikationer til Rejsekort & Rejseplans samlede digitale mobilitetsløsning til offentlig transport med bus, tog, letbane, metro og andre transportformer i Danmark efter forsyningsvirksomhedsdirektivet .

I flere tilfælde tilsidesatte Klagenævnet den kvalitative evaluering:

Sektorspecifik viden

Et af temaerne omhandlede hvilken sektorspecifik viden hos tilbudsgiverne, Rejsekort måtte tillægge vægt. Klagenævnet kom efter en sammenholdelse af udbuds betingelserne og -bekendtgørelsen (endnu et eksempel som understreger bekendtgørelsens vigtighed både i egen ret, men også som grundlag for fortolkning) frem til, at underkriteriet ville lægge positiv vægt på sektorspecifik viden inden for løsninger, som ikke er afhængige af fysisk infrastruktur. Her må der tænkes på eksempelvis de terminaler ved stationerne, som bruges til at stryge det fysiske rejsekort (check in/check ud), samt indtaste flere passagerer og cykler.

Kernen var, at Rejsekort ved sin evaluering anførte, at klageren kun havde demonstreret begrænset viden om infrastrukturfri løsninger. Klagenævnet oversatte dette til at

"[...] Det kan imidlertid ikke udledes af Cubics tilbud, at Cubics erfaring [...] sig på kort og infrastruktur-baserede løsninger [...]"

Klagenævnet kunne heller ikke tiltræde, at Cubics generelle henvisning til infrastrukturbaserede løsninger skulle kunne udlægges sådan, at Cubics erfaring med de efterspurgte, mobile-only løsninger var begrænset. Tværtimod gik nævnet konkret ind i tilbuddet og betonedede, at Cubic i den generelle beskrivelse angav at tilbyde løsninger, som ofte er "mobile-first".

Herudover forkastede klagenævnet Rejsekorts antagelse, at referencerne baserede sig på underleverandører, med henvisning til tilbudsangivelsen ovenfor om, at Cubic havde erfaring med mobile-first løsninger.

Konklusionen fra klagenævnet blev, at Rejsekort havde lagt vægt på forhold, som var objektivt forkerte. Klagenævnet afsluttede behandling af påstanden med en bredside:

"[Rejsekort er ikke] forpligtet til i forbindelse med evalueringen at oplyse om de enkelte elementer i et evalueringskrav, men når [Rejsekort] fremhæver enkelte elementer i sin begrundelse, skal disse være saglige og hvile på et korrekt faktisk grundlag."

Man kan diskutere, om denne præmis kan læses som en indirekte opfordring til mindre transparens i evalueringsrapport/underretning.

Jeg synes også, at klagenævnet strækker sig ved at angive, at Rejsekorts evalueringspræmisser var "objektivt forkerte". Ordregiver skrev jo, at Cubics erfaring med infrastrukturafhængige løsninger var "begrænset", hvilket introducerer et element af skøn og ikke eksempelvis "fraværende", som ville være objektivt konstaterbart.

Kendelsen virker som sådan fornuftig på dette punkt, men den forekommer at strække sig længere end Katja Høeghs barre om "til vished grænsende sandsynlighed" 10 år tidligere.

Herudover slog klagenævnet ned på, at Rejsekort havde lagt vægt på, at en tilbudsgiver tilbød et "fleet management system", uanset at dette tema efter en nøje sammenholdelse af udbudsmaterialets delelementer efter klagenævnet vurdering savnede belæg i underkriterierne.

Klagenævnet konkluderede endelig, at Rejsekort ikke med tilstrækkelig sikkerhed havde godtgjort, at overtrædelserne åbenbart var uden betydning for evalueringens udfald, og annullerede på det grundlag tildelingsbeslutningen.

Er der nyt under solen?

Bringer kendelsen så noget nyt under solen? Måske: Klagenævnet har før udtalt, at jo mere, et underkriterium detaljeres i udbudsmaterialet, jo smallere bliver dydens sti for ordregiver (se kendelse af 10. januar 2018, Næstved Sprog- og Integrationscenter mod Næstved Kommune, sammenholdt med "fleet management system" ovenfor). Vi ser samtidig et mere proaktivt klagenævn for så vidt angår kravspecifikation og tildelingskriterium med tilkomsten af dygtige sagkyndige dommere (kendelse af 10. maj 2023, Filial af Trend Micro Emea Limited mod Region Hovedstaden).

Hvad kunne ordregiver have gjort anderledes? Der er ingen tvivl om, at der har været tale om et omfattende og komplekst udbud. Fejl kan næppe undgås under de omstændigheder. Alligevel kan der formentlig udledes noget af kendelsen:

Hold tildelingskriteriet simpelt og isoleret i ét dokument! Som klagenavnets detektivarbejde i udbudsbekendtgørelse og øvrige dokumenter i relation til erfaring med mobile-first-løsninger viser, åbnede underkriteriet for en dynamisk forståelse af "sector specific knowledge". Denne usikkerhed kunne formentlig mitigeres med en tydeligere afgrænsning af underkriteriets omfang i det relevante afsnit i udbudsbetingelserne (eller i et separat dokument om konkurrencegrundlaget, afhængig af temperament).

Vær også særdeles kritisk, om evalueringen af et tema kan rummes i underkriteriet! Er der tvivl, bør det formentlig udelades. Alternativt kan evalueringen formuleres mere overordnet end første udkast, mere rummeligt. Det er sandsynligt, at klagenævnet i så fald vil udvise tilbageholdenhed med sin prøvelse.

Og endelig, afhold fra at betone negative forhold, navnlig fraværet af oplysning om et givet emne. Denne lære manifesterede sig allerede i [kendelse af 27. september 2013, Rent A/S mod Køge Kommune](#), men går desværre også igen hér.

Vi må formentlig forvente mere praksis i de kommende år, hvor klagenævnet i højere grad syretester ordregivers evalueringsgrundlag og -rapporter. Det stiller krav til ordregiver, herunder samspillet mellem fagpersoner, udbudskonsulenter og -jurister, samt eksterne rådgivere.

Vi kan i hvert fald med "til vished grænsende sandsynlighed" efterhånden konstatere, at ordregivers vide skønsbeføjelse under evalueringen ikke længere er en uangribelig bastion.

