

K E N D E L S E

Assemble A/S
(selv)

mod

Aarhus Kommune
(advokat Kathrine Ahrenholt og
advokat Claus Gulholm-Hansen Krüger, Aarhus)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 135-385134 af 11. juli 2022, offentliggjort den 15. juli 2022, udbød Aarhus Kommune som udbud med forhandling en kontrakt vedrørende anskaffelse, drift, vedligeholdelse og support af en pladsanvisningsløsning. Udbuddet var et genudbud, idet et tidligere udbud var blevet annulleret på grund af uklarheder i udbudsmaterialet.

Assemble A/S (herefter Assemble) og KMD A/S (herefter KMD) anmodede om prækvalifikation, og begge blev den 15. august 2022 prækvalificeret.

Den 20. januar 2023 modtog Aarhus Kommune endelige tilbud fra Assemble og KMD.

Ved brev af 6. marts 2023 meddelte Aarhus Kommune, at kommunen havde til hensigt at tildele kontrakten til KMD.

Den 7. maj 2023 indgav Assemble en klage til Klagenævnet for Udbud over Aarhus Kommune. Ved klagen nedlagde Assemble følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med Generel forordning om databeskyttelse artikel 28. stk. 3 og deraf følgende

retspraksis samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, ved den 6. marts 2023 at have tildelt kontrakt om levering af pladsanvisningssystem til KMD A/S.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere Indklagedes beslutning af 6. marts 2023 om at tildele kontrakt om levering af et dagtilbudssystem til KMD A/S.”

Ved replik af 10. november 2023 under klagesagen frafaldt Assemble påstand 1 og nedlagde følgende endelige påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have foretaget en åbenbar urigtig bedømmelse af Assembles endelige tilbud i relation til underkriteriet ”Kvalitet” og delkriteriet ”kravspecifikation”.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at have foretaget en negativ bedømmelse af Assembles endelige tilbud i relation til underkriteriet ”Kvalitet” og delkriteriet ”kravspecifikation”, da Aarhus Kommune under forhandlingsmøderne med Assemble har været positiv over for virksomhedens indledende tilbud og løsninger, og Assemble har ikke foretaget mellemliggende ændringer i tilbuddet, der kan begrunde den væsentligt ændrede bedømmelse.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved i evalueringen af Assemble tilbud i forhold til underkriteriet ”Kvalitet” at lægge vægt på forhold, som ikke fremgår af udbudsmaterialet.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at sikre, at udbudsmaterialets beskrivelse af krav til den udbudte anskaffelse er klar, nøjagtig og utvetydig.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal annullere Aarhus Kommunes beslutning af 6. marts 2023 om at tildele kontrakt om levering af et dagtilbudssystem til KMD.

Assemble har taget forbehold for senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Aarhus Kommune har nedlagt principal påstand om, at klagen afvises, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 13. marts 2024 meddelt Aarhus Kommunes kontrakt-part, KMD, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

KMD har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Klagesagen er behandlet uden sagkyndig, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 6.

Sagens nærmere omstændigheder

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 9.5., at kontrakten tildeles det økonomisk mest fordelagtige tilbud ved anvendelse af tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” og ud fra en vurdering af underkriterierne ”Pris” og ”Kvalitet”, som vægtes henholdsvis 20 pct. og 80 pct.

Af udbudsbetingelserne fremgår videre, at ”Kravspecifikation” i evalueringen af underkriteriet ”Kvalitet” vægter 80 pct., mens ”Drift, support og vedligeholdelse” samt ”Servicemål” vægter 20 pct.

Ved evalueringen af underkriteriet ”Kvalitet” skulle anvendes en pointskala fra 0-10. Et tilbud, der evalueres til at have et fremragende kvalitativt niveau, som bedst muligt opfylder underkriteriet med ingen eller få uvæsentlige undtagelser, ville blive tildelt 10 point, mens et tilbud, som kun netop er konditionsmæssigt, ville blive tildelt 0 point. Hvert tilbud blev tildelt point i henhold til graden, hvormed det tilbudte opfyldte underkriteriet ”Kvalitet”.

Ved bedømmelsen af underkriteriet ”Pris” fandt en tilsvarende pointskala fra 0-10 anvendelse, hvor 0 point ville blive tildelt det tilbud, som kun netop var økonomisk acceptabelt, mens 10 point blev tildelt det tilbud med den bedst tænkelige pris i forhold til den udbudte opgave.

Ved evalueringen af det samlede tilbud omregnedes de samlede pointsummer for både underkriteriet ”Pris” og ”Kvalitet” efter deres angivne vægt, og tilbudsgivernes samlede pointscore blev opgjort. Kontrakten blev tildelt den tilbudsgiver, der havde tilbuddet med den højeste samlede pointscore.

Tilbudsgivers beskrivelse af det tilbudte kvalitative indhold fremgår af løsningsbeskrivelsen. I kravspecifikationen fremgår en vejledning om, hvorledes tilbudsgiver skal udarbejde sin løsningsbeskrivelse, herunder ved at angive en kode mellem 1-4, hvor 1 skulle anvendes, hvis funktionaliteten var en del af den tilbudte løsning. Kode 2 skulle angives, hvor funktionaliteten var en del af den tilbudte løsning, og 3 skulle anvendes, hvor funktionaliteten først var planlagt i en kommende version af løsningen. En tilbudsgiver skulle angive koden 4, hvor tilbudsgiveren ikke kunne tilbyde funktionaliteten.

Assemble vedlagde en løsningsbeskrivelse til sit tilbud til supplerende af kravbesvarelsen i kravspecifikationen.

Af evalueringsrapport af 6. marts 2023 fremgår det, at Assemble blev tildelt 10 point for ”Pris”, hvilket vægtede 2 point. Om evalueringen af underkriteriet ”Kvalitet” fremgår om Assembles tilbud følgende:

”

| Delkriterium | Point | Vægtet point |
|--|--------------|---------------------|
| Delkriteriet Bilag 2 – Kravspecifikation (80%) | 4,00 | 3,20 |
| Delkriteriet Bilag 5: Drift, support og vedligeholdelse og Bilag 6: Servicemål (20%) | 5,00 | 1,00 |
| Samlet point for underkriteriet Kvalitet | | 4,20 |

”

Den 12. marts 2023 anmodede Assemble Aarhus Kommune om aktindsigt. Af anmodningen fremgår blandt andet:

”I forbindelse med EU-udbuddet på Pladsanvisningssystem til Aarhus Kommune, søger Assemble hermed aktindsigt i udbuddet i perioden 1. januar 2022 til dags dato herunder, men ikke begrænset til:

- Komplet aktliste med begrundelse for hver enkelt oplysning, der undtages aktindsigt jf. begrundelseskravet i forvaltningslovens §§ 22 og 24.
- Udbudsmaterialer, rapporter, notater og øvrig dokumentation vedrørende udbud på og implementering af pladsanvisningssystem, herunder men ikke begrænset til udbud, modtagne tilbud og kommunens evaluering og tildelingsnotater.
- Samtlige dokumenter og bilag for vindende tilbud herunder databehandleraftale
- Referater for samtlige forhandlingsmøder under udbudsprocessen
- Alt dialog herunder, men ikke begrænset til brevveksling, e-mails, mødeindkaldelser, mødereferater og referater af telefonsamtaler vedrørende udbuddet og udarbejdelse af udbud med KMD.
- Alt dialog vedrørende datasikkerhed og overholdelse af GDPR og hosting i usikre tredjelande
- Aarhus Kommunes vurdering af om vindende tilbud overholder GDPR-lovgivningen
- Vindende tilbuds valg af underleverandør for hosting
- Såfremt hosting af vindende tilbud foretages af underleverandør koncernforbundet med usikre tredjelande, herunder om Aarhus Kommune har en skriftlig erklæring på, at underleverandøren ikke vil overholde FISA-erkendelsen.
- Mødeindkaldelser og mødereferater vedrørende udbuddet og udarbejdelse af udbuddet på levering af pladsanvisningssystem.
- Referater af telefonsamtaler vedrørende udbuddet og udarbejdelse af udbuddet på levering af pladsanvisningssystem.

I Assemble undrer vi os over, at Aarhus Kommune har fravalgt at vurdere lovpfyldelsen af tilbudte løsninger på baggrund af modtagne tilbud modtaget ift. utilsigtede tredjelandsoverførsler, samt at Aarhus Kommune ikke har inkluderet vurdering af databehandleraftalen i udbuddet, hvilket fraviger fra generel praksis for et udbud af fagsystemer. Assemble bemærker, at Assemble flere gange har bemærket dette forhold under udbudsprocessen jf. spørgsmål stillet under udbudsprocessen, og det ikke er retmæssigt at vælge et tilbud uden retmæssig underleverandør for hosting.

Det følger af offentlighedslovens § 36, stk. 2 og 3, at en anmodning om aktindsigt skal færdigbehandles snarest og senest 7 arbejdsdage efter modtagelsen og er presserende ifbm. udløbet af klagefristen. Aarhus

Kommune bedes frivilligt forlænge standstill-perioden tilsvarende besvarelsen på aktindsigtsanmodningen.”

Den 24. marts 2023 offentliggjorde Aarhus Kommune bekendtgørelse om indgåede kontrakter.

Den 18. maj 2023 klagede Assemble over Aarhus Kommunes aktindsigtsafgørelse, og ved klagenævnets afgørelse af 23. oktober 2023 fik Assemble delvist medhold i klagen.

Parternes anbringender

Ad afvisningspåstanden

Aarhus Kommune har gjort gældende, at Assemble i replik af 10. november 2023 frafaldt den oprindelige påstand 1 og fremsatte en række nye påstande uden sammenhæng med den oprindelige påstand. Der er således reelt tale om en ny klage, som er indgivet efter klagefristens udløb, jf. herved § 7, stk. 2, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, hvorfor klagen bør afvises. De nye påstande er baseret på dokumenter, som Assemble var i besiddelse af på tidspunktet for klagefristens udløb den 8. maj 2023.

Assemble har til støtte for, at klagen ikke afvises, anført navnlig, at påstandene blev ændret som følge af klagenævnets afgørelse om aktindsigt af 5. oktober 2023.

Ad påstand 1

Assemble har gjort gældende navnlig, at Assembles endelige tilbud skulle have opnået en højere score end 4,00 point i relation til underkriteriet ”kravspecifikation”. Assembles besvarelse opfylder samtlige af Aarhus Kommunes konkurrencekrav.

Det fremgår ikke af kvalitetsvurderingen, at kodeangivelsen er inkluderet i evalueringen, eller hvordan de enkelte krav er evalueret. Evalueringen fremstår således udokumenteret, uigennemsigtig og ukorrekt. Aarhus Kommune har endvidere opfundet nye evalueringskriterier efter tilbudsfristen, hvilket åbenlyst er i strid med ligebehandlingsprincippet. Det er endvidere helt

uigennemsigtigt, hvordan Aarhus Kommune er kommet frem til syv point for KMD's tilbud.

Aarhus Kommune har anvendt sin egen evalueringsmodel forkert for at manipulere med pointtildelingen. Flere af Assembles løsningsbeskrivelser burde være tildelt 10 point for "Kvalitet". Aarhus Kommune har i evalueringen lagt vægt på fiktive krav og derved handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet med henblik på at beholde sin eksisterende leverandør.

Aarhus Kommune har gjort gældende, at tilbudsevalueringen er foretaget efter et fagligt og sagligt skøn under behørig iagttagelse af den beskrevne evalueringsmodel og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Evalueringen er foretaget med input fra en række fagpersoner, og på den baggrund er der foretaget en samlet skønsmæssig vurdering af begge kvalitative delkriterier, kravspecifikation og servicemål. Ud fra talværdierne fra pointskalaen er der foretaget en forholdsmæssig udregning med den vægtede pointsats for delkriteriet. KMD's tilbud er evalueret på samme måde. Aarhus Kommune har ikke evalueret på grundlag af fiktive krav.

Det følger af klagenævnets faste praksis, at nævnet ikke tilsidesætter en ordregivers saglige og faglige skøn, ligesom ordregiver overlades et betydeligt skøn ved evaluering af tilbudsgivernes opfyldelse af kvalitative krav.

Ad påstand 2

Assemble har gjort gældende navnlig, at Aarhus Kommune har manipuleret med delkriteriet "Kravspecifikation", som udgør 80 pct. af den samlede evaluering. Hvis Assemble var blevet tildelt blot ét point mere i delkriteriet "Kravspecifikation", ville Assemble have vundet kontrakten, hvilket er en skærpende omstændighed.

På forhandlingsmøderne var Aarhus Kommune positivt stemt over for Assembles løsninger, hvilket ikke er afspejlet i evalueringen, selv om der kun blev foretaget ændringer til Aarhus Kommunes fordel. Dette er vildledende og i strid med gennemsigtighedsprincippet og princippet om ligebehandling.

Aarhus Kommune har gjort gældende, at Aarhus Kommune fuldt ud har overholdt sine udbudsretlige forpligtelser, herunder ved overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Assemble blev ikke givet point forinden forhandlingsmøderne, men der blev på møderne drøftet relevante forhold fra tilbuddet. En ordregiver er ikke forpligtet til at orientere om ethvert forhold, som kan blive vurderet mindre positivt.

Assemble blev tildelt et samlet antal point over 5, som gives for en middel tilfredsstillende opfyldelse, herunder 10 point for pris, og Assemble har således fået en positiv evaluering af sit tilbud. Der er ikke omstændigheder, som gør, at andet end det opnåede med rette kunne forventes ved den endelige evaluering.

Ad påstand 3

Assemble har anført navnlig, at Aarhus Kommune har foretaget en evaluering i strid med de fastsatte vilkår i udbudsmaterialet, hvorfor Aarhus Kommune har overskredet grænsen for skønnet ved bedømmelsen af Assembles tilbud og pointtildelingen i forhold til underkriteriet ”Kvalitet”. Af samme grund hviler Aarhus Kommunes evaluering på et usagligt eller ulovligt skøn.

Aarhus Kommune har gjort gældende, at Aarhus Kommune alene har inddraget forhold, der følger af udbudsmaterialet eller som en naturlig følge af det stillede krav. Løsningen skal kunne fremsøge alle institutioner, da løsningen ellers ikke ville være lovmedholdelig, hvilket enhver rimeligt velinformeret og normalt omhyggelig tilbudsgiver bør kende til.

Ad påstand 4

Assemble har gjort gældende navnlig, at det i det hele fremstår uigennemsigtigt, hvordan pointtildelingen er endt med syv point til tilbuddet fra KMD, når Assembles tilbud er tildelt fire point. Det er ligeledes uigennemsigtigt, hvilke krav der vedrører hvilke evalueringskriterier. Generelt har Aarhus Kommunes beskrivelse i udbudsmaterialet af kravene og evalueringskriterierne ikke været tilstrækkeligt klare.

Det er ordregiver, der entydigt skal fastlægge det sortiment eller den løsning, som skal indkøbes. Bedømmelsen af Assembles tilbud var ikke sagligt begrundet.

Aarhus Kommune har gjort gældende, at de stillede krav i udbudsmaterialet har været klare og i overensstemmelse med de udbudsretlige regler. Klagenævnet tilsidesætter efter fast praksis ikke ordregivers saglige og faglige skøn, og ordregiver overlades et betydeligt skøn ved evalueringen af tilbudsgivernes opfyldelse af kvalitative krav. Tilbudsgiverne har generelt ikke været i tvivl om forståelsen af kravene, og ingen har stillet spørgsmål hertil under udbudsprocessen.

Ad påstand 5

Assemble har gjort gældende, at Aarhus Kommunes tildelingsbeslutning af 6. marts 2023 skal annulleres henset til de overtrædelser, der med det ad påstand 1-4 anførte er påvist.

Aarhus Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke har begået udbudsretlige overtrædelser, hvorfor påstanden ikke skal tages til følge.

Klagenævnet udtaler

Ad afvisningspåstanden:

Assemble indgav klage til klagenævnet den 7. maj 2023. Til støtte for de i klageskriftet nedlagte påstande var alene anført synspunkter om databeskyttelse.

Klagefristen udløb den 8. maj 2023, jf. herved klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 1.

Den 23. oktober 2023 traf klagenævnet afgørelse om aktindsigt i anledning af Assembles klage over afslag på aktindsigt i KMD's tilbud, herunder datahandleraftale. Ved klagenævnets afgørelse fik Assemble delvist medhold.

Ved replik af 10. november 2023 frafaldt Assemble den oprindeligt nedlagte påstand 1 og nedlagde de nye påstande 1-5, hvoraf påstand 5 om annullation svarede til den oprindelige påstand 2.

Af forarbejderne til klagenævnsloven, jf. lovforslag nr. 153 af 27. februar 2013, fremgår blandt andet, at klagefristen gælder ved indgivelse af en klage

og ikke som en frist til at fremkomme med nye påstande i en allerede verserende klagesag, men at disse vil kunne afvises i medfør af klagenævnslovens § 10, stk. 2.

Efter klagenævnets praksis tillades en klager at fremsætte nye påstande, forudsat at de nye påstande har en naturlig sammenhæng med de oprindelige klagepunkter eller støttes på nye, faktiske oplysninger.

Klagenævnet finder, at de nye påstande 1-4 fremsat i replikken – og dermed også grundlaget for påstand 5 – er uden sammenhæng med de oprindeligt fremsatte påstande, og at påstandene ikke støttes på nye, faktiske oplysninger, som er fremkommet, herunder ved klagenævnets afgørelse af 23. oktober 2023 om aktindsigt.

På den baggrund er de nedlagte påstande i replikken af 10. november 2023 at betragte som en ny klage, der er indgivet efter udløbet af klagefristen.

Klagenævnet afviser herefter klagen, jf. klagenævnslovens § 10, stk. 2.

Herefter bestemmes

Klagen afvises.

Assemble A/S skal i sagsomkostninger betale 35.000 kr. til Aarhus Kommune. Beløbet betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Ane Røddik Christensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig