

7. november 2007. SJ AB mod Trafikstyrelsen for jernbaner og færger
Udbyderen havde ikke pligt til undtagelsesvis at kontrollere rigtigheden af oplysningerne i et tilbud. En vurderingsmodel om vurdering af tilbudspriserne i forhold til hinanden kunne i ekstreme tilfælde føre til u hensigtsmæssige og uigennemsigtige resultater, men ville normalt ikke medføre problemer og havde heller ikke gjort det i det konkrete tilfælde. Ved et udbud efter forhandling uden for Udbudsdirektivet er der mulighed for ændringer, som ikke tillades ved udbud efter direktivet. Koordinering af tildelingsbeslutningen ved et dansk udbud med tildelingsbeslutningen under et parallelt svensk udbud var i den foreliggende situation ikke i strid med fællesskabsretten. Klagenævnet kan ikke tage stilling til, om en tilbudsgiver har fået ulovlig statsstøtte, men kan tage stilling til, hvordan en udbyder skal reagere, hvis omstændighederne tyder på, at en tilbudsgiver har modtaget en sådan statsstøtte. Påstand om annullation af et afsluttet udbud afvist. Ikke opsættende virkning. Ikke annullation

Trafikstyrelsen iværksatte et EU-udbud efter forhandling vedrørende en tjenesteydelse bestående af udførelse af togdriften på den danske side af Øresund. Da jernbanedrift er omfattet af Udbudsdirektivets bilag II B, var udbuddet ikke omfattet af Udbudsdirektivet (bortset fra med hensyn til tekniske specifikationer m.m., jf. direktivets artikel 21), men var alene omfattet af almindelige EU-udbudsretlige principper, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af følgende underkriterier, der vægtedes som angivet: 1. pris (50 %), 2. kvalitet (30 %) og 3. leveringssikkerhed (20 %).

I udbudsbetingelserne var gjort rede for en model, der ville blive anvendt ved tilbudsvurderingen. Denne model gik i hovedtræk ud på følgende: Med hensyn til underkriteriet 1. pris ville tilbuddet med den laveste tilbudspris få maksimumpoints og de øvrige tilbud points i forhold hertil. Med hensyn til hvert af underkriterierne 2. kvalitet og 3. leveringssikkerhed ville det bedste tilbud få maksimumpoints og de øvrige tilbud points i forhold hertil.

Efter tilbuddenes indgivelse ændrede udbyderen modellen med hensyn til underkriterierne 2. kvalitet og 3. leveringssikkerhed til i hovedtræk at gå ud på følgende: Tilbud, som på udmærket vis opfyldte det pågældende underkriterium, ville få maksimumpoint, medens tilbud, som kun opfyldte udbudsbetingelsernes minimumskrav i relation til underkriteriet, ville få minimumpoint. De øvrige tilbud ville få points efter, hvordan de var placeret mellem disse to yderpunkter. Ændringen skete efter samråd med Konkurrencestyrelsen og var foranlediget af Klagenævnets kendelse af 12. februar 2007 i sagen Dansk Høreteknik A/S mod Københavns Kommune. I denne kendelse udtalte Klagenævnet, at tilbud ved udbud med tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud skal vurderes i forhold til underkriterierne og ikke i forhold til hinanden, i hvert fald med hensyn til andre underkriterier end pris.

Der indkom tilbud fra 5 af 7 prækvalificerede tilbudsgivere, og efter en forhandlingsrunde med tilbudsgiverne besluttede udbyderen at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. En anden tilbudsgiver klagede til Klage-

nævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge.

Klagenævnet tog stilling til sagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde taget tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom dette tilbud ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav med hensyn til standsningsmønster, tidstabeller og togsstørrelse (påstand 1 a og 1 b):

Ikke taget til følge med henvisning til, at udbyderens vurdering, hvorefter den valgte tilbudsgivers tilbud opfyldte de pågældende krav, af nærmere angivne grunde var en korrekt vurdering, og til, at udbyderen ikke havde haft pligt til undtagelsesvis at kontrollere de pågældende oplysninger i den valgte tilbudsgivers tilbud.

2) Klage over, at udbyderen havde taget den valgte tilbudsgivers tilbud i betragtning, selvom tilbuddet ikke opfyldte et krav vedrørende antallet af togsæt, som udbyderen havde meddelt klageren under forhandlingsrunden (påstand 1 c):

Ikke taget til følge med henvisning til, at udbyderen ikke under forhandlingsrunden havde stillet krav til antallet af togsæt eller havde stillet forskellige krav til tilbudsgiverne.

3) Klage over, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde tildelt tilbuddene points i forhold til hinanden (påstand 2 a og 2 b):

Ikke taget til følge, da der ikke forelå en overtrædelse af de almindelige fællesskabsretlige regler om offentlige kontrakter.

Herved henvist til følgende med hensyn til underkriteriet 1. pris: Den anvendte vurderingsmodel medførte, at tilbuddene blev vurderet i forhold til hinanden, og modellen kunne under ekstreme forudsætninger føre til u hensigtsmæssige og i hvert fald uigennemsigtige resultater. En vurderingsmodel som den anvendte giver imidlertid normalt ikke problemer med hensyn til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og modellen havde efter Klagenævnets vurdering ikke medført sådanne problemer i det konkrete tilfælde.

Særligt med hensyn til underkriterierne 2. kvalitet og 3. leverings-sikkerhed henvist til, at den endelige model efter ændringen af udbudsbetingelserne gik ud på at vurdere tilbuddene i forhold til de to underkriterier. Udtalt, at Klagenævnet ikke havde taget stilling til, om det er hensigtsmæssigt eller påkrævet i udbudsbetingelserne at oplyse, hvorledes der vil blive givet points ved tilbudsvurderingen.

4) Klage over, at udbyderen efter tilbuddenes indgivelse som omtalt ovenfor havde ændret vurderingsmodellen med hensyn til underkriterierne om kvalitet og leveringssikkerhed (påstand 3):

Ikke taget til følge. Henvist til, at udbuddet var et udbud efter forhandling, der ikke var omfattet af Udbudsdirektivet, og at der derfor var mulighed for ændringer, der ikke tillades ved udbud efter Udbudsdirektivet. Desuden lagt en vis vægt på, at tilbudsgiverne ved udformningen af tilbuddene næppe havde tillagt den omhandlede pointberegning særlig betydning.

5) Klage over, at udbyderen havde fastsat en såkaldt korrektionsmodel for tilbudsvurderingen, hvilket var oplyst i udbudsbetingelserne (påstand 4 a).

Den omtalte korrektionsmodel, der havde været forelagt for Europa-Kommissionen, havde til formål at koordinere tilbudsvurderingen med tilbudsvurderingen under et samtidigt svensk udbud af jernbanedriften på den svenske side af Øresund. Efter klagerens opfattelse var korrektionsmodellen uforståelig og var dermed i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Klagepunktet blev ikke taget til følge med henvisning til følgende: Korrektionsmodellen var klar og kunne ikke fremkalde tvivl hos tilbudsgiverne. Korrektionsmodellen indebar, at forhold ved det svenske udbud kunne få indflydelse på tildelingsbeslutningen under det danske udbud, men dette var en uundgåelig følge af, at det danske og det svenske udbud blev gennemført som parallelle udbud, og af, at de to udbydere ønskede at undgå risiko for to særskilte kontrakter, der ikke samlet set ville medføre det økonomisk mest fordelagtige resultat. De grundlæggende fællesskabsretlige regler om offentlige kontrakter måtte fortolkes sådan, at de ikke er til hinder for en forsvarlig fremgangsmåde i en situation som den foreliggende.

6) Klage over, at udbyderen havde frataget tilbudsgiverne adgang til at klage over den omtalte korrektionsmodel (påstand 4 b):

Ikke taget til følge, allerede fordi klagepunktet af nærmere angivne grunde var uden retligt indhold.

7) Klage over, at udbyderen ikke havde foretaget tilstrækkelige undersøgelser med hensyn til, om det skyldtes ulovlig statsstøtte, at den valgte tilbudsgiver havde afgivet et urealistisk lavt tilbud (påstand 5):

Udtalt følgende:

Klagenævnet havde ikke kompetence til at tage stilling til, om der var ydet statsstøtte til den valgte tilbudsgiver i strid med fællesskabsretlige regler. Klagenævnet har derimod kompetence til at tage stilling til, om en udbyder skal udvise en særlig adækvat adfærd, hvis omstændighederne tyder på, at en tilbudsgiver har modtaget ulovlig statsstøtte, og en påstand fra udbyderen om afvisning af klagepunktet blev derfor ikke taget til følge. Klagenævnet havde imidlertid intet grundlag for at fastslå, at den valgte tilbudsgivers tilbud var urealistisk lavt, og allerede som følge heraf blev klagepunktet ikke taget til følge.

En påstand fra klageren om annullation af tildelingsbeslutningen (påstand 6) blev ikke taget til følge.

En påstand fra klageren om annullation af udbuddet (påstand 7) blev afvist med henvisning til, at Klagenævnet i medfør af § 6, stk. 1, i Lov om Klagenævnet for Udbud kan påbyde en ordregiver at annullere et igangværende udbud, men at det ville savne mening at annullere et afsluttet udbud.

Indbragt for domstolene.