

K E N D E L S E

Damgaard Rådgivende Ingeniører ApS
(advokat Anders Nørgaard Jensen, København)

mod

Fors A/S
(advokat Thomas Thorup Larsen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 197-478663 af 7. oktober 2019 udbød Fors A/S ("Fors") som begrænset udbud efter udbudsloven en rammeaftale om levering af rådgivningsydelser til forsyningsarterne spildevand (inden for og uden for matrikel), vand, varme og affald.

Udbuddet gennemføres på vegne af en række forsyningselskaber.

Den udbudte rammeaftale er inddelt i fem delaftaler. Delaftale nr. 4 har betegnelsen "Varme – drifts- og anlægsopgaver" og vedrører rådgivningsydelser inden for projektering, udbud, tilsyn og gennemførelse af drifts- og anlægsopgaver i relation til varme.

Seks virksomheder blev prækvalificeret til at afgive tilbud på delaftale 4, bl.a. COWI A/S, Rambøll Danmark A/S, NIRAS A/S og Damgaard Rådgivende Ingeniører ApS ("Damgaard").

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 31. januar 2020 havde alle de prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud.

Den 4. juni 2020 besluttede Fors at indgå kontrakt med COWI A/S, Rambøll Danmark A/S og NIRAS A/S i prioriteret rækkefølge, hvilket samme dag blev meddelt Damgaard via EU-Supply.

Den 15. juni 2020 indgav Damgaard klage til Klagenævnet for Udbud over Fors. Damgaard fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, skulle beslutte at tillægge klagen opsættende virkning. Den 18. juni 2020 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Damgaard har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fors har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved under udbudsproceduren at ændre delkriteriet ”Kompetencematrix” til underkriteriet ”Projektorganisation og bemanning”.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fors har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved under udbudsproceduren at fratage rammeaftalens bestemmelser om tvister.

Påstand 3 (subsidiær til påstand 1, 2 og 9)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fors har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved i forbindelse med evalueringen af delkriteriet ”Projektorganisation” til underkriteriet ”Projektorganisation og bemanning” at vægte negativt, ”at placering, ansvar og kompetencer i projektorganisationen for de tilbudte nøglemedarbejdere ikke er tydeligt beskrevet”, selvom det i evalueringen anerkendes, at ”nøglemedarbejdernes ansvarsområder fremgår klart og tydeligt” af besvarelsen.

Påstand 4 (subsidiær til påstand 1, 2 og 9)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fors har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved i forbindelse med evalueringen af delkriteriet ”Projektorganisation” til underkriteriet ”Projektorganisation og bemanning” at vægte negativt, ”at der ikke er sat navn og kompetencer på fagekspertene, samt tilbudt back up for disse”, uanset at dette ikke fremgår af underkriteriet.

Påstand 5 (subsidiær til påstand 1, 2 og 9)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fors har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved i forbindelse med evalueringen af delkriteriet ”Projektorganisation” til underkriteriet ”Projektorganisation og bemanning” at vægte negativt, ”at de tilbudte nøglemedarbejdere ikke har som førsteprioritet at stå til rådighed for opgaveløsningen i forbindelse med Rammeaftalen”, selvom det i tilbuddet fra Damgaard er angivet, at en nøglemedarbejder får Fors ”som den primære kunde”.

Påstand 6 (subsidiær til påstand 1, 2 og 9)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fors har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved i forbindelse med evalueringen af delkriteriet ”Procesbeskrivelse” til underkriteriet ”Procesbeskrivelse og leveringssikkerhed” at vægte negativt, at løsningsbeskrivelsen ”ikke forholder sig til den konkrete case”, uanset at dette ikke er tilfældet.

Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal annullere Fors’ beslutning af 4. juni 2020 om at tildele delaftale 4 til COWI A/S, Rambøll Danmark A/S samt NIRAS A/S.

Påstand 8

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fors har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, idet Fors’ underretning om tildelingsbeslutningen ikke er ledsaget af en fyldestgørende redegørelse for de relevante grunde for tildelingsbeslutningen.

Påstand 9

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Fors har handlet i strid med udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2, ved ikke at ledsage ændringerne af delkriteriet ”Kompetencematrix” til underkriteriet ”Projektorganisation og bemanning”

samt frafald af rammeaftalens bestemmelser om tvister med en fristforlængelse.

Fors har vedrørende påstand 1 - 9 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Beskrivelsen af den udbudte ydelse

Udbudsbekendtgørelsen af 7. oktober 2019 indeholder følgende beskrivelse af udbuddet:

”II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Rådgivningsydelser inden for projektering, udbud, tilsyn og gennemførelse af opgaver af drifts- og anlægsopgaver i relation til varme.

Eksempler på fagområder for rådgivningsydelserne:

- Alarmsystemer i fjernvarmeledninger,
- Halmværk,
- Gasmotor,
- Gaskedler,
- Solvarme,
- Varmepumper,
- Geotermi.”

Den udbudte tjenesteydelse er i udbudsbetingelserne beskrevet således:

”FORS A/S har behov for at kunne rekvirere rådgivningsydelser i forbindelse med opgaver på tværs af Forsyningsselskaberne, jf. ovenfor.

Da behovet for rådgivningsydelser vil variere i såvel tid som mængde, udbydes opgaverne som Rammeaftaler, der danner grundlag for, at enkeltstående projekter kan rekvireres af Ordregiver i Rammeaftalens løbetid.”

Af udbudsmaterialets bilag 1.4: Rammeaftale 4 – Varme-drift og anlægsopgaver – Rådgivningsydelser til Fors A/S, fremgår bl.a.:

”YDELSESBESKRIVELSE

Denne Rammeaftale omfatter rådgivningsydelser inden for projektering, udbud, tilsyn og gennemførelse af opgaver af drifts- og anlægsopgaver i relation til varme.

Leverandøren skal videreudvikle de(t) udmeldte projekt(er) fra projektets aktuelle fase og medvirke til at forme projektets indhold for at realisere projektets formål.

Ydelserne vil, ud over projektering, udbud og tilsyn, indeholde økonomistyring og udarbejdelse og ajourføring af dokumentationsmateriale i forbindelse med projektets afslutning.

Ydelserne i denne Rammeaftale kræver generelt højt niveau af kendskab til projektering og dimensionering af tryksatte systemer.

...

2. FAGOMRÅDER

Følgende er eksempler på fagområder (oplistningen er ikke udtømmende):

- Alarmsystemer i fjernvarmeledninger
- Halmværk
- Gasmotor
- Gaskedler
- Solvarme
- Varmepumper
- Geotermi”

Tildelingskriterier og evaluering

Udbudsbekendtgørelsen af 7. oktober 2019 indeholder følgende oplysninger om tildelingskriterier for delaftale nr. 4, ”Varme – drifts- og anlægsopgaver”:

”II.2.5) Tildelingskriterier

de nedenfor anførte kriterier

Kvalitetskriterium - Navn: Projektorganisation og bemanning / Vægtning: 35

Kvalitetskriterium - Navn: Procesbeskrivelse og leveringssikkerhed / Vægtning: 35

Pris - Vægtning: 30”

Udbudsbekendtgørelsen indeholder endvidere oplysning om, at det højest påtænkte antal deltagere i rammeaftalen er tre.

I udbudsbetingelserne er underkriterierne ”Projektorganisation og bemanning” og ”Procesbeskrivelse og leveringssikkerhed” beskrevet således:

”12.3 Underkriteriet ”Projektorganisation og bemanning”

Ved vurdering af tilbud i forhold til underkriteriet ”Projektorganisation og bemanning” vil der blive lagt vægt på Tilbudsgivers besvarelse af Bilag 2.

Som delkriterier i forbindelse med evaluering indgår følgende:

- Projektorganisation vægter 10 %
- Tilbudte kompetencer vægter 45 %
- Kompetencematrix vægter 45 %

Det fremgår af de enkelte krav i bilaget, hvad Ordregiver vægter positivt i denne forbindelse.

12.4 Underkriteriet ”Procesbeskrivelse og leveringssikkerhed”

Ved vurdering af tilbud i forhold til underkriteriet ”Procesbeskrivelse og leveringssikkerhed” vil der blive lagt vægt på Tilbudsgivers besvarelse af Bilag 2.

Som delkriterier i forbindelse med evaluering indgår følgende:

- Procesbeskrivelse vægter 40 %
- Kvalitet, tid og økonomi samt opfølgning vægter 60 %

Det fremgår af de enkelte krav i bilaget, hvad Ordregiver vægter positivt i denne forbindelse.”

Underkriteriet ”Projektorganisation og bemanning” består af delkriterierne ”Projektorganisation”, ”Tilbudte kompetencer” og ”Kompetencematrix”. Af udbudsmaterialets bilag 2: Tilbudsskabelon, fremgår følgende om delkriterierne ”Projektorganisation” og ”Kompetencematrix”:

”3.2 Underkriteriet ”Projektorganisation og bemanning”

3.2.1 Projektorganisation (10 % af det vægtede underkriterium)

...

I forbindelse med Ordregivers tilbudsevaluering vægter følgende forhold positivt:

At placering, ansvar og kompetencer i projektorganisationen af de tilbudte nøglemedarbejdere fremgår klart og tydeligt af besvarelsen, herunder af organisationsdiagrammet.

At der er en angivelse af kontaktperson, udførende medarbejdere, tilbudsgivers ressourcer som back up af udførende medarbejdere samt supplerende kompetencer.

...

At der er taget klart og tydeligt stilling til placering, ansvar og kompetencer i projektorganisationen for de tilbudte nøglemedarbejdere, hvilket ligeledes er afstemt med organisationsdiagrammet.

At der tilbydes nøglemedarbejdere, der har som førsteprioritet at stå til rådighed for opgaveløsningen i forbindelse med denne Rammeaftale.

At tilbudsgiver beskriver hvorledes det sikres, at de tilbudte nøglemedarbejdere for hver medarbejderkategori, kontinuerligt bliver stillet til rådighed for løsning af opgaver på den konkrete delaftale. Organisationsdiagrammet viser klart og tydeligt, hvordan ressourcerne både eksternt og internt er relateret, samt hvordan kommunikation mellem Leverandøren og Ordregiver foreslås organiseret.

...

3.2.3 Kompetencematrix (45 % af det vægtede underkriterium)

...

I forbindelse med Ordregivers tilbudsevaluering vægter følgende forhold positivt:

At Tilbudsgiver påviser at råde over et tilstrækkeligt antal nøglemedarbejdere i sin organisation til afvikling af de udbudte opgavetyper, herunder i prioriteret rækkefølge, at:

- Tilbudsgiveren tilbyder ekspertise inden for alle eller flest mulige af de angivne fagområder og opgavetyper, og
- Tilbudsgiveren inden for fagområderne tilbyder flest mulige af de anførte medarbejderkategorier.”

Underkriteriet ” Procesbeskrivelse og leveringssikkerhed” består af delkriterierne ”Procesbeskrivelse” og ”Kvalitet, tid og økonomi samt opfølgning”. Af udbudsmaterialets bilag 2: Tilbudsskabelon, fremgår følgende om delkriteriet ”Procesbeskrivelse”:

”3.3 Underkriteriet ”Procesbeskrivelse og leveringssikkerhed”

3.3.1 Procesbeskrivelse (40 % af det vægtede underkriterium)

Leverandøren har redegjort for, hvordan processen for løsning af den vedlagte beskrevne case jf. bilag 2.3 forventes udført, herunder hvilke roller Leverandøren og Kunden har i den forbindelse.

...

I forbindelse med Ordregivers tilbudsevaluering vægter følgende forhold positivt:

At løsningsbeskrivelsen indeholder en fyldestgørende og klar beskrivelse af, hvordan processen for løsning af casen under denne Rammeaftale udføres, og at den beskrevne løsning demonstrerer en høj faglig indsigt og forståelse for opgaven.

At løsningsbeskrivelsen fastlægger en klar plan for kommunikation mellem parterne, samt hvilke roller de involverede parter har i opgaveløsningen.

At løsningsbeskrivelsen indeholder en proforma realistisk tidsplan med relevante milepæle for opgaveløsningen.

At opgaven udføres i tæt dialog med projektleder/medarbejdere dvs. med et højt gensidigt informationsniveau gennem hele processen.”

Af den i pkt. 3.3.1 beskrevne case, jf. udbudsmaterialets bilag 2.3, som tilbudsgiverne skulle besvare til brug for evalueringen af delkriteriet ”Procesbeskrivelse”, fremgår bl.a.:

”Projekt navn: Renovering af fjernvarmeledninger

I nedenstående case skal rådgiver tage stilling, hvordan denne vil løse opgaven fra start til slut og gribe den an.

På en given villavej i Roskilde er det besluttet at de eksisterende fjernvarmeledninger skal udskiftes.

Ledningerne er fra en gang i 60’erne og er udført som betonkanalkonstruktion opfyldt med apurit. Betonkanalen skal i forbindelse renoveringen fjernes.

Ledningen er 477 meter lang og der er tilsluttet 23 kunder på ledningen. I denne opgave ønskes der udskiftet hovedledninger samt stikledninger. Forbrugerne skal i hele renoveringen være forsynet med fjernvarme (interim), dog med undtagelser ifbm. af/tilkoblinger.

Rådgiver har i denne opgave ansvaret for projektering samt byggeledelse og tilsyn.

Der ønskes i denne case beskrevet fra start til slut hvordan opgaven gribes an.”

Under udbuddet blev der stillet spørgsmål til udbudsmaterialet. Af Spørgsmål-Svar dateret den 24. januar 2020 fremgår bl.a.:

” ...

7	I kompetencematrixen er der en kategori G sekretær, skal der vedhæftes CV på en sekretær? Vi undrer os over, at der i Maxtrixen kan der svares ja/nej til alle medarbejdere. Kan der angives medarbejdere (feks. særlige specialister) uden, at de indgår med CV?	Der skal alene sendes CV'er for nøglemedarbejdere som tilbydes fast at blive allokeret til rådgivningsopgaver under Rammeaftalen.
...		
9	Tilbudsskabelon, bilag 2.1 1) Hvordan defineres “nøglemedarbejder”? 2) Kan vi medtage ikke-nøglemedarbejdere og hvor skal det fremgå om en medarbejder er en nøglemedarbejder	En nøglemedarbejder har en central rolle i virksomheden fx i kraft af sin erfaring og faglige dygtighed. Der kan ikke medtages ikke-nøglemedarbejdere. Tilbudsgiver angiver nøglemedarbejderne i bilag 2.1 og 2.2 i dokumentet ”Tilbudsskabelon”.
10	Vedr. Kompetencematrix – Varme. Er det en fejl at ”Fjernvarmeledninger” ikke er medtaget under fagområder? En stor andel af opgavetyperne relaterer netop til projekter som omhandler fjernvarmeledninger ligesom casen også omhandler fjernvarmeledninger.	Ja, det er en fejl. Fagområdet ”Fjernvarmeledninger” er tilføjet i ydelsesbeskrivelsen, samt kompetencematrixen. Bilagene er hermed opdateret og vedlagt i EU-Supply under rammeaftalen for Varme. Tilbudsgiver skal anvende de opdaterede dokumenter ved tilbudsafgivelse.

...”

Som følge af besvarelsen af spørgsmål 10 blev ydelsesbeskrivelsen i rammeaftalens bilag 1.4 og i kompetencematrixen ændret således, at "Fjernvarmeledninger" blev tilføjet under "Fagområder". Der blev ikke foretaget en tilsvarende ændring af udbudsbetingelsernes punkt II.2.4) ved udstedelse af en ændringsbekendtgørelse. Tilbudsfristen, der udløb den 31. januar 2020, blev ikke forlænget i den forbindelse.

Rammeaftalens bestemmelse om tvistløsning

Det oprindelige udkast til rammeaftale, jf. udbudsmaterialets bilag 1.4, indeholdt følgende bestemmelse:

"34. TVISTER, LOVVALG OG VÆRNETING

34.1 Dansk ret

Rammeaftalen og de tilhørende Rådgiveraftaler er undergivet dansk ret.

34.2 Forhandling

Såfremt der opstår en uoverensstemmelse mellem parterne i forbindelse med Rammeaftalen og de tilhørende Rådgiveraftaler, skal parterne med en positiv, samarbejdende og ansvarlig holdning søge at indlede forhandlinger med henblik på at løse tvisten. Om nødvendigt skal forhandlingerne søges løftet op på højt plan i parternes organisationer.

34.3 Mægling

Tvister, der måtte opstå som følge af eller i forbindelse med nærværende aftale, skal søges løst ved gensidig forhandling, jf. punkt 34.2.

Såfremt parterne ikke er i stand til at løse tvisten ved forhandling inden 30 kalenderdage regnet fra det tidspunkt, hvor en part fremsatte begæring om forhandling, skal tvisten herefter søges løst i mindelighed ved hjælp af en mediator udmeldt af Mediationsinstituttet. (I fald "Mediationsinstituttet" ophører med at eksisterer, benyttes et andet mediationsorgan forbundet med eller anbefalet af Danske Advokater).

Enhver af parterne er berettiget til at anmode Mediationsinstituttet om at få tilsendt forslag til 1-2 mediatorer. Såfremt parterne ikke kan blive enige om valg af mediator inden 8 kalenderdage efter modtagelsen af forslag, er hver af parterne berettiget til at lade Mediationsinstituttet vælge en mediator i overensstemmelse med de til enhver tid gældende regler for Mediationsinstituttet. Udgifter til gennemførelse af mediation deles ligeledes mellem parterne.

Såfremt parterne ikke opnår enighed via mediation inden 6 uger efter valg af mediator, afgøres tvisten endeligt efter følgende retningslinjer:

Hvis sagsgenstanden ikke overstiger 500.000 kr. afgøres sagen ved de almindelige domstole i overensstemmelse med retsplejelovens bestemmelser. Værneting er Retten i Roskilde.

34.4 Voldgift

Tvister hvor sagsgenstanden udgør eller overstiger 500.000 kr., eller hvor sagsgenstanden ikke kan opgøres økonomisk, afgøres ved voldgift i overensstemmelse med lov om voldgift (nr. 553 af 24. juni 2005) og i henhold til "Regler for Regler for behandling af voldgiftssager ved Det Danske Voldgiftsinstitut".

Det bestemmes, at når tvisten skal afgøres af tre voldgiftsdommere, kan klageren i sit klageskrift komme med forslag til sin voldgiftsdommer. Indklagede kan i sit svar komme med forslag til sin voldgiftsdommer. Den tredje voldgiftsdommer, der er voldgiftsrettens formand, bringes i forslag af Det Danske Voldgiftsinstitut, medmindre parterne inden udløb af fristen for indklagedes svar i fællesskab foreslår en formand."

Udbudsmaterialet indeholdt endvidere bilag 3: "Udkast til Rådgiveraftale for direkte tildeling, timepris eller fastpris" med underbilag 3.2 "ABR 18" og bilag 5: "Rådgiveraftale for miniudbud, timepris og fastpris" med underbilag 5.7 "ABR 18".

I underbilag 3.2 og 5.7 er opstillet to kolonner, hvor den venstre kolonne indeholder de "Almindelige betingelser for rådgivning og bistand i bygge- og anlægsvirksomhed (ABR 18)", og højre kolonne indeholder "Kundens tilføjelser og fravigelser". Ad punkt J "Tvister" er til ABR18's afsnit om løsningstrappe under "Kundens tilføjelser og fravigelser" anført:

"Ad. J. **tilføjes**. Tvistigheder imellem bygherre og entreprenør, ligesom tvistigheder imellem entreprenør, underentreprenør eller entreprenør imellem berettiger ikke nogen part til at udskyde arbejdet."

Endvidere er det til ABR18's afsnit om mediation og mægling under "Kundens tilføjelser og fravigelser" anført:

"Ad. § 60 **tilføjes**. Udgiften til mediation og mægling deles ligeligt imellem parterne, dog således at parterne selv afholder udgifter vedrørende internt ressourceforbrug og lignende samt til juridisk bistand."

Der er ikke anført andre tilføjelser eller ændringer til ABR18's bestemmelser om tvister.

Af Spørgsmål-Svar dateret den 31. oktober 2019 fremgår bl.a.:

” ...

10	Rammeaftalens pkt. 34.4: Fors bedes forklare, hvorfor ABR 18 kapitel J fraviges? Voldgiftsnævnet har speciale i tvister indenfor bygge- og anlægsbranchen, og det synes derfor at være i begge parter interesse at tvister afgøres her.	Ordregiver har overvejet spørgsmålet og valgt, at tvister skal reguleres i henhold til ABR18. Der er derfor uploadet en ny version af rammeaftalen, hvor afsnit om tvister er udgået.
----	--	---

...”

På baggrund af besvarelsen af spørgsmålet lod Fors rammeaftalens bestemmelser om tvister udgå.

Afgivelse af tilbud og evaluering

Damgaard afgav tilbud ved tilbudsfristens udløb den 31. januar 2020. Tilbuddet var vedlagt CV'er for 14 af Damgaards medarbejdere, og kompetencematrixen var udfyldt med oplysninger om kompetencerne hos disse medarbejdere. Damgaards besvarelse af tilbudsskabelonens punkt 3.2.1 vedrørende delkriteriet "Projektorganisation" indeholder et overordnet organisationsdiagram med angivelse af bl.a. en "Kontraktstyregruppe", "Daglig kontaktpersoner", "Projektleder" og "Fageksperter". For så vidt angår "Kontraktstyregruppe" og "Daglig kontaktpersoner" er anført navngivne medarbejdere og back up for disse. Derudover er for en af medarbejderne anført, at denne "vil være til rådighed for FORS i rammeaftalens periode og have FORS som den primære kunde i hans portefølje som kontaktansvarlig". For "Projektleder" er anført flere navngivne personer, som "kan være projektleder hos Fors afhængig af projekttype og størrelse". For "Fagpersoner" er ikke anført navngivne personer. Tilbuddet indeholdt endvidere bl.a. en løsningsbeskrivelse af den stillede case.

Den 4. juni 2020 meddelte Fors via EU-Supply sin beslutning om at tildele kontrakt til COWI A/S, Rambøll Danmark A/S og NIRAS A/S. Om den overordnede begrundelse for at fravælge Damgaard anførte Fors:

”Årsagen til placeringen er, at tilbuddet fra Damgaard Rådgivende Ingeniører ApS har opnået en lavere vurdering end COWI A/S og Rambøll Danmark A/S for underkriteriet ”Pris”. Herudover har Damgaard Rådgivende Ingeniører ApS opnået en lavere vurdering end Rambøll Danmark A/S og NIRAS A/S for underkriteriet ”Procesbeskrivelse og leveringssikkerhed”. Damgaard Rådgivende Ingeniører ApS har opnået en højere vurdering end COWI A/S, Rambøll Danmark A/S og NIRAS A/S for underkriteriet ”Projektorganisation og bemanning”. Herudover har Damgaard Rådgivende Ingeniører ApS opnået en højere vurdering end COWI A/S for underkriteriet ”Procesbeskrivelse og leveringssikkerhed”. Dette har dog ikke været tilstrækkeligt til at ændre på den prioriterede rækkefølge.

...

Samlet vurdering:

I nedenstående tabel er det samlede resultat anført:

Tilbudsgiver	Pris (30 %)	Projektorganisation og bemanning (35 %)	Procesbeskrivelse og leveringssikkerhed (35 %)	Samlet vægтет point
COWI A/S	2,64	2,89	2,38	7,90
Rambøll Danmark A/S	3,00	2,35	2,52	7,87
NIRAS A/S	1,85	2,84	2,87	7,56
Damgaard Rådgivende Ingeniører ApS	1,91	3,10	2,45	7,46

...”

Derudover var meddelelsen om tildelingsbeslutningen vedlagt et bilag med en uddybende begrundelse for udfaldet af tilbudsevalueringen. Den uddybende begrundelse vedrørte evalueringen af alle de vindende tilbudsgiveres tilbudsbesvarelse samt tilbudsbesvarelsen fra Damgaard. Af bilaget til tilbudsevalueringen fremgår om evalueringen af Damgaards tilbud bl.a. følgende vedrørende evaluering af delkriteriet ”Projektorganisation”:

”

	(...)	(...)	(...)	Damgaard Rådgivende Ingeniører A/S
--	-------	-------	-------	------------------------------------

<p>At placering, ansvar og kompetencer i projektor- ganisationen af de til- budte nøglemedarbejdere fremgår klart og tydeligt af besvarelsen, herunder af organisationsdiagram- met.</p>	(...)	(...)	(...)	<p>Det vægter positivt, at nøg- lemedarbejdernes ansvars- områder fremgår klart og tydeligt af besvarelsen.</p> <p>Det vægter negativt, at kompetencer for nøglemed- arbejderne ikke er beskrev- vet yderligere.</p> <p>Det vægter negativt, at der ikke er sat navn og kompe- tencer på fagekspertes.</p>
<p>At der er en angivelse af kontaktperson, udfø- rende medarbejdere, til- budsgivers ressourcer som back up af udfø- rende medarbejdere samt supplerende kompeten- cer.</p>	(...)	(...)	(...)	<p>Det vægter positivt, at der er angivet back up for nøg- lemedarbejderne.</p> <p>Det vægter negativt, at der ikke er sat navn og kompe- tencer på fagekspertesne, samt tilbudt back up for disse.</p>
<p>At den beskrevne organi- sation viser en klar og logisk opgave- og an- svarsfordeling med en veldefineret ledelses- mæssig struktur.</p>	(...)	(...)	(...)	<p>Det vægter positivt, at den beskrevne organisation vi- ser en klar ansvarsforde- ling.</p> <p>Det vægter negativt, at op- gavefordelingen ikke er tydeligt beskrevet.</p>
<p>At beskrivelsen af pro- jektorganisationen og sa- marbejdsprocessen sand- synliggør et velorganise- ret og konstruktivt sam- arbejde med Ordregivers projektledelse, herunder at Ordregiver i rette tid vil blive inddraget i be- slutningsprocesserne.</p>	(...)	(...)	(...)	<p>Det vægter negativt, at pro- jektorganisationen og sa- marbejdsprocessen ikke er tydeligt beskrevet.</p>
<p>At der er taget klart og tydeligt stilling til place- ring, ansvar og kompe- tencer i projektor- ganisationen for de tilbudte</p>	(...)	(...)	(...)	<p>Det vægter negativt, at pla- cering, ansvar og kompe- tencer i projektor- ganisationen for de tilbudte nøg- lemedarbejdere ikke er tyde- ligt beskrevet.</p>

nøglemedarbejdere, hvilket ligeledes er afstemt med organisationsdiagrammet.				
At der tilbydes nøglemedarbejdere, der har som førsteprioritet at stå til rådighed for opgaveløsningen i forbindelse med denne Rammeaftale.	(...)	(...)	(...)	Det vægter negativt, at de tilbudte nøglemedarbejdere ikke har som førsteprioritet at stå til rådighed for opgaveløsningen i forbindelse med Rammeaftalen.

...”

Af bilaget til tilbudsevalueringen fremgår om evalueringen af Damgaards tilbud bl.a. følgende vedrørende evaluering af delkriteriet ”Procesbeskrivelse”:

”

	(...)	(...)	(...)	Damgaard Rådgivende Ingeniører A/S
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
At løsningsbeskrivelsen indeholder en fyldestgørende og klar beskrivelse af, hvordan processen for løsning af casen under denne Rammeaftale udføres, og at den beskrevne løsning demonstrerer en høj faglig indsigt og forståelse for opgaven.	(...)	(...)	(...)	Det vægter positivt, at løsningsbeskrivelsen udviser høj faglighed og forståelse for opgaven. Det vægter negativt, at løsningsbeskrivelsen er af mere generel karakter og ikke forholder sig til den konkrete case.

”

Den 10. juni 2020 gjorde Damgaard indsigelse mod tilbudsevalueringen.

Den 11. juni 2020 fastholdt Fors evalueringen.

Den 15. juni 2020 indgav Damgaard klage til Klagenævnet for Udbud.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Damgaard har gjort gældende, at Fors i strid med udbudsreglerne har ændret delkriteriet ”Kompetencematrix” til underkriteriet ”Projektorganisation og bemanning”. Ændringen udgør en ændring af et grundlæggende element og kan ikke gennemføres uden fornyet udbud. Ændringen tilføjer et element til delkriteriet og forrykker dermed rækkevidden på en måde, som destabiliserer kriteriet. Ændringen er foretaget 7 kalenderdage før tilbudsfristens udløb den 31. januar 2020 som følge af en forglemmelse. Ændringen blev ikke ledsaget af en fristforlængelse. Uanset om ændringen kun måtte anses som ”væsentlig”, er den ikke foretaget uden samtidig forlængelse af tilbudsfristen. Dette er i strid med udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2.

Fors har gjort gældende, at der ikke er sket en ændring af delkriteriet ”Kompetencematrix” til underkriteriet ”Projektorganisation og bemanning”. Under- og delkriterierne har været de samme fra offentliggørelsen af udbuddet til tildelingsbeslutningen. Det fremgår tydeligt af tilbudsskabelonen, at hele besvarelsen af tilbudsskabelonens punkt 3.2 danner grundlag for evalueringen af underkriteriet ”Projektorganisation og bemanning” og ikke kun evalueringen af ”Kompetencematrix”. Tilføjelsen af fagområdet ”Fjernvarmeledninger” i ydelsesbeskrivelsen samt kompetencematrixen som følge af besvarelsen af spørgsmål 10 udgør ikke en ændring af underkriteriet ”Projektorganisation og bemanning” til ”Kompetencematrix”, men en præcisering af tilbudsskabelonen, så den reflekterede det efterspurgte. Der er da heller ingen af tilbudsgiverne, der misforstod dette, anvendte den forkerte skabelon eller ikke udfyldte skabelonen korrekt.

Ad påstand 2

Damgaard har gjort gældende, at Fors i strid med udbudsreglerne har ændret delaftale 4 ved at udelade rammeaftalens punkt 34 ”Tvister, lovvalg og værneting”. Ændringen indebar, at aftaleforholdet for så vidt angår tvisteløsning i stedet reguleres af ABR18, afsnit J (”Tvister”). Ændringen indebar i hovedtræk, 1) at tvister under 500.000 kr. ikke skulle afgøres efter retsplejelovens bestemmelser og ved Retten i Roskilde, 2) at parterne ikke længere var pålagt at gennemføre mediation, og 3) at tvister med en værdi på 500.000 kr. eller derover skulle afgøres ved voldgift i overensstemmelse med lov om voldgift og i henhold til ”Regler for behandling af voldgiftssager ved Det Danske Voldgiftsinstitut”. Der er tale om en materiel ændring af tvisteløsningsmodellen, herunder forum. Tvisteløsningsbestemmelser er centrale aftalevilkår, og dette gælder i særdeleshed, hvor udbudsmaterialet er formuleret på en måde,

som fraviger byggeriets standardvilkår. Det er irrelevant, at standardvilkårene i ABR18 om tvister allerede fremgik af udbudsmaterialet, for de var ikke vedtaget. Det centrale er således, at ABR18 var fraveget i dette udbud i rammeaftaleudkastet, uanset at de oprindelige standardvilkår også fremgik af udbudsmaterialet. Følges Fors' synspunkt, vil ordregivere kunne indrømme sig ubegrænsede ændringsmuligheder ved at fremlægge en flerhed af aftaleskabloner, som til- eller fravælges under proceduren efter forgodtbefindende. Dette ville udgøre en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. Endvidere må det ved en begrænset udbudsprocedure ikke negligeres, at ændringen foretages kort før prækvalifikationsfristen. Det er jo netop potentielle interesserede ansøgers sidste mulighed for at vurdere, om man ønsker at deltage i udbuddet på det foreliggende grundlag. Det må derfor lægges til grund, at ændringen forrykker rammeaftalens økonomiske balance til ansøgernes eller tilbudsgivernes fordel. Ændringen vedrører et grundlæggende element. Uanset om ændringen kun måtte anses som "væsentlig", er den ikke ledsaget af en samtidig forlængelse af tilbudsfristen. Dette er i strid med udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2.

Fors har gjort gældende, at en rettelse af den valgte tvistløsningsmodel for en kontrakt, således at kontraktforholdet ikke reguleres af to lidt forskellige tvisteløsningsmodeller, ikke udgør en ændring i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2. Kontraktgrundlaget, der var en del af udbudsbetingelserne, indeholdt både det oprindelige punkt 34 i rammeaftaleudkastet og bestemmelsen i ABR18 om tvister. Spørgsmål 10, afgivet og besvaret den 31. oktober 2020, påpegede den uhensigtsmæssighed, at der var to forskellige bestemmelser til regulering af tvister. Fors valgte derfor at præcisere, at det skulle være ABR18's tvisteløsningsmodel, der fandt anvendelse også for eventuelle tvister om selve rammeaftalen. Der var tale om en lovlig tilretning af udbudsbetingelserne, da begge bestemmelser var indeholdt i udbudsmaterialet fra start. Dertil kommer, at forskellen mellem de to bestemmelser er bagatelagtig. Det er således ikke korrekt, når Damgaard anfører, at der blev foretaget en ændring af et grundlæggende element, da begge tvisteløsninger hele tiden har været en del af kontraktgrundlaget, da de to bestemmelser ikke indeholdt væsentlige forskelle, og da det ikke kan have været bestemmende eller afgørende for nogens (manglende) deltagelse i udbuddet, at der ud af to modeller valgtes den model, som hele byggebranchen anvender. Dertil kommer, at rettelsen i udbudsbetingelserne skete den 31. oktober 2019, dvs. i prækvalifikationsfasen før ansøgningsfristen den 7. no-

vember 2019, og at Fors på dette tidspunkt ikke vurderede, at det var nødvendigt med en fristforlængelse af hensyn til potentielle tilbudsgivere, da rettelsen ikke var en væsentlig ændring eller vedrørte et grundlæggende element. Fors vurderede for så vidt angik tilbudsgiverne, at præciseringen ikke havde relevans for disse, da de endnu ikke var udpeget og derfor ikke begyndt at udforme deres tilbud endnu. Dertil kom, at præciseringen konkret ingen betydning havde for hverken udformningen af tilbuddet, for prissætningen af tilbuddet eller for viljen til at indlevere et tilbud. For så vidt angik ansøgerne, vurderedes det, at ændringen ingen betydning havde for hverken udarbejdelse af ansøgninger eller beslutningen om at ansøge. Der blev da heller ikke gjort indsigelser fra nogen tilbudsgivere over rettelsen, der medførte, at tvisteløsningsproceduren i ABR18 fandt anvendelse i stedet for en af Fors selvopfundne model. Selv hvis begge bestemmelser ikke havde været en del af det oprindelige udbudsmateriale, så havde det ikke udgjort en ændring af et grundlæggende element, da ABR18 er aftalegrundlaget for langt hovedparten af aftaler om rådgivningsydelser i Danmark, og ændringen ikke ville medføre, at tilbudsgiverne skulle revidere i deres tilbud. Tvisteløsningsmodellen indeholdt i ABR18 er således almindeligt kendt og brugt i branchen, og der er ikke fremlagt nogen dokumentation for, at Damgaards tilbud blev ændret på grund af præciseringen af udbudsmaterialet, eller at andre tilbudsgivere havde valgt eller fravalgt tilbuddet på grund af tvisteløsningsmodellen. Med præciseringen skete der således ikke en væsentlig ændring, endsige en ændring af et grundlæggende element.

Ad påstand 3

Damgaard har gjort gældende, at Fors har begået en fejl i prosaevalueringen, og at det udgør en overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, at Fors efter et åbenbart forkert skøn har tillagt det negativ betydning, at "...placering, ansvar og kompetencer i projektorganisationen for de tilbudte nøglemedarbejdere ikke er tydeligt beskrevet...", selvom det i evalueringen samtidigt anerkendes, at "...nøglemedarbejdernes ansvarsområder fremgår klart og tydeligt af besvarelsen...", at "...der er angivet back up for nøglemedarbejderne", og at "...den beskrevne organisation viser en klar ansvarsfordeling". Fors' svar i supplerende oplysninger (6) af 24. januar 2020 under spørgsmål 7, indebærer, at Fors har kunnet og skulle lægge til grund, at modtagne CV'er omhandler nøglemedarbejdere, som tilbydes fast at blive allokeret til rådgivningsopgaver under rammeaftalen, medmindre andet udtrykkeligt måtte fremgå af det konkrete tilbud.

Fors har anført, at det må medgives Damgaard, at formuleringen i forbindelse med evalueringen ikke var tilstrækkelig retvisende. Dette har dog ikke haft nogen betydning for den samlede evaluering af delkriteriet. Der er tale om ét ud af ti forhold, der vægter positivt i forbindelse med evalueringen af et delkriterium, der vægter 10 % af et underkriterium, der vægter 35 % i den samlede evaluering. Det er derfor ikke tilstrækkeligt til at ændre på den samlede evaluering af og pointgivning for delkriteriet "Projektorganisation".

Ad påstand 4

Damgaard har gjort gældende, at Fors har lagt vægt på forhold, der falder uden for delkriteriet "Projektorganisation". Fors har i evalueringen tillagt det negativ vægt, at "...der ikke er sat navn og kompetencer på fageksperter, samt tilbudt back up for disse." Fors har imidlertid ikke på nogen måde givet udtryk for, at oplysninger om fageksperter ville kunne tillægges vægt og således have nogen – endsige afgørende – betydning ved evaluering af tilbudene. Der stilles i udbudsmaterialet gennemgående krav til deltagernes angivelse af nøglemedarbejdere, herunder deres placering, ansvar og kompetencer, mens der ikke stilles krav til oplysninger om fageksperter, herunder til angivelse af navn, kompetencer samt back up herfor. Det er derfor i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, når Fors tillægger manglende oplysninger i Damgaards tilbud om fageksperter negativ vægt i forbindelse med evalueringen. Dette underbygges endvidere af, at ingen af de øvrige deltagere er blevet evalueret – hverken negativt eller positivt – på baggrund af oplysninger om fageksperter.

Fors har gjort gældende, at der ikke er foretaget et åbenbart urigtigt skøn i forbindelse med evalueringen af delkriteriet "Projektorganisation" i forbindelse med evalueringen af Damgaards angivelse af de tilbudte nøglemedarbejders ansvarsområder. Det fremgår af punkt 3.2.1 i tilbudsskabelonen, at "Leverandøren har nedenfor lavet en redegørelse for den tilbudte projektorganisation, herunder en oversigt over de nøglemedarbejdere, der tilbydes fast at indgå i opgaveløsning af den konkrete Rammeaftales ydelsesbeskrivelse". Det fremgår utvetydigt af tilbudsskabelonen, at placering, ansvar og kompetencer i projektorganisationen af de tilbudte nøglemedarbejdere skal fremgå tydeligt af besvarelsen, bl.a. i organisationsdiagrammet. Det fremgår ligeledes af punkt 3.2.1 i tilbudsskabelonen, at det vægter positivt i forbindelse med tilbudsevalueringen, "At der er en angivelse af kontaktperson, udførende

medarbejdere, tilbudsgivers ressourcer som back up af udførende medarbejdere samt supplerende kompetencer”. Damgaard har i sin besvarelse af punkt 3.2.1 i tilbudsskabelonen vedlagt et oplæg til et overordnet organisationsdiagram og beskrevet deltagerne i styregruppen, de daglige kontaktpersoner og projektlederne, herunder de opgaver medarbejderne forventes at varetage, og hvilke navngivne medarbejdere der tilbydes til at varetage disse roller og opgaver. I organisationsdiagrammet og beskrivelsen er det angivet, at der vil indgå fageksperter i den tilbudte projektorganisation. Det er dog ikke beskrevet eller på anden måde angivet i Damgaards besvarelse af punkt 3.2.1 i tilbudsskabelonen, hvilke navngivne medarbejdere der tilbydes som fageksperter. Dette er reflekteret i evalueringen af delkriteriet ”Projektorganisation” på følgende måde: ”Det vægter positivt, at der er angivet back up for nøglemedarbejderne. Det vægter negativt, at der ikke er sat navn og kompetencer på fageksperterne, samt tilbudt back up for disse”. Ved evalueringen af delkriteriet ”Projektorganisation” har Fors ikke inddraget besvarelsen af de øvrige under- og delkriterier, og der er således ikke lagt vægt på forhold, der ikke fremgik af Damgaards besvarelse af punkt 3.2.1 i tilbudsskabelonen. Der er derfor ikke anledning til at ændre på pointgivningen for delkriteriet ”Projektorganisation”.

Ad påstand 5

Damgaard har gjort gældende, at tilbudsevalueringen lægger vægt på fraværet af ellers objektivt tilstedeværende oplysninger i tilbuddet. Det er faktisk forkert, at de tilbudte nøglemedarbejdere ikke har som førsteprioritet at stå til rådighed for opgaveløsningen i forbindelse med rammeaftalen. Det udgør derfor en overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, at Fors efter et åbenbart forkert skøn har tillagt det negativ betydning, at ”...de tilbudte nøglemedarbejdere ikke har som førsteprioritet at stå til rådighed for opgaveløsningen i forbindelse med rammeaftalen...”, selvom det i tilbuddet fra Damgaard er angivet, at en nøglemedarbejder får indklagede ”...som den primære kunde...”.

Fors har gjort gældende, at Fors ikke har foretaget et åbenbart urigtigt skøn i forbindelse med evalueringen af delkriteriet ”Projektorganisation” ved at tillægge det negativ vægt, at kun én tilbudt medarbejder ud af 14 var anført som havende Fors som sin førsteprioritet. Det er korrekt, at det i Damgaards tilbud er anført, at én navngiven medarbejder ”vil være til rådighed for FORS i rammeaftalens periode og have FORS som sin primære kunde”, men det, der blev

efterspurgt i forbindelse med evalueringen, var, at der skulle tilbydes flere nøglemedarbejdere end én, der havde Fors som førsteprioritet. Det anerkendes, at det i forbindelse med tilbagemeldingen på evalueringen kunne have været formuleret ”kun én nøglemedarbejder har FORS som første prioritet, hvilket vurderes kun i ringe grad af leve op til det efterspurgt”, men det gøres gældende, at når Damgaard anfører, at kun én ud af 14 tilbudte medarbejdere har Fors som førsteprioritet, så skal dette – uanset formuleringen ved evalueringen – tillægges negativ vægt. Det har således ikke haft betydning for den samlede evaluering.

Ad påstand 6

Damgaard har gjort gældende, at tilbudsevalueringen lægger vægt på fraværet af ellers objektivt tilstedeværende oplysninger i tilbuddet. Fors har indlagt en forudsætning i evalueringen om, at løsningsbeskrivelsen ”...ikke forholder sig til den konkrete case...”. Dette bestrides, idet Damgaard konkret har taget stilling til 1) projektets størrelse og estimeret antallet af stikledninger, som kan frigraves pr. etape, 2) at der er tale om et renoveringsprojekt, og hvordan selve interimforsyningen skal foregå, samt hvorledes slange forbindelse til denne skal udføres, 3) foreløbig dimensionering af interimforsyningen baseret på selve casens størrelse (DN80) samt 4) projektets størrelse og estimeret antallet af etaper, som projektet efter Damgaards konkrete vurdering bør opdeles i (4 stk.). Det udgør derfor en overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, at Fors efter et åbenbart forkert skøn har tillagt det negativ betydning, at ”...løsningsbeskrivelsen (...) ikke forholder sig til den konkrete case...”, selvom løsningbeskrivelsen i det hele er baseret på den konkrete case og konkret tager stilling til de forhold, der fremgår ovenfor.

Fors har gjort gældende, at Fors ikke har foretaget et åbenbart urigtigt skøn i evalueringen af delkriteriet ”Procesbeskrivelse” ved i forbindelse med evalueringen af den besvarede case at tillægge det negativ vægt, at besvarelsen fra Damgaard var af generel karakter og ikke i tilstrækkelig grad forholdt sig til den konkrete case. Det af Damgaard anførte baserer sig på en misforstået opfattelse af, at Fors har anlagt et åbenbart urigtigt skøn i sin evaluering af delkriteriet ”Procesbeskrivelse” ved at anføre, at Damgaard ”ikke forholder sig til den konkrete case”. Citatet er skåret til, og skal rettelig være: ”Det vægter positivt, at løsningsbeskrivelsen udviser høj faglighed og forståelse for opgaven. Det vægter negativt, at løsningsbeskrivelsen er af mere generel

karakter og ikke forholder sig til den konkrete case.” Damgaard har i sin besvarelse af punkt 3.3.1 i tilbudsskabelonen efter Fors’ vurdering forholdt sig kortfattet til casen i bilag 2.3 og kun inddraget denne i punktform. Det fremgår dog også af evalueringen, at: ”Det vægter positivt, at løsningsbeskrivelsen udviser høj faglighed og forståelse for opgaven”. Løsningsbeskrivelsens lidt generelle karakter har dermed trukket evalueringen lidt ned. På trods af det ovenfor anførte vedrørende evalueringen af løsningsbeskrivelsen har det udslagsgivende i den samlede evaluering af delkriteriet ”Procesbeskrivelse” været, at løsningsbeskrivelsen ikke indeholder en klar beskrivelse af planen for kommunikation mellem parterne, samt at parternes roller ikke er beskrevet tydeligt, og at løsningsbeskrivelsen ikke indeholder en tidsplan. Den negative evaluering af Damgaards løsningsbeskrivelse har derfor ikke været udslagsgivende for den samlede evaluering af delkriteriet ”Procesbeskrivelse”, og kan ikke begrunde en ændring af evalueringen.

Ad påstand 7

Damgaard har gjort gældende, at de identificerede udbudsretlige overtrædelser er af en sådan grovhed – hver for sig og tilsammen – at Fors’ tildelingsbeslutning ikke lovligt kan opretholdes. Forskellen i point til nummer 3 (NIRAS A/S) er marginal og udgør blot 0,1 vægtede point. Damgaard ville som minimum være optaget på delaftale 4, såfremt blot ét af de identificerede forhold ovenfor tages til følge. Hvis blot Damgaard korrigeres for 1 uvægtet point for hvert af de delkriterier, som behandles under påstand 3-6, forrykkes tildelingsbeslutningen. Fors’ tildelingsbeslutning af 4. juni 2020 om at tildele delaftale 4 til COWI A/S, Rambøll Danmark A/S, samt NIRAS A/S skal derfor annulleres i henhold til klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 2.

Fors har gjort gældende, at da der ikke er grundlag for at give Damgaard medhold i nogen af påstande 1-6, skal påstand 7 ikke tages til følge.

Ad påstand 8

Damgaard har gjort gældende, at det følger af udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, at ordregiver i sin underretning om tildelingsbeslutning skal oplyse det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud og navnet på den vindende tilbudsgiver eller parterne i rammeaftalen. Fors har i sit svarskrift erkendt, at underretningen ikke var tilstrækkelig retvisende. Fors har dermed handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2,

ved ikke at ledsage underretningen om tildelingsbeslutningen med en fyldestgørende redegørelse for de relevante grunde for tildelingsbeslutningen.

Fors har principalt gjort gældende, at underretningen om tildelingsbeslutning af 4. juni 2020 indeholdt de nødvendige oplysninger, jf. udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, subsidiært at i hvert fald den uddybende begrundelse af 11. juni 2020 udgør en tilstrækkelig og fyldestgørende redegørelse for de relevante grunde for tildelingsbeslutningen.

Ad påstand 9

Damgaard har gjort gældende, at det følger af udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2, at ordregiver er forpligtet til at forlænge fristen for modtagelse af ansøgninger eller tilbud, hvis ordregiveren foretager væsentlige ændringer i udbudsmaterialet. Det gøres i den sammenhæng subsidiært til påstand 1 og 2 gældende, at de heri omhandlede ændringer i hvert fald udgør væsentlige ændringer, som ikke kan foretages uden samtidig fristforlængelse.

Fors har principalt gjort gældende, at ingen af de ændringer, der er påpeget af Damgaard, udgør væsentlige ændringer, der skulle medføre fristforlængelser, subsidiært at ingen af ændringerne konkret har haft en betydning for det konkrete udbud. Således har ingen tilbudsgivere manglet tid, anmodet om ekstra tid eller i øvrigt anført, at der var for kort tid til at afgive tilbud. Det bemærkes i den forbindelse dog, at tilbudsfristen blev forlænget således, at de prækvalificerede tilbudsgivere fik fra 12. december 2019 til 31. januar 2020 til at udarbejde deres tilbud, altså i alt 41 dage.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 og 9, 1. led

Ifølge udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.4 omhandler udbuddet rådgivningsydelser inden for projektering, udbud, tilsyn og gennemførelse af opgaver af drifts- og anlægsopgaver i relation til varme, og der er som eksempler anført syv forskellige fagområder.

De syv eksempler på fagområder er ligeledes anført under ydelsesbeskrivelsen i udbudsmaterialets udkast til rammeaftale, hvor det i parentes er anført, at oplistningen ikke er udtømmende.

Som en del af underkriteriet ”Projektorganisation og bemanning” indgår delkriteriet ”Kompetencematrix”. Af den kompetencematrix, som tilbudsgiverne skulle udfylde som en del af tilbuddet, fremgår de syv fagområder.

Derudover skulle tilbudsgiverne i forbindelse med afgivelse af tilbud besvare en case. Casen omhandlede fjernvarmeledninger.

Efter at fristen for ansøgning om prækvalifikation var udløbet, og 7 dage inden fristen for afgivelse af tilbud udløb, tilføjede Fors et yderligere fagområde, ”fjernvarmeledninger”, til kompetencematrixen, og udbudsbetingelserne blev ændret. Ændringen var foranlediget af spørgsmål 10, der blev besvaret den 24. januar 2020. Af spørgsmål 10 fremgår, at ”en stor andel af opgavetyperne relaterer netop til projekter som omhandler fjernvarmeledninger ligesom casen også omhandler fjernvarmeledninger”, og af svaret fremgår, at det var en fejl, at fagområdet ”fjernvarmeledninger” ikke var medtaget som fagområde.

Spørgsmålet for klagenævnet er herefter, om denne ændring – i overensstemmelse med den nedlagte påstand – har karakter af ændring af et grundlæggende element i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2. Såfremt ændringen ikke har karakter af ændring af et grundlæggende element, er spørgsmålet for klagenævnet, om ændringen er en så væsentlig ændring, at Fors skulle have forlænget tilbudsfristen.

Det beror på en konkret vurdering, om en given ændring af udbudsbetingelserne ligger inden for rammerne af de udbudsretlige regler, eller om der er tale om en ændring af de grundlæggende udbudsbetingelser for udbuddet, der indebærer, at ordregiveren har været forpligtet til at annullere udbuddet og efter omstændighederne foranstalte nyt udbud.

Klagenævnet lægger ved denne vurdering vægt på, at Fors’ udbud vedrører rådgivningsydelser inden for projektering, udbud, tilsyn og gennemførelse af drifts- og anlægsopgaver i relation til varme, og at fagområdet ”Fjernvarmeledninger” for en rimeligt oplyst og normalt påpasselig potentiel tilbudsgiver må anses for normalt at ligge inden for den udbudte rådgivningsydelse. Klagenævnet lægger endvidere vægt på, at enhver rimeligt oplyst og normalt påpasselig potentiel tilbudsgiver ved gennemgang af udbudsbekendtgørelsen, udbudsbetingelserne og den tilhørende case kan konstatere, at oplysningen

af fagområder er ikke-udtømmende, og at casen vedrører netop fjernvarmeledninger. Det er herefter ikke sandsynliggjort, at ændringen af de oprindelige udbudsbetingelser har haft betydning på potentielle tilbudsgiveres beslutning om deltagelse i udbuddet.

Klagenævnet finder på den baggrund, at ændringen ikke udgør en ændring af et grundlæggende element.

Af samme grunde finder klagenævnet, at ændringen ikke er en så væsentlig ændring, at Fors skulle have forlænget tilbudsfristen.

Klagenævnet tager derfor ikke påstandene 1 og 9, 1. led til følge.

Ad påstand 2 og 9, 2. led

Det oprindelige udbudsmateriale indeholdt forskellige bestemmelser vedrørende behandlingen af tvister, idet udbudsbetingelserne indeholdt bestemmelser om bl.a. forhandling, mægling, værneting og voldgift, som afviger fra ABR18, mens de tilhørende rådgiveraftaler indeholdt bestemmelser med henvisning til ABR18, herunder afsnit J om tvister.

Efter, at der var stillet spørgsmål hertil, ændrede Fors udbudsbetingelserne ved at udelade bestemmelserne om tvistløsning for dermed at skabe den fornødne klarhed over udbudsmaterialet.

Spørgsmålet for klagenævnet er herefter, om denne ændring – i overensstemmelse med den nedlagte påstand – har karakter af ændring af et grundlæggende element i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2. Såfremt ændringen ikke har karakter af ændring af et grundlæggende element, er spørgsmålet for klagenævnet, om ændringen er en så væsentlig ændring, at Fors skulle have forlænget tilbudsfristen.

Det beror på en konkret vurdering, om en given ændring af udbudsbetingelserne ligger inden for rammerne af de udbudsretlige regler, eller om der er tale om en ændring af de grundlæggende udbudsbetingelser for udbuddet, der indebærer, at ordregiveren har været forpligtet til at annullere udbuddet og efter omstændighederne foranstalte nyt udbud.

Klagenævnet lægger ved denne vurdering vægt på, at det ikke er sandsynliggjort, at ændringen af de oprindelige udbudsbetingelser har haft betydning på potentielle tilbudsgiveres beslutning om deltagelse i udbuddet. Klagenævnet lægger endvidere vægt på, at ændringen blev gennemført tids nok til, at ansøgerne kunne tage højde for ændringen inden ansøgningsfristens udløb, og at ændringen blev gennemført for at fjerne en uklarhed i udbudsmaterialet.

Klagenævnet finder på den baggrund, at ændringen ikke udgør en ændring af et grundlæggende element.

Ændringen blev gennemført for at fjerne en uklarhed i udbudsmaterialet, og den blev foretaget mere end 3 måneder inden ansøgningsfristen udløb.

Klagenævnet finder på den baggrund, at ændringen ikke er en så væsentlig ændring, at Fors skulle have forlænget tilbudsfristen yderligere.

Klagenævnet tager derfor ikke påstand 2 og 9, 2. led til følge.

Ad påstand 3

Fors har anerkendt, at formuleringen i forbindelse med evalueringen af Damgaards tilbud ikke var tilstrækkelig retvisende.

Klagenævnet finder, at det herefter kan lægges til grund, at det var en fejl i evalueringen af Damgaards tilbud at tillægge det negativ betydning, at ”placering, ansvar og kompetencer i projektorganisationen for de tilbudte nøglemedarbejdere ikke er tydeligt beskrevet”.

Fors har hermed handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved i forbindelse med evalueringen af delkriteriet ”Projektorganisation” til underkriteriet ”Projektorganisation og bemanding” at vægte negativt, ”at placering, ansvar og kompetencer i projektorganisationen for de tilbudte nøglemedarbejdere ikke er tydeligt beskrevet”, selvom det i evalueringen anerkendes, at ”nøglemedarbejdernes ansvarsområder fremgår klart og tydeligt” af besvarelsen.

Klagenævnet tager derfor påstand 3 til følge.

Spørgsmålet om, hvilken betydning dette har for spørgsmålet om annullation af tildelingsbeslutningen, behandles under påstand 7.

Ad påstand 4

Det fremgår af punkt 3.2.1 i tilbudsskabelonen, at det vægter positivt, at placering, ansvar og kompetencer i projektorganisationen af de tilbudte nøglemedarbejdere skal fremgå tydeligt af besvarelsen, herunder af organisationsdiagrammet, og at det vægter positivt i forbindelse med tilbudsevalueringen, ”at der er en angivelse af kontaktperson, udførende medarbejdere, tilbudsgivers ressourcer som back up af udførende medarbejdere samt supplerende kompetencer”.

Damgaard har i sit tilbud medtaget et oplæg til overordnet organisationsdiagram, hvori indgår bl.a. fagekspertes, samt anført, at Damgaard har ”et bredt spektrum af fagekspertes ...”. Derudover fremgår det ikke af Damgaards besvarelse af punkt 3.2.1 i tilbudsskabelonen, hvilke navngivne medarbejdere der tilbydes som fagekspertes, hvilke kompetencer de har, eller om der er back up for disse.

Klagenævnet finder ikke grundlag for at tilsidesætte Fors’ vurdering af, at de i Damgaards tilbud beskrevne fagekspertes også i tilbuddet burde angives med navn og kompetencer, samt at der burde tilbydes back up for disse.

Der er herefter ikke grundlag for at tilsidesætte Fors’ skønsmæssige evaluering af Damgaards tilbud på dette punkt.

Klagenævnet tager derfor ikke påstand 4 til følge.

Ad påstand 5

Det fremgår af punkt 3.2.1 i tilbudsskabelonen, at det vægter positivt, at der tilbydes nøglemedarbejdere, der har som førsteprioritet at stå til rådighed for opgaveløsningen i forbindelse med rammeaftalen.

Det fremgår af Damgaards tilbud, at den daglige kontaktperson vil være til rådighed for Fors i rammeaftalens periode og have Fors som den primære kunde i sin portefølje som kontaktansvarlig. Derimod fremgår det ikke ud-

trykkeligt af Damgaards tilbud, at de andre navngivne personer i projektor-
ganisationer, herunder de foreslåede projektledere, vil have som førstepriori-
tet at stå til rådighed for opgaveløsningen i forbindelse med rammeaftalen.

Fors har i sin evaluering af Damgaards tilbud anført, at det ”vægter negativt,
at de tilbudte nøglemedarbejdere ikke har som førsteprioritet at stå til rådigh-
hed for opgaveløsningen i forbindelse med Rammeaftalen.”

Det fremgår ikke af Damgaards tilbud, at de tilbudte medarbejdere, bortset
fra en enkelt, havde som førsteprioritet at stå til rådighed for opgaveløsning-
en. Klagenævnet finder på den baggrund ikke grundlag for at tilsidesætte
Fors' evaluering, hvorefter dette punkt blev vægtet negativt.

Det forehold, at det for en enkelt nøglemedarbejder var anført, at denne havde
som førsteprioritet at stå til rådighed for opgaveløsningen, hvilket kunne,
men ikke nødvendigvis skulle fremgå udtrykkeligt af evalueringen, når det
var klart, at det for langt hovedparten af de tilbudte nøglemedarbejdere ikke
var beskrevet, at disse havde som førsteprioritet at stå til rådighed for opga-
veløsningen, giver ikke grundlag for at tilsidesætte Fors' skønsmæssige eva-
luering af Damgaards tilbud på dette punkt.

Klagenævnet tager derfor ikke påstand 5 til følge.

Ad Påstand 6

Klagenævnet kan efter fast rets- og klagenævnspraksis alene tilsidesætte det
skøn, som den ordregivende myndighed har udøvet ved bedømmelsen af til-
budsgivers opfyldelse af kvalitative kriterier, hvis ordregiveren åbenbart har
overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens evalueringsskøn,
eller har handlet usagligt.

Under hensyn til det, som Fors har anført, finder klagenævnet ikke grundlag
for at tilsidesætte det udøvede skøn.

Der er herefter ikke grundlag for at tilsidesætte Fors' evaluering af Dam-
gaards tilbud på dette punkt.

Klagenævnet tager derfor ikke påstand 6 til følge.

Ad påstand 8

Efter udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, 1. led, skal en ordregiver i sin underretning af tilbudsgiverne om beslutningen om tildeling af kontrakt angive det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud og navnet på den vindende tilbudsgiver eller parterne i rammeaftalen.

Ordregiverens begrundelse skal være tilstrækkelig til, at tilbudsgiverne kan vurdere, om evalueringen er sket inden for rammerne af den evalueringsmodel, der er beskrevet i udbudsmaterialet, og om ordregiveren har lagt vægt på de forhold, som ordregiveren har fastsat i udbudsmaterialet, at der vil blive lagt vægt på.

Fors' underretning af 4. juni 2020 af tilbudsgiverne om beslutningen om tildeling af kontrakt bilagt en uddybende begrundelse for den gennemførte evaluering indeholdt såvel en forklaring på, hvilke kvalitative forskelle mellem Damgaards tilbud og de vindende tilbud Fors havde lagt til grund, samt en fyldestgørende begrundelse for evalueringen af de enkelte underkriterier samt delkriterier. Tildelingsbeslutningen indeholdt således en tilstrækkelig angivelse af de vindende tilbuds karakteristika og relative fordele til belysning af de centrale elementer, der har været udslagsgivende ved bedømmelsen af de vindende tilbud og dermed også Damgaards tilbud.

Fors har således ikke handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2.

Det forhold, at Fors, som anført vedrørende påstand 3, har begået en fejl i forbindelse med evalueringen, kan ikke føre til, at Fors dermed har overtrådt udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, idet bemærkes, at det netop er Fors' overholdelse af begrundelseskravet, der har gjort Damgaard i stand til at påpege fejlen.

Klagenævnet tager derfor ikke påstand 8 til følge.

Ad påstand 7

Som følge af det, der er anført ad påstand 1-2, 4-6 og 8-9, og da der ikke er grundlag for at antage, at den overtrædelse af ligebehandlings- og gennem-

sigtighedsprincippet, der er konstateret vedrørende påstand 3, ved evalueringen af delkriteriet ”procesorganisation” har haft betydning for udfaldet af udbuddet, tages påstanden ikke til følge.

Klagenævnet tager derfor ikke påstand 7 til følge.

Sagsomkostninger

Da Damgaard alene har fået medhold i påstand 3 og henset til sagens omfang og forløb, skal Damgaard betale sagsomkostninger til Fors med 30.000 kr.

Herefter bestemmes:

Fors A/S har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved i forbindelse med evalueringen af delkriteriet ”Projektorganisation” til underkriteriet ”Projektorganisation og bemanning” at vægte negativt, ”at placering, ansvar og kompetencer i projektorganisationen for de tilbudte nøglemedarbejdere ikke er tydeligt beskrevet”, selvom det i evalueringen anerkendes, at ”nøglemedarbejdernes ansvarsområder fremgår klart og tydeligt” af besvarelsen.

Klagen tages i øvrigt ikke til følge.

Damgaard Rådgivende Ingeniører ApS skal i sagsomkostninger til Fors A/S betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig