

## **Ordregiver har stadig betydelig valgfrihed ved tilbudsevalueringen**

- krav om offentliggørelse af evalueringsmetode skaber ikke mere gennemsigtighed

### **Af Advokat Jacob Georg Naur, Advokatfirmaet Energi & Miljø**

*Så længe Klagenævnet for Udbud ikke efterprøver ordregivers bedømmelse af et tilbuds kvalitet, vil ordregiver reelt fortsat have en betydelig valgfrihed ved tilbudsevalueringen, selvom der er kommet krav om offentliggørelse af en beskrivelse af evalueringsmetoden samtidig med offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen [1].*

Ofte får leverandørerne resultatet af en udbudsforretning serveret som en nødvendig konsekvens af noget ordregiveren har kaldt en evalueringsmetode, evalueringsmodel, prismodel, pointmodel, tildelingsmodel eller lignende. Eftersom leverandørsiden naturligt nok ønsker mest mulig indsigt i ordregivers overvejelser forud for tildelingen, er det på den ene side forståeligt, at der er kommet krav om offentliggørelse af det samlede udbudsmateriale[2], herunder også beskrivelsen af evalueringsmetoden[3], samtidig med offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen [4].

På den anden side er det en misforståelse, hvis man dermed forestiller sig, at resultatet af en udbudsforretning ikke kan "*forskubbes*" efter offentliggørelsen - og vel at mærke uden at et komma ændres i evalueringsmetoden eller det øvrige udbudsmateriale.

Det er min påstand, at de nye regler om offentliggørelse af evalueringsmetode ikke vil styrke gennemsigtigheden synderligt. Om det er godt eller skidt, er vel en smagssag, som formentlig er påvirket kraftigt af på hvilken side af markedet, man opererer som indkøber, leverandør eller rådgiver.

Lidt groft sagt: Så længe ordregiver ikke har trådt sig selv over tæerne ved at begå andre fejl, kan langt de fleste udbud "*reddes på målstregen*". Dermed mener jeg, at ordregiver kan få netop den tilbudsgiver, ledelsen hos ordregiver ønsker, uanset hvordan indkøberne måtte have vurderet tilbuddene på baggrund af evalueringsmetoden.

### **Den sorte boks**

Klagenævnet for Udbuds praksis viser således, at ordregivers vurdering af et tilbuds kvalitet[5] forbliver i "*den sorte boks*".

Som domstolene ved prøvelse af offentlige myndigheders afgørelser med hjemmel i upræcise eller vage lovbestemmelser i vidt omfang holder sig til en undersøgelse af, om den offentlige myndigheds afgørelse er truffet på baggrund af et sagligt begrundet, ikke-diskriminerende skøn, holder Klagenævnet sig i praksis, indtil videre, til at undersøge, om ordregivers bedømmelse af et tilbuds kvalitet er "*behæftet med fejl*" [6] eller er "*åbenbart forkert eller usagligt*" [7].

Klagenævnet formulerer således typisk rammerne for Klagenævnets undersøgelse af ordregivers bedømmelse af et tilbuds kvalitet på følgende vis:

*"Kvalitative delkriterier til tildelingskriteriet 'det økonomisk mest fordelagtige tilbud' vil efter deres karakter altid give anledning til en skønmæssig vurdering af, i hvilket omfang et tilbud opfylder kriterierne. Denne skønmæssige vurdering tilsidesættes efter fast rets- og klagenævnspraksis alene, såfremt grænserne for skønnet er overskredet, herunder hvis skønnet er åbenbart forkert eller usagligt"[8].*

Som det fremgår, giver Klagenævnet ordregiver vide rammer for at foretage evalueringen af tilbuddene i forhold til de kvalitative konkurrenceparametre.

Dertil kommer, at Klagenævnet ikke laver om på det antal point, som ordregiver har givet et tilbud. Klagenævnet formulerer det på den måde, at Klagenævnet efter fast klagenævnspraksis ikke sætter sit eget skøn i stedet for ordregivers[9].

Opsummerende skal klagenævnspraksis forstås således: Så længe ordregiver ikke har bedømt efter, at der er tilbudt rød, når der er tilbudt blå, bedømt at en stol er lavet af plastic, når stolen faktisk er lavet af træ eller ganske enkelt overset noget i tilbuddet - det vil sige begået en objektivt konstaterbar fejl - kan leverandørerne reelt ikke anfægte ordregivers bedømmelse af et tilbuds kvalitet ved Klagenævnet[10]. Udbudsloven lægger ikke op til, at denne flerårige klagenævnspraksis, som i øvrigt er kendt og velbeskrevet i den udbudsretlige litteratur[11], ændres[12].

### **Anvendelse af evalueringsmetoder**

Erkendelsen af Klagenævnets begrænsede prøvelse af ordregivers bedømmelse af et tilbuds kvalitet er efter min opfattelse egnet til at påvirke ordregivers anvendelse af evalueringsmetoder, herunder evalueringsmodeller, i et konkret udbud.

En evalueringsmodel, uanset om den er sproglig eller matematisk, skal vel forstås som et stykke mekanik, der kan fungere uafhængigt af ordregivers påvirkning undervejs i *"beregningen af vinderen"*, men modellen skal jo have *"data"* i form af blandt andet resultatet af ordregivers kvalitative bedømmelse. Når man kender evalueringsmodellens mekanik, hvilket ordregiver jo gør, da ordregiver selv har lavet den, er det til at forudsige, hvilke *"data"* i form af point evalueringsmodellen sandsynligvis tilføres, nemlig de data, der giver det ønskede resultat. Allerede inden evalueringsmodellen skal gøre sit arbejde, vil resultatet således være valgt af ordregiver, hvis ordregiver vil det således.

Sat på spidsen: Jo klarere evalueringsmodellen er beskrevet, jo mere fokus vil ordregiver forventeligt have på de dele af evalueringen af tilbuddene, som vil blive udslagsgivende, og som leverandørerne efterfølgende reelt ikke kan anfægte.

I lyset af ovenstående synes Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse af, at evalueringsmodeller skal *"understøtte, at konkurrencen om de offentlige opgaver er lige"*[13], tvivlsom, fordi man med rette kan stille spørgsmålstejn ved, om evalueringsmodeller overhovedet kan sikre lighed ved ordregivers bedømmelse af et tilbuds kvalitet. Husk på, at evalueringsmodellen jo ikke gør andet og mere, end ordregiver beder den om blandt andet ved at give modellen de *"data"*, ordregiver mener, tilbuddene giver anledning til.

### **Begrundelsesmangler får ingen betydning**

Samtidig skal der erindres om, at Klagenævnet ikke tillægger en mangelfuld begrundelse for pointtildelingen nogen særlig betydning for bedømmelsen af, hvorvidt ordregiveres tildelingsbeslutning skal annulleres[14].

Det vil reelt sige, at såfremt ordregiver af den ene eller den anden årsag ikke har begrundet sin pointgivning - de *"data"*, som tilføres evalueringsmodellen - tilstrækkeligt grundigt[15] kan det alene få den betydning, at Klagenævnet konstaterer overtrædelsen. Udbuddet som sådan får dog lov at fortsætte intakt, uden Klagenævnet eventuelt annullerer tildelingsbeslutningen.

For nylig har Klagenævnet sågar udtalt, at begrundelsen for bedømmelsen ikke nødvendigvis behøver angive, hvad der har trukket ned [16]:

*"Den omstændighed, at der ikke i tildelingsbeslutningen vedrørende krav nr. 28, 29, 32, 40 og 52 er anført elementer, som har trukket ned under evalueringen, indebærer ikke i sig selv, at Mediqs tilbud skulle have været tildelt 100 point svarende til 'markedets bedste standard'".*

Det skal dog straks medgives, at rækkevidden af ovenstående citat er svær at vurdere, men citatet efterlader mig under alle omstændigheder med det indtryk, at kravet om begrundelse i realiteten er noget afsvækket, hvilket efter min vurdering passer dårligt med kravene til beskrivelsen af evalueringsmetoden i Udbudsloven.

Det fremgår således af lovbemærkningerne til Udbudsloven, at evalueringsmetoden blandt andet skal fastlægges, *"hvad der tillægges betydning ved bedømmelsen"* af de kvalitative under- og eventuelle delkriterier[17].

Et er dog kravene til beskrivelsen af evalueringsmetoden[18], noget andet er kravene til begrundelsen for tildelingsbeslutningen[19] og konsekvenserne af en eventuel mangelfuld begrundelse.

Efter min vurdering vil Klagenævnet, når Udbudsloven træder i kraft 1. januar 2016, ikke skærpe kravene til begrundelsen for tildelingsbeslutningen, eftersom det fremgår direkte af lovbemærkningerne, at kravet til begrundelse ikke ændres med Udbudsloven[20].

Noget andet er dog, om Klagenævnet efter 1. januar 2016 vil tillægge begrundelsesmangler større betydning end hidtil. Det er svært at spå, især om fremtiden.

Sikkert er det i hvert fald, at hverken Lov om Klagenævnet for Udbud (den gamle Lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv.), Udbudsloven eller Udbudslovens forarbejder for den sags skyld indeholder ændringer, der lægger op til, at Klagenævnet skal annullere en tildelingsbeslutning, hvis begrundelsen for tildelingen er mangelfuld[21].

Som klagenævnspraksis imidlertid er nu og efter al sandsynlighed vedbliver med at være, opstår der først problemer for ordregiver, hvis der er påfaldende uoverensstemmelse mellem begrundelsens ordlyd og det tildelte antal point. I så fald påhviler det ordregiveren at bevise, at kontrakten - på trods af begrundelsen - er tildelt i overensstemmelse med det fastsatte tildelingskriterium og den fastsatte vægtning af underkriterierne[22]. Tilsvarende kan ordregiver løbe ind i problemer, hvis den afviste tilbudsgiver har afgivet det billigste tilbud og priskriteriet vægtede højt[23].

### **Den nødvendige fleksibilitet**

Jeg er på baggrund af ovenstående langt fra overbevist om, at de nye regler om offentliggørelse reelt er til fordel for leverandørernes mulighed for at opnå indsigt i ordregivers overvejelser ved valg af leverandør. I bedste fald vil reglerne om offentliggørelse ændre intet for så vidt angår graden af gennemsigtighed i udbudsprocessen. I værste fald vil de frustrere en lang række indkøbere (og deres rådgivere) og give leverandørerne falske forhåbninger.

Og det er jo en gammelkendt sandhed, at når dørene kræves åbnet ind til de afgørende møder, flytter det afgørende møde blot hen i det lokale, hvor dørene er lukkede. Omsat til denne sammenhæng: Når ordregiver skal lægge sin evalueringsmetode frem sammen med udbudsbekendtgørelsen, må det forventes, at ordregiver vil finde den nødvendige fleksibilitet i tildelingsprocessen ved vurderingen af tilbuddenes kvalitet, eftersom Klagenævnet kun i meget begrænset omfang efterprøver denne del af tilbudsevalueringen.

Men det er formentlig som det skal være, for ordregiver må som klart udgangspunkt forventes at kunne skønne bedst over, hvornår der er behov for at købe hvad fra hvem[24]. I den sammenhæng må hensynet til leverandørernes mulighed for at opnå fuldstændig gennemsigtighed og dermed kontrol med ordregivers valg vige[25]. Ordregivers frihed ved tilbudsevalueringen ser endelig ikke ud til at være et særligt dansk fænomen, men er tværtimod - ikke overraskende - ganske i tråd med tysk[26] og engelsk[27] ret på udbudsområdet.

#### **Noter:**

[1] Artiklen er skrevet, så teksten kan læses uden at konsultere fodnoterne.

[2] Efter definitionen i Udbudslovens § 24, nr. 36, omfatter udbudsmaterialet: udbudsbekendtgørelsen, de tekniske specifikationer, det beskrivende dokument, foreslåede kontraktbetingelser, formater for ansøgernes og tilbudsgivernes fremlæggelse af dokumenter, oplysninger om almindeligt gældende forpligtelser og eventuelle supplerende dokumenter.

[3] Jf. Udbudslovens § 160, stk. 1, (pligt til offentliggørelse af en beskrivelse af evalueringsmetoden i udbudsmaterialet. Udbudsmaterialet skal offentliggøres samtidig med offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, jf. Udbudslovens § 132, stk. 1). Regeringen har nedsat et overimplementeringsudvalg, som skal tage stilling til, om Danmark i nogle henseender er mere katolsk end paven, når det kommer til at implementere EU-lovgivning i dansk ret. Det fremgår af forarbejderne til § 160, stk. 1, i FT 2015-16, lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015, at kravet om offentliggørelse af evalueringsmetode udspringer af *"et stærkere krav"* i det nye udbudsdirektiv (direktiv 2014/24/EU) til *"den forudgående gennemsigtighed i, hvad ordregiver lægger vægt på ved evalueringen, og hvordan evalueringen nærmere foretages"*. Efter min opfattelse følger kravet om offentliggørelse af evalueringsmetoden allerede af, at det nye udbudsdirektiv (direktiv 2014/24/EU) fastsætter, at *"udbudsdokumenterne"* som udgangspunkt skal offentliggøres samtidig med offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, jf. art. 53, stk. 1, 1. pkt. De dokumenter, som det nye udbudsdirektiv (direktiv 2014/24/EU) foreskriver skal offentliggøres, defineres nemlig således i art. 2, nr. 13: *"ethvert dokument, som de ordregivende myndigheder udarbejder eller henviser til for at beskrive eller fastlægge elementer af udbuddet eller proceduren, herunder udbudsbekendtgørelsen og forhåndsmeddelelsen, hvor den anvendes til indkaldelse af tilbud, de tekniske specifikationer, det beskrivende dokument, foreslåede kontraktbetingelser, formater for ansøgernes og tilbudsgivernes fremlæggelse af dokumenter, oplysninger om almindeligt gældende forpligtelser og eventuelt supplerende dokumenter"*. Efter min opfattelse vil det således være søgt at argumentere for, at evalueringsmetoden ikke er omfattet af definitionen på de udbudsdokumenter, der efter det nye udbudsdirektiv (direktiv 2014/24/EU) skal offentliggøres samtidig med udbudsbekendtgørelsen. Med andre ord er kravet om offentliggørelse af evalueringsmetoden samtidig med udbudsbekendtgørelsen, jf. § 160, stk. 1, i Udbudsloven, ikke udtryk for overimplementering. Noget andet er det - tænkte - tilfælde, hvor evalueringsmetoden ikke er udarbejdet på tidspunktet for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, således at den kan blive offentliggjort som en del af *"udbudsdokumenterne"*. I det tilfælde er problemstillingen ikke, hvorvidt der skal ske offentliggørelse af evalueringsmetoden eller ej, men dels om ordregiver overhovedet kan anvende en ikke-offentliggjort evalueringsmetode senere i udbudsprocessen jf. kravene om offentliggørelse af *"ethvert"* udbudsdokument, som *"de ordregivende myndigheder udarbejder eller henviser til for at beskrive eller fastlægge elementer af udbuddet eller proceduren"*, dels om udbuddet må gå om, fordi den manglende fastlæggelse af evalueringsmetode har medført, at der ikke kan ske tildeling på en tilstrækkelig gennemsigtig måde på baggrund af det, formodningsvis, mangelfulde udbudsmateriale. Tilsvarende gælder på Forsyningsvirksomhedsdirektivets område, jf. den enslydende definition af *"udbudsdokumenter"* i art. 2, nr. 9, sammenholdt med pligten til offentliggørelse i art. 73 i direktiv 2014/25/EU.

[4] Jf. Udbudslovens § 132, stk. 1, (pligt til at give adgang til udbudsmaterialet på tidspunktet for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, hvilket gælder alle udbudsprocedurer undtagen -

selvsagt - udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse, jf. Udbudslovens § 128, stk. 1).

[5] Jf. Udbudslovens § 162, stk. 1, skal ordregiver vælge mellem tildelingskriterierne Pris, Omkostninger eller Bedste forhold mellem pris og kvalitet. Vælges tildelingskriteriet Bedste forhold mellem pris og kvalitet, skal ordregiver fastsætte en række kvalitative underkriterier, som danner baggrund for vurderingen af et tilbuds kvaliteter i forskellige henseender såsom teknisk værdi, æstetiske og funktionsmæssige karakteristika og tilgængelighed, jf. Udbudslovens § 162, stk. 3, nr. 1. Efter Udbudslovens § 162, stk. 4, vil det endda være muligt at afholde et udbud som en omvendt licitation, hvor der alene konkurreres på kvalitet på baggrund af en fastsat pris.

[6] Jf. eksempelvis præmisserne til påstand 6 i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. september 2015, Visma Consulting A/S mod Danmarks Miljøportal.

[7] Jf. eksempelvis præmisserne til påstand 4 i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. september 2015, Visma Consulting A/S mod Danmarks Miljøportal.

[8] Jf. *ibid.*

[9] Jf. eksempelvis præmisserne til påstand 6 i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. september 2015, Visma Consulting A/S mod Danmarks Miljøportal. Klagenævnet har udtalt dette ved flere lejligheder. Se eksempelvis også præmisserne til påstand 1 – 4 i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. maj 2013, Brøndum & Fliess A/S mod Ministeriet for Børn og Undervisning. Der kan også henvises til Klagenævnets indledende præmisser i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A. mod Banedanmark, hvor Klagenævnet bemærker, at Klagenævnet efter ”*fast klagenævnspraksis*” ikke erstatter ordregiverens skøn med sit eget.

[10] Jf. eksempelvis præmisserne til påstand 1 i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. oktober 2013, EFG Bondo A/S mod Region Hovedstaden, hvoraf fremgår, at ordregiver ved en fejl havde bedømt et andet produkt end forudsat i bedømmelseskemaet. Se også præmisserne til påstand 3 i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 17. august 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud v/Kolding Kommune, hvor ordregiver ikke havde fulgt sin egen evalueringsmodel ved at give for få point, 30 point, på trods af, at tilbuddet kvalitativt blev bedømt som ”*mellem nogenlunde og tilfredsstillende*” svarende til mellem 30 og 50 point. Det er hændt, at Klagenævnet har tilsidesat en ordregivers pointgivning, men da er det sket på baggrund af ordregivers egen erkendelse heraf, jf. præmisserne til påstand 1 – 5 i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. november 2013, Maxys A/S og Solid Software Development ApS mod Region Sjælland.

[11] Se eksempelvis side 522 ff. i Offentlige indkøb i praksis af Jesper Fabricius, Karnov Group Denmark A/S, København 2014, hvor forfatteren skriver, at ordregiver har lov at mene, ”*at en Trabant opfylder ordregivers ønsker om kvalitet lige så godt som en Aston Martin, med mindre udbudsbetingelserne siger noget andet*”.

[12] Jf. således lovbemærkninger til § 160, stk. 1, i FT 2015-16, lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015: ”*Ønsker ordregiveren at benytte kvalitative underkriterier, skal ordregiveren i udbudsmaterialet beskrive disse, og hvad ordregiveren tillægger betydning ved evalueringen af tilbuddene i forhold til det enkelte underkriterium. 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. Ordregiverens beskrivelse skal gøre det klart for de potentielle ansøgere og tilbudsgivere, hvad ordregiveren vil tillægge betydning vedrørende det enkelte under- og*

*delkriterium, således at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen, og således at de potentielle ansøgere og tilbudsgivere har et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud og hvordan tilbudsgivere kan optimere deres tilbud.”*

[13] Jf. side 1 i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning, Evalueringsmodeller, fra 2013.

[14] Jf. side 386 i Lov om Håndhævelse af Udbudsreglerne med kommentarer af Carina Risvig Hamer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015, med henvisning til en lang række klagenævnskendelser. Se evt. også om EU-Domstolens praksisskabte krav til begrundelse samt håndhævelsen af disse krav på side 1354 – 1363 i *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, vol. 1, af Sue Arrowsmith, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2014, samt eksempelvis EU-Rettens dom af 10. oktober 2012 i sag T-183/10, Sviluppo mod Kommissionen, hvoraf fremgår, at begrundelsesmangler håndhæves noget strengere ved EU-domstolssystemet end ved Klagenævnet.

[15] Jf. kravet om underretning ved tildeling af kontrakt, som findes i Udbudslovens § 171, stk. 1, nr. 3, jf. stk. 4, nr. 2. For så vidt angår kontrakter, der er dækket af Forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2014/25/EU), skal kravet om underretning fortsat findes i § 2, stk. 1, nr. 2, jf. stk. 2, i Lov om Klagenævnet for Udbud (den gamle Lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv.). Ordlyden af § 2, stk. 2 (hvor kravet til indholdet af underretningen om tildelingsbeslutningen er angivet), i Lov om Klagenævnet For Udbud har interessant nok beholdt sin ordlyd. Der ligger formentlig ikke en realitetsforskel heri.

[16] Jf. præmisserne til påstand 3 i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 17. august 2015, Mediq Danmark A/S mod KomUdbud v/Kolding Kommune.

[17] Jf. side 184 i lovbemærkninger til § 160, stk. 1, i FT 2015-16, lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015: *”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”*.

[18] Jf. Udbudslovens § 160, stk. 1.

[19] Jf. § 171, stk. 1, nr. 3, jf. stk. 4, nr. 2.

[20] Jf. side 192 i lovbemærkninger til § 171 i FT 2015-16, lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015: *”§ 171 gennemfører artikel 55, stk. 1 og 2, og viderefører § 2 i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. Bestemmelsen er en indholdsmæssig videreførelse af gældende ret”* (min understregning). Det er også værd at nævne, at indholdet af begrundelsen i øvrigt afgøres af udbuddets karakter, jf. *ibid.*: *”Hvor fyldestgørende en begrundelse skal være i det enkelte udbud afhænger af de konkrete omstændigheder, f.eks. de valgte underkriterier, disses kompleksitet i forhold til ydelsens karakter, hvordan ordregiveren i øvrigt har udformet udbudsmaterialet og omstændighederne i øvrigt”*. Det er med andre ord ikke helt enkelt at fastlægge kravene til underretningen om tildelingsbeslutningen helt generelt.

[21] At Lov om Klagenævnet for Udbud alene undergår mindre ændringer er en naturlig følge af, at kontroldirektivet (direktiv 2007/66/EF) ikke er blevet ændret samtidig med, at der er kommet nye udbudsdirektiver.

[22] Jf. Klagenævnets indledende præmisser i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. oktober 2013, Ansaldo STS S.p.A. mod Banedanmark.

[23] Jf. side 193 i lovbemærkninger til § 171 i FT 2015-16, lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015: *"Således vil der være grund til at være særlig opmærksom på indholdet af begrundelsen i de tilfælde, hvor eksempelvis den forbigåede*

*tilbudsgiver har afgivet tilbuddet med den laveste pris på trods af, at priskriteriet vægtede højt."*

[24] Udsagnet har efter min opfattelse en vis støtte i, at det fremgår af Udbudslovens § 164, stk. 1, at en ordregiver *"skal fastsætte kriterier for tildeling, der er gennemsigtige, og kriterierne må ikke give ordregiveren ubetinget valgfrihed mellem tilbuddene"* (min understregning). Ordregiver må altså gerne opnå valgfrihed i et eller andet omfang ved fastsættelse af kriterierne for tildeling, herunder ved at fastsætte kvalitative underkriterier, jf. eksemplerne i Udbudslovens § 162, stk. 3, nr. 1 – 3 (se note 5). Valgfriheden må blot ikke være ubetinget.

[25] Se i samme retning note 13 med citat fra Udbudslovens forarbejder til § 160, stk. 1, indeholdende forbud mod *"ubetinget frit valg ved evalueringen"*, hvilket efter min opfattelse ikke kan tolkes som et forbud mod ethvert frit valg ved evalueringen.

[26] Jf. side 113 f. i *Award of Contracts in EU Procurements* af Mario E. Comba og Steen Treumer (Eds.), DJØF Publishing, Copenhagen 2013, hvor tysk retspraksis om ordregivers skønsudøvelse ved blandt andet tilbudsbedømmelse sammenfattes med ordene: *"Accepting the discretion granted to the contracting entities, their decision is only subject to limited scrutiny by German courts"*.

[27] Jf. side 777 f. i *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, vol. 1, af Sue Arrowsmith, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2014, hvor et standardcitater fra en række afgørelser gengives med henblik på at beskrive retstilstanden i engelsk ret: *"In relation to matters of judgement or assessment, the authority does have a margin of appreciation, so that the court should only disturb the authority's decisions where it has committed a manifest error. When referring to manifest error, the word manifest does not require any exaggerated description of obviousness. A case of manifest error is a case where an error has clearly been made"*.