

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Assemble A/S
(advokat Lau Normann Jørgensen, København)

mod

Herning Kommune
Holstebro Kommune
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Klagenævnet har den 9. juni 2022 modtaget en klage fra Assemble A/S (herefter "Assemble").

Assemble har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Herning Kommune og Holstebro Kommune (herefter "kommunerne") har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har den 10. juni 2022 meddelt KMD A/S (herefter KMD), at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3. KMD har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 5 og svarskrift med bilag A – E.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med det udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at udforme sin evalueringsmodel, så den uberettiget favoriserer den eksisterende leverandør, så udbudsmaterialet ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildeling.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med udbudslovens § 2, stk. 2, ved at udforme sin evalueringsmodel, så den uberettiget favoriserer den eksisterende leverandør, så udbudsmaterialet ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildeling.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere Indklagedes udbud af levering af pladsanvisningssystem med EU-udbudsnummer 2022/S 058-152303.”

Andre oplysninger i sagen:

Herning Kommunes tidligere aftale med KMD om levering af et pladsanvisningssystem blev ved klagenævnets kendelse af 7. september 2021 kendt ”uden virkning” fra og med den 1. januar 2022, idet aftalen, der var indgået på baggrund af den dagældende SKI-rammeaftale 02.19, ikke var blevet tildelt i overensstemmelse med retningslinjerne for direkte tildeling.

Herning Kommune udbød efterfølgende som et udbud med forhandling ved udbudsbekendtgørelse 2021/S 184-479104, offentliggjort den 22. september 2021, indkøb af et pladsanvisningssystem til kommunens Børn og Unge Forvaltning. Kontrakten blev den 3. december 2021 tildelt til KMD. Efter en klage i anledning heraf annullerede Herning Kommune udbudsforretningen den 17. december 2021.

Herning Kommune og Holstebro Kommune udbød herefter i fællesskab ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 058-152303 af 18. marts 2022, offentliggjort den 23. marts 2022, som offentligt udbud efter udbudsloven en kontrakt om levering af et pladsanvisningssystem til kommunernes Børn og Unge forvaltninger. Det er dette udbud, som er genstand for denne klage.

Kontrakten, der løber i 4 år med mulighed for forlængelse i op til yderligere 4 år, har ifølge udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.5 og II.2.6 en anslået samlet og maksimal værdi på 20 mio. kr.

Tildelingskriterierne og evalueringsmetoden er beskrevet nærmere i udbudsbetingelserne. Der fremgår heraf bl.a.:

”17. Tildelingskriterier og underkriterier

...

Tilbuddene vil blive evalueret på baggrund af tildelingskriteriet: *Bedste forhold mellem pris og kvalitet.*

...

Der anvendes følgende underkriterier:

Underkriterier	Vægtning i procent
Pris	20 %
Kvalitet	50 %
Brugerinvolvering	10 %
Servicemål og implementering	20%

Tilbudsevalueringen foregår ud fra en model, der er opdelt i 3 faser.

Fase 1: Ordregiver vil i evalueringen starte med at evaluere tilbuddene i forhold til de kvalitative underkriterier bestående af Kvalitet, Brugerinvolvering og Servicemål og implementering. Disse evalueres som beskrevet i punkt 17.2, 17.3 og 17.4. Tilbuddene tildeles i forhold til hvert enkelt underkriterium en score fra 0-100 point. Tilbud, der opnår en score på minimum 60 point i forhold til hver af de tre kvalitative underkriterier, medtages til Fase 2.

Fase 2: Tilbud der medtages fra Fase 1, evalueres i forhold til underkriteriet Pris, som beskrevet i punkt 17.1. Kriteriet Pris tildeles en score fra 0-100 point.

Fase 3: De tilbud, der er gået videre til Fase 2, har fået point for alle underkriterier. Pointene for det enkelte kriterium multipliceres med vægtingen, som anført ovenfor, og afrundes til hele tal, før alle vægtede point summeres.

Tilbud, der som følge af utilstrækkelig pointdeling på de kvalitative underkriterier, ikke medtages til Fase 2, vurderes ikke konditionsmæssige, og udgår således af evalueringen.

Det konditionsmæssige tilbud, der har det højeste antal summerede, vægtede point, anses for at have bedste forhold mellem pris og kvalitet.

...

17.2. Kvalitet

Kvalitet evalueres ud fra i hvor høj grad tilbudsgivers tilbudte system lever op til de i bilag 2 beskrevne ønsker.

Underkriteriet kvalitet er delt op i 4 delkriterier. Disse er vægtet som beskrevet nedenfor. I bilag 2, er delkriterierne beskrevet i punkt 2.1 – 2.4. Delkriterierne har nedenstående vægtning, som samlet set udgør underkriteriet kvalitet.

Delkriterium	Vægt
Pladsanvisning	60 %
Dagplejen	20 %
Institutioner	15 %
Central styring	5 %

Hvert delkriterium tildeles én samlet score, ud fra i hvor høj grad det tilbudte system, understøtter ordregivers ønsker på en brugervenlig, intuitiv, overskuelig, smidig og stabil måde. Der vil også blive vurderet på, hvordan systemet fremstår fra borgernes vinkel, samt hvor gnidningsfri-procesbehandling systemet tilbyder i forbindelse med ordregivers arbejdsgange. Ordregiver vil således, ud fra tilbudsgivers besvarelse af bilag 2, gennemføre en brugertest, som er beskrevet i punkt 17.2.1. Det vurderes positivt i jo højere grad ordregivers ønsker kan løses i systemet, på en tilfredsstillende måde. Det er således vigtigt, at systemet fremstår overskueligt, at man kan manøvrere rundt med få klik, at der ikke er knapper/links, der ikke virker, at man kan genbruge data i systemet, at man kan trække udvalgte data ud i Excel, at systemet reagerer hurtigt, når man udfører en kommando, at dialog med borgere sker professionelt, at borgere har nem og overskuelig adgang til deres data og at systemet overordnet set bidrager til at løse ordregivers opgaver bedst muligt.

...

Ønskerne nr. 51, 53, 55 og 104 evalueres alene ud fra tilbudsgivers beskrivelse. For ønske nr. 99 evalueres selve oprettelsen af medarbejderne i brugertesten, mens snitfladen alene evalueres ud fra tilbudsgivers beskrivelse.

17.2.1 Brugertest

Med henblik på at kunne vurdere kvaliteten af det tilbudte system, på det mest oplyste grundlag, vil der skulle gennemføres en brugertest. Denne test skal foregå således, at ordregivers personale får adgang til det tilbudte system. Adgangen kan ske via fremsendelse af et link til systemet, eller

på et møde på Herning Rådhus, hvor tilbudsgiver stiller en pc til rådighed, der giver adgang til systemet. Tilbudsgiver bedes afsætte en hel dag til testen, som vil ske på en dato, angivet af ordregiver, efter tilbudsfristen. Tilbudsgiver vil have mulighed for at deltage enten fysisk, eller virtuelt, således ordregivers fagfolk kan guides i brugen af systemet. Det vil være Ordregivers fagfolk der tester systemet, og således styrer selve musen og tastaturet i testen.

Brugertesten vil foregå ved, at Ordregivers fagfolk gennemgår de i bilag 2 beskrevne ønsker, med undtagelse af ønskerne nævnt i punkt 7.2.

...

Brugertesten vil blive filmet, og gemt til intern dokumentation.

...

17.2.3 Tildeling af point for Kvalitet

Faggruppen, som har været med i udarbejdelsen af nærværende udbud, vil vurdere i hvor høj grad det tilbudte system opfylder de enkelte delkriterier som nærmere beskrevet ovenfor under punkt 17.2. Tilbuddet vil for hvert delkriterium, blive tildelt point fra 0-100 med afsæt i nedenstående tabels pejlemærker. De tildelte point for hvert delkriterium vægtes som beskrevet i punkt 17.2, summeres og afrundes til nærmeste heltal, som udgør den samlede score for underkriteriet.

...

17.4. Servicemål og implementering

Underkriteriet Servicemål og implementering er delt op i 2 delkriterier. Delkriterierne har nedenstående vægtning, som samlet set udgør underkriteriet Servicemål og implementering.

Delkriterium	Vægt
Servicemål	40 %
Implementering	60 %

„

Af det i udbudsbetingelsernes punkt 17.2 nævnte bilag 2 ”Kravspecifikation” fremgår bl.a.:

”2. Ønsker

Alle punkter i afsnit 2, Ønsker, er Ordregivers ønsker til det tilbudte system. Disse skal ikke anses som mindstekrav til Systemet, men indgår i evalueringen af underkriteriet Kvalitet, som beskrevet i udbudsbetingelserne. Tilbud vil således ikke blive afvist, hvis et ønske ikke er opfyldt, uanset der i teksten til ønsket står ”skal” eller lignende.

Tilbudsgiver skal i forbindelse med tilbudsafgivelsen, beskrive hvordan Ordregivers ønsker håndteres, i tabeller som denne:

Ønske nr.	Emne:
Beskrivelse af ønsket:	
Tilbudsgivers besvarelse af ønsket:	

Tilbudsgiver skal således alene udfylde den gule celle, for hvert ønske. Hvis Tilbudsgivers tilbudte System, ikke kan opfylde ønsket, bedes dette noteres. Der skal ikke indsættes links, skærmdumps eller lignende.

Ønskerne er delt op i følgende 4 kategorier:

1. Pladsanvisningen
2. Dagplejen
3. Institutionerne
4. Central styring

Kategori 1, indeholder også elementer fra dagplejen og institutioner, men det er mere på generel basis. Kategori 2, 3 og 4 indeholder derimod alene elementer der vedrører hhv. dagplejen, institutionerne og den centrale styring.

...”

I bilaget fulgte herefter en beskrivelse af 104 ønsker til systemet.

Der blev under udbuddet stillet en række spørgsmål til evalueringen af ”Kvalitet”, herunder til vægtningen af de 104 ønsker. Af spørgsmål/svar dokumentet fremgår herom bl.a.:

”

...	...
<p><u>Spørgsmål 3:</u> Vedrørende Udbudsbetingelser afsnit 17.2. Kvalitet</p> <p>Ordregiver bedes bekræfte, at alle ønsker inden for hvert delkriterium vægtes ens ved evaluering af underkriteriet kvalitet. Alternativt bedes Ordregiver redegøre for, hvorledes hvert ønske inden for gi-</p>	<p>Delkriterierne til underkriteriet ”Kvalitet” er i udbudsbetingelsernes punkt 17.2 anført med vægtning, jf. den tabel der fremgår nederst på side 13 i udbudsbetingelserne.</p> <p>Ordregiver har i udbudsbetingelsernes punkt 17.2 detaljeret beskrevet, hvordan der vil blive evalueret på de vægtede delkriterier.</p>

<p>vent delkriterium vægtes indbyrdes herunder henset til principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet</p>	<p>Der gælder derudover ikke noget udbudsretligt krav om, at en ordregiver i udbudsbetingelserne skal angive vægtningen af de enkelte ønsker, som indgår ved vurderingen af et delkriterium</p>
<p>...</p>	<p>...</p>
<p>Spørgsmål 5: Vedrørende Udbudsbetingelser afsnit 17.2. Kvalitet</p> <p>Det fremgår af udbudsbetingelserne, at Ordregivers medarbejdere vil gennemføre brugertest af alle ønsker i Bilag 2, med undtagelse af ønske nr. 51, 53, 55 og 104, med henblik på at vurdere kvaliteten. I et implementeringsforløb anvendes Afklaringsfasen normalt til at gennemgå kundens ønsker til konfiguration af løsningen, og brugeruddannelsen (undervisning jf. udbudsbetingelserne) anvendes til at introducere funktionaliteten og arbejdsgangene i løsningen for ordregivers medarbejdere. Tilbudsgivers løsning er ikke for nuværende implementeret hos Ordregiver, og arbejdsgangene i løsningen er derfor ukendte for Ordregivers medarbejdere. Ordregiver bedes fremlægge de testcases, som Ordregiver ønsker at gennemføre i forbindelse med brugertesten samt fremlægge ønskede konfigurationer, således løsningen kan konfigureres korrekt af tilbudsgiver inden brugertest.</p>	<p>Ordregiver er opmærksom på, at brugerne hovedsageligt har kendskab til den nuværende leverandørs løsning, og netop derfor har ordregiver valgt at lade en brugertest indgå i udbuddet.</p> <p>Tilbudsgiver har, jf. udbudsbetingelsernes punkt 17.2.1, mulighed for både at vedlægge vejledning samt deltage i brugertesten, for netop at kunne guide ordregivers brugere i brugen af løsningen.</p> <p>Omfanget af testen fremgår i punkt 17.2, tredje til femte afsnit, og der vil ikke blive udarbejdet særlige testcases til brug for testen.</p> <p>Afklaringsfasens formål og omfang fremgår af Kontraktens § 6.</p>
<p>...</p>	<p>...</p>
<p>Spørgsmål 8: Vedrørende Udbudsbetingelser afsnit 17.2. Kvalitet og Bilag 2 – Kravspecifikation afsnit 2. Ønsker</p>	<p>Ordregiver har i bilag 2 side 4 anført:</p> <p>”Der skal ikke indsættes links, skærmdumps eller lignende.”</p>

<p>Henset til Udbudsbetingelser er instruktion omkring udfyldelse af ønsker uklar for tilbudsgiver henset til ” links, skærmdumps eller lignende”. Det fremgår af udbudsbetingelserne, at Ordregiver vurderer kvaliteten ud fra Tilbudsgivers opfyldelse af Ordregivers ønsker på en brugervenlig, intuitiv, overskuelig, smidig og stabil måde samt borgernes vinkel. Det fremgår ligeledes af en lang række ønsker, at Ordregiver har krav til visning eller opbygning på de enkelte sider og overblik i løsningen. Ordregiver bedes for god ordens skyld bekræfte at Tilbudsgiver kan anvende skærbilleder af den tilbudte løsning i tilbudsbesvarelsen i Bilag 2 til at understøtte besvarelsen af hvert ønske, herunder at skærbilleder vil indgå i Ordregivers evaluering af besvarelsen herunder henset til principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.</p>	<p>Ordregiver har således tydeligt tilkendegivet, at der ikke ved den skriftlige besvarelse af de enkelte ønsker i bilag 2 ønskes indsat skærmdumps/skærbilleder eller links. Der ønskes således alene en besvarelse i prosaform.</p> <p>Elementerne i tilbudsgivers løsning, som det kunne være relevant at fremlægge skærbilleder af, indgår i brugertesten, som ordregiver har redegjort udførligt for i udbudsbetingelsernes punkt 17.2.1 og 17.2.2.</p>
...	...
<p><u>Spørgsmål 11:</u> Vedrørende Udbudsbetingelser afsnit 17.2. Kvalitet.</p> <p>Ordregiver bedes oplyse med hvilken procentsats, hhv. tilbudsgivers skriftlige besvarelse af bilag 2 og brugertesten vægtes indbyrdes herunder henset til principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.</p>	<p>Der er ikke tale om, at besvarelsen i bilag 2 og brugertesten vurderes hver for sig, jf. også udbudsbetingelsernes pkt. 17.2 tredje afsnit.</p>
...	...

”

Ved tilbudsfristens udløb den 29. april 2022 havde kommunerne modtaget tilbud fra Assemble og fra KMD.

Kommunerne har oplyst, at evalueringen af tilbuddene blev varetaget af en evalueringsgruppe bestående af 4 medarbejdere fra Holstebro Kommune, en pædagogisk administrativ konsulent, en pladsanviser, en økonomikonsulent og en IT-chef, samt 7 medarbejdere fra Herning Kommune, en udviklingskonsulent, to pladsanvisere, en konsulent for dagplejen, en IT-arkitekt, en IT-chef og en udbudskonsulent.

Den 27. maj 2022 meddelte kommunerne Assemble, at kommunerne havde til hensigt at tildele kontrakten til KMD. Meddelelsen var vedlagt den evalueringsrapport, som kommunerne havde udarbejdet. Af evalueringsrapporten fremgår, at brugertesten blev afviklet af KMD den 6. maj 2022 og af Assemble den 9. maj 2022. Af evalueringsrapporten fremgår desuden bl.a.:

”6.1.5 Kvalitet – Samlet score

Samlet set tildeles tilbudsgiverne således følgende point for underkriteriet kvalitet:

Delkriterier og vægt	Assemble Ej vægtede point	Assemble vægtede point	KMD Ej vægtede point	KMD Vægtede point
Pladsanvisning (60%)	60	36	80	48
Dagplejen (20%)	80	16	90	18
Institutioner (15%)	60	9	90	13,5
Central Styring (5%)	40	2	90	4,5

Samlet gives således følgende point for *kvalitet* som afrundet heltal:

Assemble	KMD
63	84

...

6.3.1 Servicemål og implementering – Samlet score

Delkriterier og vægt	Assemble Ej vægtede point	Assemble vægtede point	KMD Ej vægtede point	KMD Vægtede point
Servicemål (40%)	60	24	100	40
Implementering (60%)	50	30	90	54

Samlet gives således følgende point for *brugerinvolvering* som afrundet heltal:

Assemble	KMD
54	94

...”

Begge tilbud opnåede 100 point på underkriteriet Brugerinvolvering.

Da Assembles tilbud ikke opnåede 60 point på underkriteriet Servicemål og implementering, blev tilbuddet ikke evalueret på pris.

Parternes anbringende:

Ad ”fumus boni juris”

Assemble har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 - 3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Kommunerne har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 - 3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 og 2 har Assemble navnlig gjort gældende, at kommunerne har tilsidesat ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, stk. 1, ved bevidst at have tilrettelagt udbuddet med det formål kunstigt at begrænse konkurrencen til fordel for KMD og til skade for Assemble, i strid med udbudslovens § 2, stk. 2.

Udbudsreglernes væsentligste formål er, jf. udbudsdirektivets artikel 18, at sikre effektiv konkurrence. Dette grundlæggende princip er fastslået i såvel EU-Domstolens praksis, jf. EU-Domstolens dom i sag C-513/99, Concordia Bus Finland, præmisserne 81 og 82, som i klagenævnets praksis jf. klagenævnets kendelse af 14. marts 2011, Virklund Sport mod Vejle Kommune.

Det anerkendes af Assemble, at den konkurrencefordel, som den tidligere leverandør har, ikke kan elimineres fuldstændigt. Kommunerne har imidlertid ikke gjort nok for at eliminere denne konkurrencefordel. Tværtimod har kommunerne gjort, hvad de kunne, for at give den eksisterende leverandør en yderligere konkurrencefordel.

Det er navnlig evalueringsmodellen med en subjektiv brugertest, der udgør en overtrædelse af udbudslovens § 2. Evalueringsmodellen favoriserer uretrettiget den eksisterende leverandør, da en bruger, der bliver bedt om at evaluere et system, vedkommende kender, og et system, vedkommende ikke kender, altid vil finde det system, vedkommende kender, mere brugervenligt, når der ikke er fastsat objektive krav, og når vurderingen i øvrigt ikke bliver dokumenteret.

En vurdering af, hvorvidt et system er brugervenligt, intuitivt, overskueligt og smidigt, er en subjektiv vurdering, som når der ikke i øvrigt er sat nogle objektive målepunkter op, strider imod gennemsigtighedsprincippet. Når det i øvrigt favoriserer den eksisterende leverandør, strider det også imod udbudslovens § 2, stk. 2.

Evalueringsmodellen indeholder ikke en beskrivelse af, hvilke objektive kriterier der ligger til grund for personalets vurdering af de tilbudte systemers opfyldelse af de kvalitative kriterier.

En person, der skal vurdere brugervenlighed, intuitivitet, overskuelighed, smidighed og hvor let et system er at manøvrere rundt i, ud fra en ren subjektiv vurdering, vil naturligvis altid have en præference for det system, som vedkommende kender.

Det er ved vurderingen en skærpende omstændighed, at kommunerne ikke kan dokumentere brugertesten, og at den ulovlige evaluering af kvalitative elementer stod for 50 % af den samlede evaluering.

Særligt vedrørende påstand 1 og 2 har kommunerne anført, at Assembles påstand er rettet mod kommunernes ”evalueringsmodel”, hvorimod de anbringender, som Assemble har fremført til støtte for påstandene, ikke er rettet mod evalueringsmodellen, men mod underkriteriet ”Kvalitet”.

Kommunerne har gjort gældende, at såvel underkriteriet ”Kvalitet” som den tilhørende evalueringsmodel har været fastsat i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, og uden at der er sket en favorisering af kommunernes eksisterende leverandør KMD.

Det beror på en grundlæggende misforståelse af udbudsreglerne, når Assemble gør gældende, at det ikke skulle være lovligt at indlægge en brugertest i

et udbud, når der er tale om et genudbud af en kontrakt, hvor ordregiver har et eksisterende leverandørforhold. Den brugertest, der blev indlagt i udbuddet, blev indlagt blandt andet med henblik på, at leverandører, der råder over systemer, som kommunerne ikke i forvejen var bekendte med, kunne give kommunerne et detaljeret indblik i systemerne og deres funktionaliteter.

En ordregiver vil, uanset om denne har et eksisterende leverandørforhold eller ej, have en helt legitim interesse i at teste, om de standardløsninger, der tilbydes ved et IT-udbud, lever op til ordregivers ønsker og er i overensstemmelse med angivelserne i det skriftlige tilbud.

Rammerne for brugertesten var detaljeret beskrevet i udbudsbetingelsernes punkt 17.2.1 og 17.2.2, og alle potentielle tilbudsgivere havde således mulighed for at forberede sig på testen på et ensartet grundlag.

Det er på ingen måde givet, at den eksisterende leverandør byder ind med den eksisterende løsning. Det er i sagens natur heller ikke givet, at den eksisterende leverandørs løsning per definition har et niveau, der indebærer, at denne vil stå bedre end nye leverandørers løsning i forbindelse med en brugertest.

At der per definition skulle ske favorisering af et kendt system, bestrides som både generelt usandsynligt og konkret udokumenteret. Tværtimod ville det være stærkt problematisk for nye leverandører, hvis ikke der i en udbudssammenhæng kunne foretages brugertests og afleveres vareprøver.

Kommunerne havde med henblik på at skabe de bedst mulige forudsætninger for nye leverandørers deltagelse i udbuddet tilrettelagt brugertesten således, at tilbudsgiverne selv havde mulighed for at deltage i denne og guide kommunerne.

Det bestrides desuden at evalueringen af underkriteriet ”Kvalitet” og de underliggende delkriterier er sket uden objektive krav eller ”objektive holdpunkter”. Evalueringen af underkriteriet ”Kvalitet” er således sket ud fra de i kravspecifikationen anførte ønsker, som tilbudsgiverne skulle forholde sig til i deres skriftlige tilbud, og som efterfølgende blev gennemgået i forbindelse med de gennemførte brugertests. Dette fremgik af såvel udbudsbetingelsernes punkt 17.2, som indledningen til kravspecifikationens punkt 2.

Det har således stået klart for alle tilbudsgivere, at evalueringen af underkriteriet ”Kvalitet” ville ske på baggrund af tilbudsgivers skriftlige besvarelse af de 104 objektive ønsker, der var angivet i kravspecifikationen og i lyset af den brugertest, der ville blive gennemført af ordregiver med tilbudsgivers deltagelse og guidance. Kommunerne havde i den forbindelse tydeligt under udbudsbetingelsernes punkt 17.2 anført, hvad kommunerne ville tillægge betydning ved vurderingen af tilbudsgivernes opfyldelse af kravspecifikationens ønsker.

Ønskerne i kravspecifikationen er objektivt formuleret i brede vendinger, der gør det muligt at byde ind med mange forskellige løsningsmodeller. Dermed har kommunerne også ved formuleringerne af de konkrete ønsker bestræbt sig på at åbne op for konkurrencen og dermed skabe mulighed for, at andre end den eksisterende leverandør kunne afgive relevante og konkurrencedygtige tilbud.

Kommunerne havde desuden under punkt 17.2.3 i udbudsbetingelserne beskrevet pointskalaen for underkriteriet ”Kvalitet” med objektive pejlemærker for de enkelte trin på pointskalaen.

Assemble har ikke påpeget forhold, der på nogen måde indikerer, at der konkret er udøvet forskelsbehandling af de to tilbudsgivere i forbindelse med tilbudsevalueringen.

Evalueringen af tilbuddene i forhold til de kvalitative underkriterier blev foretaget af en stor gruppe af medarbejdere fra såvel Herning Kommune som Holstebro Kommune med relevant faglig baggrund. Som evalueringen har været tilrettelagt, har der således ikke været mulighed for, at en enkelt medarbejders potentielle egne subjektive præferencer for en tilbudsgiver har kunnet påvirke udfaldet af udbuddet.

Assembles synspunkt om, at det skulle udgøre en ”skærpende” omstændighed, at underkriteriet ”Kvalitet” indgik med en vægtning på 50 % i evalueringen bestrides.

Det bestrides tillige, at det udgør en ”skærpende omstændighed”, at brugertesten ikke blev dokumenteret. Der består ikke en generel udbudsretlig forpligtelse til f.eks. at optage en vareprøvevurdering eller en foretaget kvali-

tetsevaluering i øvrigt. I det konkrete tilfælde har brugertesten taget udgangspunkt i tilbudsgivernes skriftlige besvarelser af ønskerne i kravspecifikationen, og de medarbejdere hos kommunerne, der deltog i brugertesten, har naturligvis taget egne noter i forhold til de observationer, der blev foretaget. Dertil kommer, at kommunerne med den fremlagte evalueringsrapport har dokumenteret, at evalueringen er foretaget i overensstemmelse med de kriterier og den evalueringsmodel, der var beskrevet i udbudsbetingelserne.

Der er således ikke med den anvendte ”evalueringsmodel” sket en favorisering af kommunernes eksisterende leverandør KMD. At en ordregiver i forvejen er bekendt med en tilbudsgivers løsning og ikke tilsvarende er bekendt med en anden tilbudsgivers løsning indebærer efter fast praksis fra klagenævnet ikke, at der består et ligebehandlingsproblem, så længe ordregiver er opmærksom på at fastlægge udbudsbetingelserne på en måde, der ikke favoriserer den kendte leverandør, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 26. januar 2022, Tunstall A/S mod Region Nordjylland, og kendelse af 20. marts 2018, Tunstall A/S mod Københavns Kommune.

Vedrørende påstand 3 har Assemble under henvisning til de anbringender, der er anført ovenfor, gjort gældende, at kommunernes udbud skal annulleres.

Vedrørende påstand 3 har kommunerne under henvisning til de anbringender, der er anført ovenfor, gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere kommunernes udbud.

Ad uopsættelighed

Assemble har gjort gældende, at overtrædelsen ad påstand 1 og 2 er af en så særlig alvorlig karakter, at betingelsen om uopsættelighed i denne sag allerede derfor er opfyldt.

Kommunerne har gjort gældende, at Assemble har bevisbyrden for, at Assemble vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Denne bevisbyrde er ikke løftet. Det bestrides, at der konkret foreligger en overtrædelse af en sådan karakter, at der skulle være grundlag for at lempe uopsættelighedskriteriet.

Ad interesseafvejning

Assemble har gjort gældende, at det er kommunernes ansvar at påse, at reglerne og de grundlæggende udbudsretlige principper i udbudsloven iagttages i forbindelse med tildeling af en kontrakt. Kommunerne er derfor nærmest til at bære risikoen for, at udbuddet er sket i overensstemmelse med disse regler. Karakteren af den overtrædelse, der er redegjort nærmere for under påstand 1 og 2, gør desuden, at kommunerne ingen retlig interesse har i at kunne indgå kontrakten, da dette ikke kan ske lovligt.

Kommunerne har gjort gældende, at de har en klar og legitim interesse i at kunne indgå kontrakt med KMD uden at skulle afvente klagenævnets endelige kendelse i sagen. Kommunerne er med henblik på at kunne iagttage deres lovgivningsmæssige forpligtelser nødsaget til at kunne råde over et pladsanvisningssystem. Kommunerne har således et helt afgørende behov for at være aftaledækket på det pågældende område. Assemble er ikke heroverfor fremkommet med synspunkter, der taler for, at en interessevejning skal falde ud til fordel for Assemble.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.

2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

En ordregiver har ved tilrettelæggelsen af et udbud pligt til i videst muligt omfang at søge at mindske betydningen af den fordel, som den hidtidige leverandør kan have i forbindelse med et udbud.

Assembles påstande 1 og 2 angår efter deres ordlyd, om kommunernes evalueringsmodel er udformet, så den uberettiget favoriserer den eksisterende leverandør.

Konkret har kommunerne valgt at anvende en evalueringsmodel, hvor tildelingskriterier anvendes i flere faser, så et tilbud, som ikke når en på forhånd fastsat minimumstærskel med hensyn til antal point i første fase, udelukkes fra evaluering i senere faser. En sådan model er anerkendt ved bl.a. EU-Domstolens dom af 20. september 2018 i sag C-546/16, Montte SL mod Musikene, og klagenævnets kendelse af 25. april 2018, Bilbutikken mod Randers Kommune.

Modellen er udførligt beskrevet i udbudsbetingelsernes punkt 17.

Assemble har særligt gjort gældende, at det underkriterium for tildeling, kvalitet, som kommunerne har fastsat, favoriserer den eksisterende leverandør.

Assemble har i relation hertil gjort gældende, at en brugertest generelt favoriserer en eksisterende leverandør, da en bruger, der bliver bedt om at evaluere et system, vedkommende kender, og et system, vedkommende ikke kender, altid vil finde det system, vedkommende kender, mere brugervenligt, og

derved konkret favoriserer den eksisterende leverandør, da der ikke var fastsat objektive krav og testen ikke blev dokumenteret.

En brugertest må, som anført af kommunerne, antages at medvirke til at eliminere en eventuel konkurrencefordel for en hidtidig leverandør, idet et for evalueringsteamet ukendt system dermed kan visualiseres umiddelbart.

Brugertesten var, jf. udbudsbetingelsernes punkt 17.2.1, tilrettelagt således, at tilbudsgiver havde mulighed for at deltage enten fysisk eller virtuelt, og således at tilbudsgiver havde lejlighed til at guide de personer, der skulle brugerteste systemet. Resultatet af brugertesten er udførligt beskrevet i evalueringsrapporten. Brugertesten er, jf. udbudsbetingelsernes punkt 17.2 og bl.a. svaret på spørgsmål 11, foregået i tilknytning til tilbudsgivers prosabeskrivelse af systemet, og dermed på baggrund af de 104 konkrete ønsker, som kommunerne har stillet til systemet.

Det er herefter klagenævnets vurdering på baggrund af de foreløbige oplysninger, at den anvendte evalueringsmodel ikke har favoriseret den hidtidige leverandør, og at den mulige konkurrencefordel, som den hidtidige leverandør måtte have, er udlignet i tilstrækkeligt omfang.

Der er derfor ikke udsigt til, at Assembles påstande vil blive taget til følge.

På denne baggrund er betingelsen om ”fumus boni juris” ikke opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig