



Klagenævnet understreger, at metoden for fastsættelsen af hældningsgraden skal beskrives på forhånd



Mikala Berg Dueholm
Partner

Mens vi venter på en revision af udbudsloven, der formentlig vil medføre, at alle dele af evalueringsmetoden skal offentliggøres på forhånd, har Klagenævnet for Udbud i delkendelse af 9. januar 2019 i sagen Wedel Installation ApS mod Københavns Universitet, fastslået, at ordregiver skal angive, hvad ordregiver ville lægge vægt på i forbindelse med fastlæggelsen af hældningsgraden.

Klagenævnet for Udbud har offentliggjort en delkendelse af 9. januar 2019 i sagen Wedel Installation ApS mod Københavns Universitet.

Klagenævnet traf afgørelse om, hvorvidt klagen skulle tillægges opsættende virkning. Efterfølgende annullerede Københavns Universitet tildelingsbeslutningen, og klagen blev trukket tilbage. Delkendelsen om opsættende virkning er således klagenævnets endelige afgørelse.

Uanset at klagen efterfølgende er trukket tilbage, yder delkendelsen bidrag til den generelle debat om udbudslovens § 160.

Kort om sagens faktum

Klagen udsprang af, at Københavns Universitet i juli 2018 udbød en rammeaftale om indkøb af elektriskydelse efter udbudslovens afsnit II.

Københavns Universitet oplyste i udbudsmaterialet, at Københavns Universitet "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".

I relation til evalueringsmodellen anførte klager blandt andet, at tilbudsgiverne ikke havde modtaget oplysninger om, hvordan "x" procent ville blive fastsat.

Wedel Installation ApS nedlagde blandt andet påstand om, at Københavns Universitet havde tilsidesat de udbudsretlige principper ved ikke at beskrive evalueringsmodellen, og hvad der ville blive tillagt vægt på ved evalueringen, hvorfor udbudsproceduren ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildeling.

Udbudslovens § 160

Efter udbudslovens § 160 skal ordregiver "i udbudsmaterialet angive kriterierne for tildeling, beskrive evalueringsmetoden og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen."

I henhold til klagenævnets kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland indebærer dette dog ikke, at ordregiver på forhånd skal fastsætte hældningsgraden på den lineære pointmodel. I kendelsen af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland udtalte klagenævnet blandt andet, at regionen ikke havde haft "et ubetinget frit valg ved evalueringen", og at "evalueringen nøje skulle overholde de fastsatte vægtninger", og regionen havde "bundet sig til at anvende en lineær pointmodel med hensyntagen til spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser". Derudover havde regionen udarbejdet et evalueringsnotat, hvoraf det fremgik, på hvilket grundlag hældningsgraderne blev fastlagt.

Klagenævnets resultat og begrundelse

Klagenævnet fandt, at Københavns Universitets evalueringsmodel ikke var beskrevet på en tilstrækkeligt klar og gennemsigtig måde. Klagenævnet sammenholdt i den forbindelse beskrivelsen af den pågældende evalueringsmodel med beskrivelsen af evalueringsmodellen fra klagenævnets kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland.

Klagenævnet fandt, at Københavns Universitet, modsat situationen i kendelsen af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland, "hverken i udbudsbetingelserne eller i udbudsmaterialet i øvrigt [havde] angivet noget nærmere om, hvad universitetet vil lægge vægt på i forbindelse med fastlæggelsen af hældningsgraden, herunder f.eks. om der vil blive taget højde for det forventede prisniveau og/eller spredningen i de faktisk indkomne priser, om der vil ske justering for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser, og om der – som Københavns Universitet efter det oplyste synes at have fastlagt – uanset forskelle i prisspredningen på de enkelte delaftaler vil blive anvendt samme hældningsgrad for alle 5 delaftaler."

Da evalueringsmodellen således ikke var beskrevet på en tilstrækkelig klar og gennemsigtig måde, hvilket formodentligt kunne have betydning for tilbudsgiverne, fandt klagenævnet, at der var udsigt til, at påstanden herom ville blive taget til følge. Betingelsen om "fumus boni juris" var derfor opfyldt.

Klagen blev dog ikke tillagt opsættende virkning, da klagenævnet fandt, at betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Da klager ikke havde godtgjort, at der var tale om en tilstrækkelig alvorlig "fumus boni juris", skulle Wedel Installation ApS bevise, at selskabet ville lide en uoprettelig skade. Klagenævnet fandt ikke betingelsen om uopsættelighed opfyldt blandt andet med henvisning til, at Københavns Universitet ved endelig afgørelse om annullation ikke ville kunne anvende rammeaftalen, jf. udbudslovens § 185, stk. 2.

DLA Piper bemærker

Der gælder fortsat efter udbudslovens § 160 ikke et krav om, at hældningsgraden skal fastsættes og offentliggøres på forhold. Københavns Universitet skulle dog have anført, hvad universitetet ville lægge vægt på ved fastlæggelsen af hældningsgraden, for at evalueringsmodellen havde været beskrevet på en tilstrækkelig klar og gennemsigtig måde.

Delkendelsen af 9. januar 2019, Wedel Installation ApS mod Københavns Universitet ændrer ikke ved retsstillingen efter klagenævnets kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland, men understreger, at det er afgørende for vurderingen efter § 160, at ordregiver har beskrevet, hvad der vil blive lagt vægt på ved fastsættelsen af hældningsgraden.

Lovforslag om ændring af udbudslovens § 160

Formentlig er delkendelsen kun relevant i kort tid, da kravene til beskrivelsen af evalueringsmodellen forventes ændret i forbindelse med den kommende revision af udbudsloven med forventet ikrafttræden 1. juli 2019.

I henhold til bemærkningerne til lovforslaget er det blandt andet kendelsen af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland, som medførte et forslag om at ændre udbudslovens § 160 ved at "indføre et tydeligt krav om, at alle dele af evalueringsmodellen skal fremgå af udbudsmaterialet".

Endvidere fremgår det af bemærkningerne, at med forslaget "foreslås der indført en pligt til at fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen i udbudsmaterialet, herunder hvordan parametrene fastlægges". Ændringen vil i henhold til forslaget medføre, at kravene til fastlæggelsen og beskrivelsen af alle dele af evalueringsmodellen vil gå videre end klagenævnets praksis på nuværende tidspunkt.

Derudover foreslås der med forslaget også indført en definition af en evalueringsmodel i udbudslovens § 24, nr. 39.

Forslagets krav til beskrivelsen af indholdet af alle dele af evalueringsmodellen skal i henhold til forslaget bidrage til at styrke den forudgående gennemsigtighed.

Hvis forslaget vedtages, vil der på baggrund heraf formentlig ikke længere være samme tvivl om, hvad beskrivelsen af evalueringsmodellen skal omfatte, og hvad der skal defineres som en evalueringsmodel.

Særligt om hælningsgraden, anføres det i lovforslaget, at "Hvis ordregiver vælger at lade eksempelvis hælningsgraden i en pointmodel med lineær interpolation være afhængig af de indkomne tilbud, skal det entydigt fastlægges og beskrives på forhånd i udbudsmaterialet, hvordan den endelige hælningsgrad afhænger af de indkomne tilbud".

Der vil også hvis forslaget vedtages fortsat være mulighed for at fastlægge hælningsgraden efterfølgende på baggrund af de indkomne tilbud, såfremt det entydigt fastlægges og beskrives, hvordan hælningsgraden vil afhænge af de indkommende tilbud.

Det bliver interessant at se, hvilke krav klagenævnet konkret vil stille til omfanget af beskrivelsen, og hvordan kravene vil adskille sig fra kendelsen af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland. En ting er sikkert, og det er, at lovgiver ønsker strengere krav end i dag.