

Ordregivers pligt til at offentliggøre evalueringsmetode – og model

Birte Rasmussen, advokat (H), partner, og Jacob Georg Naur, advokat,
HjulmandKaptain – 4. september 2016

Ordregiver skal offentliggøre evalueringsmetoden- og modellen samtidig med det øvrige udbudsmateriale. Pligten til offentliggørelse følger af 2014-direktivets ny offentliggørelsessystematik, som er tydeliggjort i § 160 i udbudsloven. Dimarso-dommen af 14. juli 2016 ændrer ikke på dette.

Udbudsmaterialet består ofte af rigtig mange sider. Printet ud kan man ikke sjældent fylde et eller flere ringbind. For den udbudsansvarlige er der dog 2 dokumenter, der er afgørende. Nemlig kravsspecifikationen, som er ordregivers indkøbsseddel, og evalueringsmetoden, som afgør, hvem der - mod betaling - vinder retten til at levere det, som står på indkøbssedlen. Før vi 1. januar 2016 fik udbudsloven kaldtes evalueringsmetoden typisk blot tildelingskriterierne. Andre udtryk bliver dog også anvendt. I Dimarso-dommen¹ er begrebet evalueringsmetode i oversættelsen således blevet til ”bedømmelsesmetode”. Kært barn har mange navne. Men funktionen i udbudsprocessen er den samme: At finde en eller flere vindere.

Navneforvirringen til trods må det kunne slås fast, at evalueringsmetoden er af særlig stor interesse for tilbudsgiverne. Ligesom en løber gerne vil vide, om det er 100 m eller 800 m, der skal konkurreres på, inden startskuddet lyder, vil en tilbudsgiver gerne så tidligt som muligt vide, hvordan der opnås bedst bedømmelse med henblik på at indrette tilbuddet derefter.

Spørgsmålet er derfor ikke om, men hvornår ordregiver – herunder i hvilket omfang – er forpligtet til at offentliggøre, hvordan tilbuddene bedømmes. Og i forlængelse heraf: Hvornår og hvor tydeligt skal ordregiver tegne målstregen? Og må ordregiver flytte den efter startskuddet?

Ny offentliggørelsessystematik

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

¹ EU-dom af 14. juli 2016 i sagen C-6/15, TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest.

tilbudsevalueringen.² Udbudsmaterialet skal som udgangspunkt offentliggøres samtidig med udbudsbekendtgørelsen.³ Med andre ord skal de potentielle tilbudsgivere have adgang til flere oplysninger om indkøbet på et tidligere tidspunkt i forhold til systematikken under 2004-direktivet⁴.

Udbudsloven tager direkte stilling til, hvad der skal forstås ved betegnelsen udbudsmateriale. Udbudsmaterialet omfatter således

”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.”⁵

I Konkurrence – og Forbrugerstyrelsens vejledning til udbudsloven er det uddybet, at udbudsmaterialet skal forstås som *”alle udbuddets dokumenter”*.⁶

Det er ingen overraskelse, at offentliggørelsessystematikken i udbudsloven er hentet direkte i 2014-direktivet.⁷ Der er dog en enkelt afvigelse. 2014-direktivet angiver, at udbudsmaterialet, som bliver kaldt udbudsdokumenterne, skal forstås som

”ethvert dokument, som de ordregivende myndigheder udarbejder eller henviser til for at beskrive eller fastlægge elementer af udbuddet eller proceduren, [..].”⁸

Offentliggørelsespligten er med andre ord ikke afgrænset, således at det kun er en bestemt type udbudsdokumenter eller udbudsdokumenter med en

² Jf. § 160, stk. 1, i lov nr. 1564/2015 (udbudsloven).

³ Jf. § 132, stk. 1, 1. pkt. i udbudsloven.

⁴ Jf. direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (2004-direktivet).

⁵ Jf. § 24, nr. 36.

⁶ Jf. side 126 i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens ”vejledning om udbudsreglerne”, januar 2016, version 1.0.

⁷ Jf. art. 53, stk. 1, 1. pkt., i direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (2014-direktivet).

⁸ Jf. art. 2, stk. 1, nr. 13.

bestemt betegnelse, som der en gang for alle kan peges på som de dokumenter, der skal offentliggøres sammen med udbudsbekendtgørelsen.

Offentliggørelsespligten rækker derimod ned mod de dokumenter, der har en funktion i udbudsproceduren: Har dokumenterne en betydning for udbudsproceduren, skal de offentliggøres som en del af udbudsmaterialet/udbudsdokumenterne samtidig med udbudsbekendtgørelsen.

I forlængelse heraf må man stille sig spørgsmålet: Anvender ordregiveren evalueringemetoden til at fastlægge elementer af udbuddet? Ja, til at finde vinderen – en ikke uvæsentlig del af udbudsproceduren. Og videre: Anvender ordregiveren evalueringmodellen til at fastlægge elementer i udbuddet? Her lyder svaret også: Ja, til at finde vinderen.

Altså griber offentliggørelsespligten disse dokumenter – uanset om det enkelte dokument kaldes evaluering metode, evaluering model, tildelingskriterier eller bedømmelsesmetode. Det er realiteten i dokumenternes funktion og ikke betegnelsen, der er afgørende.

Grænsen for offentliggørelsespligten går ved de dokumenter, som indeholder ordregivers overvejelser forud for, at udbuddet iværksættes ved udbudsbekendtgørelsen.

Definitionen af udbudsmaterialet henviser således alene til de dokumenter, som ordregiver udarbejder for at beskrive eller fastlægge elementer i et udbud eller en procedure for tildeling. Ordregivers overvejelser i form af interne notater, referater fra møder mv. er således undtaget fra offentliggørelsespligten. Det er så at sige kun de dokumenter, der opstiller spillereglerne for udbudsproceduren, og som er endelige, der skal offentliggøres sammen med udbudsmaterialet.

Konklusionen er under alle omstændigheder, at såfremt ordregiver ønsker at gøre brug af en metode eller en model til at finde en eller flere vindere, skal metoden, uanset betegnelse, være offentliggjort i udbudsmaterialet samtidig med udbudsbekendtgørelsen.

Hvad siger forarbejderne?

Forarbejderne til udbudsloven understøtter ovenstående fortolkning af offentliggørelsesforpligtelsens rækkevidde. Et af formålene med offentliggørelsen er således, at tilbudsgiverne skal kunne kontrollere tildelingsproceduren:

”Evalueringemetoden skal være fastlagt på forhånd og være beskrevet klart i udbudsmaterialet. [...] Endvidere medfører offentliggørelsen af evalueringemetoden, at tilbudsgiverne efterfølgende kan kontrollere, at evalueringen er sket i overensstemmelse med den offentliggjorte evalueringemetode.”⁹

Det giver sig selv, at hvis ordregiver ”trækker kaniner op af hatten” under tildelingen, udelukker det, at tilbudsgiverne kan kontrollere, at tildelingen er sket i overensstemmelse med den offentliggjorte evalueringemetode.

Offentliggørelsespligten skal samtidig give tilbudsgiverne mulighed for at vurdere, om de vil stille op i konkurrencen:

”[...] ordregiveren skal beskrive metoden på en måde, der gør det klart for de potentielle ansøgere og tilbudsgivere, hvordan ordregiveren vil anvende metoden, [...] således at de potentielle ansøgere og tilbudsgivere ved at sammenholde oplysningerne om evalueringemetoden med de givne oplysninger om under- og delkriterier har et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud, og hvordan tilbudsgiverne kan optimere deres tilbud.”¹⁰

Med andre ord skal det som udgangspunkt være klart ved offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, hvor målstregen er, så tilbudsgiverne kan vurdere, om løbet kan vindes eller ej.

⁹ Jf. bemærkningerne til § 160 i lovforslag L 19 af 7. oktober 2015.

¹⁰ Jf. *ibid.*

Forarbejderne skelner i øvrigt ikke mellem evalueringsmetode og evalueringsmodel. Forpligtelsen til at offentliggøre evalueringsmetoden beskrives således (se understregning):

”Kravet om forudgående offentliggørelse af evalueringsmetoden betyder, at ordregiveren skal oplyse nedenstående i forbindelse med et udbud med tildelingskriteriet bedste forhold mellem kvalitet og pris.

1. Det skal i forbindelse med økonomiske under- og eventuelle delkriterier oplyses, hvordan priserne og andre økonomiske forhold vurderes. Priserne kan indgå direkte i sammenstillingen med vurderingen af de kvalitative kriterier. Priserne kan også omregnes ved anvendelse af en model, som for eksempel omregner pris til point, der herefter indgår i sammenstillingen med point fra vurderingen af de kvalitative kriterier.

2. Dernæst skal det i forbindelse med kvalitative under og eventuelle delkriterier oplyses, hvordan det enkelte kriterium nærmere vil blive bedømt, eksempelvis ved brug af en pointskala, og det skal være klart, hvad der

tillægges betydning ved bedømmelsen. Evalueringen kan eventuelt kombineres med en prismodel, hvorved den kvalitative vurdering omregnes til et pristillæg, der herefter kan indgå i den samlede vurdering med priserne fra de økonomiske underkriterier.

3. Endelig skal det beskrives, hvordan ordregiveren sammenstiller bedømmelsen for de kvalitative underkriterier med de økonomiske underkriterier og, herved identificerer det tilbud, der giver ’det bedste forhold mellem pris og kvalitet’ i

overensstemmelse med den i udbudsmaterialet angivne vægtning.”¹¹

Som det fremgår direkte af ovenstående citat, omfatter offentliggørelsespligten metoden såvel som den model, der eventuelt anvendes.

Udbudslovsudvalget, som anbefalede at indføre § 160¹² anså i øvrigt de forskellige modeller for at være en integreret del af evalueringsmetoden:

”Evalueringsmetoden kan eksempelvis basere sig på en prosamodel, prismodel eller pointmodel. Modellen skal være beskrevet klart i udbudsmaterialet.”¹³

På baggrund heraf er det svært at følge en tankegang om, at brugen af ordet evalueringsmetode i udbudslovens § 160, stk. 1, hjemler, at ordregiver kan vente med at offentliggøre et eller flere dokumenter indeholdende den specifikke model, der i sidste ende bliver afgørende for konkurrencens resultat. For hvis modellen har betydning for udbudsproceduren, skal den netop offentliggøres, jf. offentliggørelsessystematikken. Hvis modellen ikke har betydning for udbudsproceduren, skal den ikke offentliggøres. Men hvorfor så overhovedet have en model?

Hvis ordet udbudsmaterialet efter udbudsloven skulle forstås som *”ethvert dokument”*, og ikke blot *”de dokumenter”*, havde der måske ikke været grundlag for at diskutere, om sondringen mellem evalueringsmetode og evalueringsmodel er realitetsbærende, således at ordregiveren kan nøjes med at beskrive evalueringsmetoden i udbudsmaterialet, men undlade at offentliggøre hele eller dele af evalueringsmodellen.

¹¹ Jf. *ibid.*

¹² I udkast til udbudslov i ”Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning”, december, 2014, fremgår offentliggørelsespligten af § 158, stk. 1.

¹³ Jf. side 231 i ”Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning”, december, 2014.

Ovenstående er i øvrigt ikke nyt. Ræsonnementet fremgår af Kommissionens brev af 15. marts 2016 til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vedrørende § 160 i udbudsloven¹⁴. Brevet er et svar på, om § 160 er udtryk for dansk overimplementering, hvilket Kommissionen besvarede med et nej¹⁵.

Offentliggørelsespligten er dog efter forarbejderne - en smule - begrænset i forhold til de kvalitative under- og delkriterier:

”Det er ikke et krav, at ordregiveren laver en i alle henseender udførlig beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved vurderingen af de kvalitative under- og eventuelle delkriterier, og ordregiveren har derfor et vidt skøn til at foretage tilbudsevalueringen inden for rammerne af det beskrevne i udbudsmaterialet samt principperne i § 2.”¹⁶

Her træder udbudsreglerne fornuftigt nok - i et vist omfang - tilbage for ordregivers faglige bedømmelse af tilbuddene. Men det skal vel at mærke stadig beskrives, hvad der tillægges betydning ved bedømmelsen af de kvalitative under – og delkriterier, blot ikke i alle henseender.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om evalueringsmetoder

I lyset af ovenstående er der intet overraskende i, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen afviser, at ordregiver kan nøjes med at give en overordnet beskrivelse af evalueringsmetoden for så at gemme evalueringsmodellen til selve tildelingsvurderingen:

”I forbindelse med forberedelsen af denne vejledning har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen været i dialog med en række myndigheder, organisationer, rådgivere og

¹⁴ Jf. brev fra EU-Kommissionen til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af 15. marts 2016. Brevet indeholder i øvrigt andre argumenter for, at offentliggørelsespligten udstrækkes til evalueringsmetoden såvel som evalueringsmodellen, eller hvad end ordregiver kalder den systematik, der skal afgøre konkurrencen.

¹⁵ Konklusionen på brevet er sålydende: ”In our view, it follows that the obligation to publish (i.e. render accessible as part of the procurement documents) applies to ‘all the details pertaining to the evaluation methodology..., including specification of the formula for converting price to points or vice versa, points that can be used in or and other means to identify’ the best price-quality ratio (formerly the most economically advantageous tender.”

¹⁶ Jf. bemærkningerne til § 160 i lovforslag L 19 af 7. oktober 2015.

udbudspraktikere hos ordregivere og tilbudsgivere m.v. [...] I dialogen er der fx mange, der har spurgt, om det er tilstrækkeligt at give en overordnet beskrivelse af evalueringsmetoden uden at angive de nærmere metoder, der vil blive anvendt i evalueringen. Er det fx tilstrækkeligt at skrive, at der vil blive anvendt en lineær pointmodel med en passende spredning til at kunne rumme de indkomne tilbud?”¹⁷

Hertil svarer Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen:

”Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det ikke er tilstrækkeligt at give en sådan overordnet beskrivelse af evalueringsmetoden. Denne vurdering er baseret på, at en overordnet beskrivelse ikke vil give tilbudsgiverne den forudgående gennemsigtighed i evalueringsmetoder, som er forudsat i udbudsloven. En overordnet beskrivelse vil fx ikke gøre det klart for tilbudsgiverne, hvad de praktiske konsekvenser af evalueringsmetoden kan forventes at være. Med en overordnet beskrivelse, hvor de konkrete metoder ikke er oplyst, ville det være muligt for ordregiver efterfølgende at tilrettelægge evalueringen på forskellige måder, og det vil i strid med reglerne kunne give ordregiver et ubetinget frit valg mellem tilbud ved evalueringen.”¹⁸

Som det fremgår, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at offentliggørelsespligten både griber evalueringsmetoden og evalueringsmodellen.

For eksperimentets skyld kunne man spørge sig selv om, hvilken del af evalueringsmetoden, der eventuelt ikke skulle offentliggøres? Uanset svaret, skal man derefter kunne svare på, om det, der ønskes undtaget fra offentliggørelsespligten, har betydning for udbudsproceduren, for hvis det er

¹⁷ Jf. side 17 i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning ”Evalueringsmetoder – Praktisk vejledning til offentlige indkøbere” fra juli 2016.

¹⁸ Jf. ibid.

tilfældet, indtræder pligten til at offentliggøre, jf. den ny offentliggørelsessystematik.

Hvad ændrer Dimarso-dommen?

For nylig har EU-domstolen behandlet en sag om pligten til at offentliggøre evalueringsmetoden. Dimarso-dommen¹⁹ blev udløst af et spørgsmål fra en appeldomstol i Belgien.

Den belgiske domstol ønskede svar på, om 2004-direktivets

”artikel 53, stk. 2 [...] sammenholdt med princippet om ligebehandling af tilbudsgivere og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, skal fortolkes således, at i det tilfælde, hvor en offentlig tjenesteydelseskontrakt, som skal tildes på grundlag af kriteriet om det set ud fra den ordregivende myndigheds synspunkt økonomisk mest fordelagtige tilbud, er sidstnævnte altid forpligtet til i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne vedrørende den pågældende kontrakt at oplyse eventuelle tilbudsgivere om den bedømmelsesmetode eller de vægtningsregler, som vil blive lagt til grund for bedømmelsen af tilbuddene i henhold til de tildelingskriterier, der er offentliggjort i disse dokumenter, eller hvis der ikke består en sådan generel forpligtelse, hvorvidt de særlige omstændigheder i den pågældende kontrakt kan pålægge en sådan forpligtelse.”²⁰

EU-domstolen svarede således på den belgiske domstols spørgsmål:

”Artikel 53, stk. 2, [...] skal fortolkes således, at i det tilfælde, hvor en tjenesteydelseskontrakt, som skal tildes på grundlag af kriteriet om det set ud fra den ordregivende myndighedssynspunkt økonomisk mest fordelagtige tilbud, er sidstnævnte ikke forpligtet til i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne vedrørende den pågældende kontrakt at

¹⁹ EU-dom af 14. juli 2016 i sagen C-6/15, TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest.

²⁰ Jf. præmis 19 i EU-dom af 14. juli 2016 i sagen C-6/15, TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest.

oplyse eventuelle tilbudsgivere om den bedømmelsesmetode, som den ordregivende myndighed har anvendt med henblik på at vurdere og konkret klassificere tilbuddene. Denne metode kan derimod ikke føre til en ændring af tildelingskriterierne eller en ændring af den relative vægtning heraf.”²¹

Altså: Nej, der skal ikke ske offentliggørelse af evalueringsmetoden sammen med udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne. Men tilbage til udgangspunktet: Hvad ændrer Dimarso-dommen for så vidt angår § 160?

Intet. Dimarso-dommen angår netop kun art. 53, stk. 2, i 2004-udbudsdirektivet, som ikke indeholder den offentliggørelsessystematik, som fremgår af 2014-udbudsdirektivet. En lignende bestemmelse som art. 53, stk. 2, er medtaget i 2014-direktivet i art. 67, stk. 5, og udbudslovens § 165.

Forskellen mellem 2004-direktivet og 2014-direktivet består med andre ord ikke i angivelsen af, hvordan evalueringsmetoden skal fastlægges, eller hvad den skal indeholde, men i hvornår der skal ske offentliggørelse og i hvilket omfang, der skal ske offentliggørelse.

Værd at bemærke er det i øvrigt også, at EU-domstolen alene på baggrund af art. 53, stk. 2/art. 67, stk. 5/§ 165, synes indstillet på, at give mere gennemsigtighed til tilbudsgiverne end Klagenævnet for Udbud under 2004-direktivet. EU-domstolen tilkendegiver således, at evalueringsmetoden som udgangspunkt skal ligge fast, inden tilbuddene åbnes, selvom den ikke skal offentliggøres (se understregning):

”I overensstemmelse med de i artikel 2 i direktiv 2004/18 fastsatte principper for indgåelse af offentlige kontrakter og for at undgå enhver risiko for favorisering kan den bedømmelsesmetode, som den ordregivende myndighed anvender med henblik på at vurdere og konkret klassificere tilbuddene, i princippet ikke fastsættes efter den ordregivende myndigheds åbning af tilbuddene. I det tilfælde, hvor

²¹ Jf. domskonklusionen i EU-dom af 14. juli 2016 i sagen C-6/15, TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest.

fastsættelsen af denne metode af påviste grunde ikke er mulig inden denne åbning, kan det, som den belgiske regering har anført, ikke foreholdes den ordregivende myndighed, at den først fastsatte metoden efter, at den selv eller bedømmelsesudvalget fik kendskab til indholdet af tilbuddene.”²²

Heri ligger en skærpelse af dansk retspraksis, der under 2004-direktivets regime som udgangspunkt har tilladt, at evalueringsmetoden blev endeligt fastsat, efter tilbuddene blev åbnet.^{23 24}

Under alle omstændigheder er Dimarso-dommen højest indirekte relevant ved forståelsen af udbudslovens § 160, jf. nedenfor.

Der er ikke tale om overimplementering

Først må vi have på plads, hvad der menes med overimplementering. Der er således forskel på, om der med overimplementering menes, at § 160 er udtryk for, at Danmark ikke har udnyttet den fleksibilitet 2014-direktivet er født med, eller om der med overimplementering menes, at en lovbestemmelse er i strid med den EU-retlige retsakt, som den nationale lovbestemmelse er en implementering af. Den første type overimplementering er et politisk valg, mens den anden type overimplementering er et juridisk spørgsmål.

²² Jf. præmis 31 i EU-dom af 14. juli 2016 i sagen C-6/15, TNS Dimarso NV mod Vlaams Gewest.

²³ Jf. side 362 f. i ”Offentlige indkøb i praksis”, Jesper Fabricius, 3. udgave, Karnov Group Denmark A/S, København 2014, hvor følgende sigende bemærkning kan læses: ”Den naturlige konsekvens af Klagenævnets praksis [under 2004-direktivets regime] er desværre, at det er et praktisk godt råd, at ordregivere ikke skal oplyse om den anvendte evalueringsmodel for kriteriet pris (eller for den sags skyld andre kriterier) på forhånd. Derved får Klagenævnets praksis en afledt konsekvens i form af manglende gennemsigtighed, som næppe har været tilsigtet, og som i hvert fald ikke er i overensstemmelse hverken med [2004-direktivet]s grundlæggende formål eller de grundlæggende hensyn, som Klagenævnet er sat til at varetage.”

²⁴ I artiklen ”Interpreting European Law – On Why and How Law and Policy Meet at the European Court of Justice” i antologien ”Europe: the New Legal Realism: Essays in Honour of Hjalte Rasmussen” af Henning Koch (red.), Joseph H.H. Weiler (red.), Karsten Hagel-Sørensen (red.) og Ulrich Haltern (red.), Djøf, København, 2010, redegør tidligere generaladvokat ved EU-domstolen i årene 2003 til 2009, Miguel Poiares Maduro, for, at EU-domstolens fortolkningsstil blandt andet er præget af ”meta-teleological reasoning”. Det er et andet ord for, at EU-domstolen ikke blot ser på den enkelte bestemmelses sammenhæng med formålet med den konkrete EU-retsakt, som bestemmelsen fremgår af. EU-domstolen tager også det politiske klima i betragtning ved sin fortolkningsstil. Med andre ord: Fordi 2014-direktivet er vedtaget i et politisk klima, der ønsker mere gennemsigtighed, kan det have påvirket EU-domstolens besvarelse i Dimarso-sagen. Præmis 31 var således ikke nødvendigvis blevet formuleret før 2014-direktivet. Men det er spekulation. Efter 2014-direktivet må det i øvrigt antages, at svaret havde været, at evalueringsmetoden skulle offentliggøres samtidig med udbudsmaterialet grundet offentliggørelsessystematikken, herunder ikke mindst formålet bag offentliggørelsessystematikken, nemlig at styrke gennemsigtigheden.

Implementering af EU-retsakter skal ske i lyset af formålet med retsakten. Som det fremgår ovenfor, er det vores opfattelse, at det er formålet bag den nye offentliggørelsessystematik, at både evalueringsmetode- og model skal offentliggøres sammen med udbudsbekendtgørelsen. I det lys er § 160 således ikke udtryk for overimplementering i juridisk forstand, men muligvis i politisk.

Det er dog langt fra sikkert, at tilbagerulning af § 160 ville betyde en ændring i offentliggørelsespligtens omfang, eftersom udbudsloven har importeret offentliggørelsessystematikken fra 2014-direktivet.²⁵ Mere herom straks nedenfor.

Er der tale om implementering?

Som nævnt er der efter vores opfattelse ikke tale om overimplementering i juridisk forstand, men muligvis i politisk. Rent logisk er det herefter naturligt at stille spørgsmålet, om § 160 er udtryk for implementering af 2014-direktivet?

Altså ikke en implementering af 2014-direktivet, der pålægger flere pligter end 2014-direktivet selv, ”strammer skruen”, men i stedet en implementering der blot oversætter kravene i 2014-direktivet til udbudsloven en til en.

Til det spørgsmål svarer forarbejderne og Udbudslovsudvalget: Nej, der er ikke tale om implementering - dog med et afgørende aber dabei.

Ifølge forarbejderne er § 160 ikke en implementering af en bestemmelse i 2014-direktivet. I stedet er § 160 medtaget, fordi kravet til gennemsigtigheden i udbudsprocessen er skærpet i 2014-direktivet.²⁶

Med andre ord: Nu tager vi § 160 med i udbudsloven for at skære ud i pap, hvad der under alle omstændigheder ville gælde for at realisere et af

²⁵ Jf. § 132, stk. 1, sammenholdt med § 24, nr. 36.

²⁶ Jf. Bemærkningerne til § 160 i lovforslag L 19 af 7. oktober 2015: ”§ 160 gennemfører ikke en artikel i direktivet, men er indført efter anbefaling fra Udbudslovsudvalget. Bestemmelsen fraviger dansk praksis fra Klagenævnet for Udbud. 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 ordregiverne lægger vægt på ved evalueringen, og hvordan evalueringen nærmere foretages. Bestemmelsen indeholder en tydeliggørelse af de pligter, der er indeholdt i principperne, der fremgår af direktivets artikel 18, stk. 1, denne lovs § 2.” Se også side

formålene med 2014-direktivet, nemlig at skabe mere gennemsigtighed, selvom § 160 ikke stod i udbudsloven.

Hverken Udbudslovsudvalget eller forarbejderne kæder imidlertid § 160 direkte sammen med offentliggørelsessystematikken. I stedet henviser forarbejderne til, at Udbudslovsudvalget anbefaler at medtage § 160 på grund af, at gennemsigtighedsprincippet er skærpet i 2014-direktivet.

Men hvad bygger Udbudslovsudvalget den opfattelse af 2014-direktivet på?

Det første, der kan svares, er, at offentliggørelsessystematikken netop er et helt centralt element i udmøntningen af et skærpet gennemsigtighedsprincip. Det var Udbudslovsudvalget da også ganske klar over. I forbindelse med Udbudslovsudvalgets overvejelser om implementeringen af 2014-direktivets enkelte bestemmelser henviste Udbudslovsudvalget således ikke mindre end 9 gange til definitionen af "udbudsdokument" i artikel 2, nr. 13, i 2014-direktivet.²⁷

Udbudslovsudvalget har med andre ord været på det rene med, at hvor de enkelte bestemmelser i 2014-direktivet henviser til "udbudsdokumenterne" menes hermed

"ethvert dokument, som de ordregivende myndigheder udarbejder eller henviser til for at beskrive eller fastlægge elementer af udbuddet eller proceduren, [..]"

Ikke mindst i forbindelse med Udbudslovsudvalgets overvejelser om implementering af art. 53 i 2014-direktivet (pligt til at offentliggøre det samlede udbudsmateriale/udbudsdokumenterne samtidig med udbudsbekendtgørelsen) henviser Udbudslovsudvalget til definitionen af udbudsdokument.²⁸

²⁷ Jf. siderne 585, 634, 645, 657, 669, 690, 695, 706 og 775 i "Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning", december, 2014. På side 690, note 432, i rapporten henvises dog fejlagtigt til art. 2, nr. 19, i 2014-direktivet. Af sammenhængen fremgår det, at der menes art. 2, nr. 13, eftersom note 432 indledes således: "Ved "udbudsdokument" forstås [..]"

²⁸ Jf. side 690, note 432, i "Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning", december, 2014.

Når først Udbudslovsudvalget har kædet den skærpede offentliggørelsespligt sammen med definitionen af, hvad der skal offentliggøres, synes det nærmest at have karakter af en serviceoplysning, at Udbudslovsudvalget foreslår, at § 160 medtages i udbudsloven.

For det andet kan Udbudsudvalgets opfattelse af det skærpede gennemsigtighedsprincip udledes af bemærkningerne til reglerne om anvendelse af livscyklusomkostninger ved tilbudsvurderingen i §§ 166 – 167 i udbudsloven.

Reglerne om anvendelse af livscyklusomkostninger hviler på art. 68 i 2014-direktivet. Om anvendelse af livscyklusomkostninger bemærkede Udbudslovsudvalget (se understregning):

”Bestemmelsen fastsætter, at den metode, som ordregiveren anvender til vurdering af omkostninger forbundet med miljøeksternaliteter, skal opfylde de i bestemmelsens fastsatte kriterier. Det indebærer, at metoden skal være objektiv verificerbar, ikkediskriminerende og være tilgængelige for alle økonomiske aktører.

I lighed med § 158 [§ 160 i udbudsloven], skal ordregiveren i udbudsmaterialet beskrive metoden, således det er klart for potentielle ansøgere og tilbudsgivere, hvordan ordregiveren vil anvende vurdere livscyklusomkostninger i forbindelse med evalueringen af tilbuddene.”

Med andre ord sidestiller Udbudslovsudvalget her kravet om at fremlægge den matematiske model, der typisk anvendes ved vurdering af et tilbuds livscyklusomkostninger, med kravet om at fremlægge evalueringsmetoden i § 160, jf. ordene *”i lighed med”*. I en vis forstand afslører Udbudslovsudvalget her sin opfattelse af rækkevidden af gennemsigtighedsprincippet i 2014-

direktivet og dermed baggrunden for anbefalingen af at medtage § 160 i udbudsloven.

Det tredje, der kan bemærkes om gennemsigtighedsprincippet's tiltagende styrke i 2014-direktivet, er, at Dimarso-sagen viste, at selv uden den nye offentliggørelsessystematik (sagen vedrørte 2004-direktivet) kom EU-domstolen frem til, at ordregiver som udgangspunkt ikke må ændre evalueringsmetoden efter åbning af tilbuddene, jf. ovenfor. Underforstået: Selv uden offentliggørelsessystematik fastlåser gennemsigtighedsprincippet ordregivers valgmuligheder ved tildelingen i ganske betydelig grad. Nu hvor vi har fået offentliggørelsessystematikken, er det svært at konkludere andet end, at den fulde evalueringsmetode- og model skal offentliggøres samtidig med udbudsbekendtgørelsen.

Der findes traditionelt 2 måder at implementere direktiver i dansk ret: Ved inkorporering og ved omskrivning. Udbudslovens § 160 er ikke udtryk for implementering ved inkorporering af en bestemmelse direkte i dansk ret. Det er klart. I stedet er § 160 udtryk for implementering ved omskrivning af det skærpede gennemsigtighedskrav, der løber som en rød tråd gennem 2014-direktivets bestemmelser.

Kort sagt: § 160 er en serviceoplysning. Hverken mere eller mindre.

Hvad vil Klagenævnet for Udbud komme frem til?

En dansk ordregiver skal følge § 160 i udbudsloven. Men hvad ville der ske, hvis ordregiveren udelukkende offentliggjorde en overordnet beskrivelse af evalueringsmetoden i udbudsmaterialet offentliggjort samtidig med udbudsbekendtgørelsen? Giver Dimarso-dommen reelt Klagenævnet for Udbud et spillerum for at fortolke § 160 i retning af en svækket offentliggørelsespligt?

Dimarso-dommen giver ikke et spillerum til Klagenævnet for Udbud, jf. offentliggørelsessystematikken i 2014-direktivet og udbudsloven, men det er vores bud, at Klagenævnet for Udbud fremadrettet vil intensivere sit fokus på at komme ordregiver i møde med hjemmel i § 160, stk. 2:

”En evalueringsmetode, der er beskrevet i udbudsmaterialet i overensstemmelse med stk. 1, kan ikke tilsidesættes af klage- og retsinstanser, hvis den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet.”

Med andre ord: Hvis ordregiveren ændrer en evalueringsmetode under tildelingen, vil Klagenævnet for Udbud formentlig være tilbageholdende med at gå imod denne fremgangsmåde, såfremt ordregiver har fastsat evalueringsmetoden efter forudgående markedsdialog, offentliggjort retningslinjer for eventuelle ændringer af evalueringsmetoden som en del af evalueringsmetoden og redegjort sagligt for den konkrete ændring af evalueringsmetoden ved tildelingen.

Muligheden for at lave en sådan såkaldt sekundær evalueringsmetode fremgår direkte af forarbejderne til § 160:

”Ordregiveren kan anføre, at en beskrevet evalueringsmetode i visse konkrete situationer kan tilpasses på en bestemt måde, eller, at det i visse konkrete situationer er muligt at benytte en sekundær evalueringsmetode. I henhold til gennemsigtighedsprincippet, jf. § 2, skal eventuelle tilpasningsmuligheder og de sekundære evalueringsmetoder være fastlagt på forhånd og beskrevet klart i udbudsmaterialet. Derudover skal det fremgå af udbudsmaterialet, hvilke objektivt konstaterbare forhold der skal være til stede, før ordregiveren kan anvende de oplyste tilpasningsmuligheder eller sekundære evalueringsmetoder.”²⁹

Selv hvis betingelserne for at ændre en evalueringsmetode ikke er offentliggjort, kan der tænkes tilfælde, hvor en ændring af evalueringsmetoden kan accepteres:

²⁹ Jf. bemærkningerne til § 160 i lovforslag L 19 af 7. oktober 2015.

”Foretager ordregiveren ændringer af den oplyste evalueringsmetode ud over, hvad der fremgår af det udbudsmateriale, som blev offentliggjort ved bekendtgørelsen af udbuddet, vil det som udgangspunkt have karakter af en ændring af et grundlæggende element, som ikke kan gennemføres uden et fornyet udbud. Hvis der efter en konkret vurdering alene er tale om en væsentlig ændring, vil der kunne foretages en rettelse af udbudsbekendtgørelsen eller det øvrige udbudsmateriale kombineret med en forlængelse af tilbudsfristen. Det kan dog ikke udelukkes, at konkrete ændringer af en evalueringsmetode kan gennemføres, uden adgangen hertil har været beskrevet i udbudsmaterialet, hvis det kan godtgøres, at ændringen hverken kan have haft betydning for kredsen af interesserede økonomiske aktører, eller har forvredet konkurrencen mellem tilbudsgiverne.”³⁰

Indtil der foreligger retspraksis, der siger noget andet, må ordregiver rådes til at offentliggøre evalueringsmetoden og en eventuelt evalueringsmodel, herunder ændringsbetingelser som en del af udbudsmaterialet samtidig med udbudsbekendtgørelsen³¹. Men ordregiver skal dog være bevidst om, at der er en vis adgang til at ændre evalueringsmetoden- og modellen under tildelingen.

Anvendelsesområde – Light Regimet

Afsnit 2 i udbudsloven indeholder regler om de kendte EU-udbudsformer samt nogle nye (offentligt udbud, begrænset udbud, udbud med forhandling mv.). Det er disse udbudsformer, som § 160 finder direkte anvendelse på. Det er dog værd at stille sig spørgsmålet, om § 160 i medfør af gennemsigtighedsprincippet alligevel finder anvendelse på udbudslovens afsnit 3 om indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser (Light Regimet)?

³⁰ Jf. *ibid.*

³¹ I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udtalelse af 21. juli 2016, ”Ny afgørelse fra EU-domstolen ændrer på vurderingen af pligten til at offentliggøre evalueringsmetoden”, kommer styrelsen til følgende tvivlsomme konklusion på baggrund af Dimarso-dommen (se understregning): ”*Det kan på baggrund af dommen konstateres, at hverken artikel 53, stk. 2, øvrige bestemmelser i udbudsdirektivet fra 2004 eller retspraksis fra EU-Domstolen medfører en generel pligt for ordregiver til at offentliggøre sin evalueringsmetode. Det samme må forventes at gælde vedrørende det nye udbudsdirektiv.”*

Ved indkøb efter Light Regimet, skal ordregiver offentliggøre en udbudsbekendtgørelse eller en forhåndsmeddelelse.³²

Udbudsbekendtgørelsen skal indeholde de oplysninger, der er omhandlet i bilag V, del H, til 2014-direktivet.³³ Forhåndsmeddelelsen skal indeholde de oplysninger, der er omhandlet i bilag V, del I, til 2014-direktivet.

Ser man efter i bilag V, del H og del I, finder man ud af, at forpligtelsen til at offentliggøre detaljer om bedømmelsen af tilbuddene er begrænset til en pligt til at beskrive tildelingsprocedurens hovedelementer:

”Kort beskrivelse af hovedelementerne i den tildelingsprocedure, der skal anvendes”³⁴

Allerede på denne baggrund kan det konkluderes, at gennemsigtighedsprincippets gennemslagskraft er væsentligt svækket ved indkøb under Light Regimet, og at princippet i § 160 om offentliggørelse af evalueringemetoden ikke finder anvendelse.

Det er i øvrigt tvivlsomt, om Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens ubetingede krav om offentliggørelse af tildelingskriterierne i udbudsbekendtgørelsen eller forhåndsmeddelelsen er i overensstemmelse med ovenstående stærkt afsvækkede offentliggørelsespligt i bilag V, del H og del I.³⁵

Anvendelsesområde – tilbudsloven

Før Dimarso-dommen var det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at § 160 fandt analog anvendelse på licitationer, der gennemføres i henhold til

³² Jf. udbudslovens § 187, stk. 1.

³³ Jf. udbudslovens § 187, stk. 2.

³⁴ Jf. bilag V, del H, punkt 6, og del I, punkt 3, litra d), til 2014-direktivet.

³⁵ Jf. side 262 i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens ”Vejledning om udbudsreglerne”, januar 2016, version 1.0.

tilbudsloven³⁶, dog med undtagelse af underhåndsbud.³⁷ Efter Dimarso-dommen har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ændret opfattelse.³⁸

Som nævnt har Dimarso-dommen ingen direkte betydning for fortolkningen af hverken 2014-direktivet eller udbudsloven. Offentliggørelsespligten i § 160 understøttes af offentliggørelsessystematikken. I medfør af denne systematik er der grundlag for at antage, at gennemsigtighedsprincippet nu har fastlagt en pligt til at offentliggøre evalueringsmetoden og en eventuel evalueringsmodel samtidig med udbudsbekendtgørelsen. En sådan offentliggørelsessystematik er fraværende i tilbudsloven. Derfor finder § 160 ikke analog anvendelse ved licitationer i henhold til tilbudsloven.

For fuldstændighedens skyld kan man overveje, om præmis 31 i Dimarso-dommen medfører, at bygherrer skal fastlægge evalueringsmetoden, inden buddene læses op, selvom evalueringsmetoden ikke skal offentliggøres? Har Klagenævnet for Udbud med andre ord pligt til at påse, at evalueringsmetoden er fastlagt inden budåbning?

Efter vores opfattelse bør enhver løsrevet anvendelse af gennemsigtighedsprincippet være baseret på, at EUs udbudsregler opstiller tærskelværdier, der medfører, at visse indkøb rammes fuldt ud af udbudsreglerne, og andre indkøb, som ikke rammes i samme omfang. Denne tankegang fører til, at Klagenævnet for Udbud ikke bør lade præmis 31 være afgørende for fortolkningen af tilbudsloven.

Samtidig fremstår præmis 31 som uovervejet. Det er ikke common sense at pålægge en pligt til at fastlægge bedømmelsesmetoden, inden det tidspunkt hvor man får den viden (tilbuddenes indhold), som netop i det praktiske bidrager væsentligt til at fastlægge en egnet evalueringsmetode, og så samtidig ikke mene, bedømmelsesmetoden skal offentliggøres.

Hvor ligger friheden for ordregiver?

³⁶ Jf. lovbekendtgørelse nr. 1410/2007 med senere ændringer (tilbudsloven).

³⁷ Jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat af 9. maj 2016, "Notat om hvorvidt udbudslovens §§ 132, 148 og 160 finder analog anvendelse på indkøb omfattet af Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 07/12/2007 (tilbudsloven)."

³⁸ Jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udtalelse af 21. juli 2016, "Ny afgørelse fra EU-domstolen ændrer på vurderingen af pligten til at offentliggøre evalueringsmetoden".

Ikke i § 160. Som vist giver § 160 ordregiveren meget lidt spillerum. Det skal dog erindres, at ordregiver i øvrigt har en vidtstrakt frihed ved gennemførelsen af udbudsprocessen, hvilket Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for nylig har understreget ved ganske enkelt at omtale ordregivers vide skøn i visse henseender som valg:

”Ud over ordregivers skøn ved bedømmelse af kvalitetskriterier fremgår det også af lovebemærkningerne til udbudsloven, at ordregiveren har ’et meget vidt skøn’ ved fastlæggelse af, hvilke kriterier tilbuddene skal evalueres på, hvad der skal tillægges betydning, hvordan ordregiveren vil vægte underkriterier, og hvilke evalueringsmetoder der skal anvendes. I denne vejledning omtales ordregiveres beslutninger herom som valg, mens det alene er de skøn, som ordregivere har ved bedømmelse af kvalitetskriterier, der omtales som skøn.”³⁹

Hvad ordregiver har mistet af frihed på § 160, betyder i realiteten ikke det store, når man holder sig for øje, hvor mange andre steder i udbudsprocessen, ordregiver fortsat har et valg.

Dertil kommer, at udbudsloven har givet ordregiver mere klare rammer for at gennemføre en markedsdialog, inden udbuddet offentliggøres, jf. § 39, hvilket alt andet lige bør give de bedste forudsætninger for at udarbejde en egnet evalueringsmetode – og model, herunder en sekundær evalueringsmetode- og model.

Det er indlysende, at § 160 er besværlig at arbejde med i praksis, men udbudsloven giver i øvrigt så meget frihed til ordregiver, ikke mindst til at ændre evalueringsmetoden, at det må anses for fair at kræve, at konkurrencen ligger fast allerede ved startskuddet, altså ved offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen.

³⁹ Jf. side 13 i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning ”Evalueringsmetoder – Praktisk vejledning til offentlige indkøbere” fra juli 2016.