

K E N D E L S E

EG Danmark A/S
(advokat Claus Gulholm-Hansen Krüger, Aarhus)

mod

Frederikshavn Kommune
(advokat Martin Holmgaard Thomsen, Aalborg)

Ved udbudsbekendtgørelse 2022/S 209-596386 af den 24. oktober 2022 offentliggjort den 28. oktober 2022 udbød Frederikshavn Kommune som et udbud med forhandling efter udbudsloven en kontrakt om levering af en koncernløsning til kommunen. Kontrakten var opdelt i to delaftaler.

Ved udløbet af tilbudsfristen den 1. marts 2023 havde EG Danmark A/S ("EG") afgivet tilbud på delaftale 2, mens KMD Danmark A/S ("KMD") havde afgivet tilbud på begge delaftaler.

Den 17. april 2023 besluttede kommunen at indgå kontrakt på delaftale 2 med KMD.

Den 17. maj 2023 indgav EG klage til Klagenævnet for Udbud over Frederikshavn Kommune. EG fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 15. juni 2023 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen herfor om fumus boni juris ikke var opfyldt.

Parterne korresponderede herefter om omfanget af EGs aktindsigt.

Den 11. august 2023 meddelte EG klagenævnet, at klagen blev fastholdt, men at der ikke ville blive indleveret yderligere processkrifter.

EG har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Frederikshavn Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 2, principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, samt § 160 ved at have anvendt en evalueringsmodel for underkriteriet ”kvalitet”, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, herunder som følge af, at den er baseret på en utydelig angivelse af, hvad der konkurreres på, samt en mangelfuld beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Frederikshavn Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 2, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, ved at have udbudt en uklar kravspecifikation med mindstekrav, der efter deres beskaffenhed er uegnede til at danne ramme for afgivelse af tilbud og tildeling af kontrakt.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Frederikshavn Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 2, principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, samt § 160 ved at have foretaget en ugenomsigtig og mangelfuld beskrivelse af, hvordan tilbudspræsentationen samt demonstrationen af det tilbudte system indgår i evalueringen af underkriteriet ”kvalitet” og have inddraget dette ugenomsigtigt i tilbudsevalueringen.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Frederikshavn Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, idet Frederikshavn Kommunes underretning om tildelingsbeslutningen ikke er ledsaget af en fyldestgørende redegørelse for de relevante grunde for tildelingsbeslutningen, eller af den vindende tilbudsgivers pris.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at Frederikshavn Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at sammenblende delaftale 1 (Økonomi-, Debitor- samt Projekt- og ressourcestyring) med delaftale 2 (Løn- og Vagtplansystem).

Påstand 5a

Klagenævnet skal konstatere, at Frederikshavn Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 samt udbudslovens § 66, stk. 1, ved at tildele kontrakten i strid med den i udbudsbetingelserne og i udbudsloven beskrevne udbudsproces for udbud med forhandling, idet kommunen ikke formelt afsluttede forhandlingsfasen ved at tildele kontrakten på baggrund af det reviderede tilbud.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere Frederikshavn Kommunes beslutning af 17. april 2023 om at tildele kontrakten om delaftale 2 til KMD A/S.

Frederikshavn Kommune har anerkendt overtrædelsen i påstand 4 og har i øvrigt nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsen står der bl.a.:

”II.2) Beskrivelse

II.2.1) Betegnelse:

Økonomi- debitor samt Projekt- og ressourcestyring (delaftale 1)

Delkontraktnr.: 1

...

II.2.5) Tildelingskriterier

de nedenfor anførte kriterier

Kvalitetskriterium - Navn: Kvalitet / Vægtning: 75%

Pris - Vægtning: 25%

...

II.2.7) Varighed af kontrakten, rammeaftalen eller det dynamiske indkøbssystem

Varighed i måneder: 96

Denne kontrakt kan forlænges: ja

Beskrivelse af forlængelser:

2 x 24 måneder.

...

II.2) Beskrivelse

II.2.1) Betegnelse:

Løn- og vagtplansystem (delaftale 2)

Delkontraktnr.: 2

...

II.2.5) Tildelingskriterier

de nedenfor anførte kriterier

Kvalitetskriterium - Navn: Kvalitet / Vægtning: 75%

Pris - Vægtning: 25%

...

II.2.7) Varighed af kontrakten, rammeaftalen eller det dynamiske indkøbssystem

Varighed i måneder: 96

Denne kontrakt kan forlænges: ja

Beskrivelse af forlængelser:

2 x 24 måneder

...”

I udbudsbetingelserne af 24. oktober 2022 står der bl.a.:

”1.2 Opgavens omfang

Udbuddet er opdelt i 2 selvstændige delaftaler, hhv.

Delaftale 1: Økonomi, debitorsystem og Projekt- og Ressourcestyring

Delaftale 2: Løn- og vagtplansystem

Aftalerne indgås med én leverandør for hver delaftale. Der kan afgives tilbud på en eller begge de udbudte delaftaler.

1.3 Opdeling af udbuddet

Udbuddet er opdelt i 2 faser, hhv. prækvalifikation, tilbuds- og forhandlingsfasen.

Udbudsmaterialet består samlet set af følgende dokumenter, hvor der alene ved kontraktbilag sondres imellem de 2 forskellige delaftaler:

...

5. Aftalens omfang m.v.

5.1 Afgrænsning af aftalens omfang

Som anført i udbudsbekendtgørelsen består de efterspurgte leverancer i hovedtræk af følgende, hvor alt under punkt b-g skal leveres på begge 2 delaftaler:

a. En koncernløsning, bestående af hhv. økonomi, debitor- og projekt- og ressourcestyringssystem (delaftale 1), løn- og vagtplansystem (delaftale 2)

b. Levering af superbrugeruddannelse.

c. Implementering af systemerne som en servicebureauløsning – herunder projektledelse, konvertering, afprøvning, dokumentation og kvalitets sikring i forbindelse med ibrugtagning af systemerne

d. Vedligeholdelse, udvikling og løbende support

e. Tilbudsgiver skal etablere integration og snitflader til/fra andre systemer som anført i Kontraktbilag 2

f. Levering og vedligeholdelse af Dokumentation på dansk - brugervejledning skal være opbygget således, at den både kan anvendes som introduktion til systemerne og som opslagsværk. Brugervejledningen skal være en integreret del af Systemerne i form af situationsbestemt online-hjælp

g. Driftsafvikling. Kommunen ønsker alene tilbud på driftsafvikling via en servicebureauuløsning med leverandøren som hovedleverandør, uanset eventuel anvendelse af underleverandør vedrørende drift og serviceydelser

...

8. Tilbudspræsentation og Demonstration

...

Tilbudspræsentation

Generel præsentation af Tilbudsgivers tilbudte system ud fra vedhæftede Invitation til tilbudspræsentation. Præsentationen gennemføres med afsæt i de i invitationen anførte usecases og besvarelser heraf med det formål at præsentere kvaliteten af de tilbudte systemer, således at Tilbudsgivers besvarelse på kontraktbilag 2 og underbilag 2A-E i det skriftlige tilbud understøttes ved en visualisering. Kriterier for vurdering af kvalitet er beskrevet i punkt 11.

Tilbudspræsentationen gennemføres med henblik på vurdering af tildelingskriteriet ”Kvalitet”.

8.1 Demonstration

Demonstration af det tilbudte system vil være baseret på emnerne fra præsentationsmøderne. Demonstrationen gennemføres med henblik på vurdering af tildelingskriteriet ”Kvalitet”.

Formålet med Demonstrationen er således at afprøve Systemets kvalitet i faktiske arbejdssituationer i forhold til kriterierne for vurdering af kvalitet beskrevet i punkt 11. Demonstrationen anvendes således til at understøtte og verificere Tilbudsgivers besvarelse på kontraktbilag 2 og underbilag 2A-E i det skriftlige tilbud samt tilbudspræsentationen.

Demonstrationen skal gennemføres på den samme version af det tilbudte system, som er i drift hos andre kunder.

Alle Tilbudsgivers omkostninger i forbindelse med demonstrationen afholdes af Tilbudsgiver.

9. Proces for forhandling

Formålet med forhandling er dels at Tilbudsgiverne får adgang til at optimere sine tilbud, dels sikre at Tilbudsgiverne afgiver konditionsmæssige tilbud.

Det forventes, at der afholdes 1 forhandlingsrunde. Ordregiver forbeholder sig dog retten til at tildele de enkelte delaftaler på baggrund af de foreløbige tilbud uden gennemførelse af forhandlinger.

Der forbeholdes ret til kun at afholde forhandlingsrunde på foreløbige tilbud på den ene eller begge delaftaler.

9.1 Forhandlingsrunde 1

Medmindre Ordregiver vælger at tildele en eller begge delaftaler på baggrund af de indledende tilbud, gennemføres der et forhandlingsforløb som nedenfor beskrevet.

Det skal bemærkes, at der under forhandlingsforløbet kan ske mindre ændringer. I tilfælde af behov for ændringer vil de relevante parter blive informeret.

Forhandlingsforløbet vil gennemføres under iagttagelse af de udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipper.

Efter aflevering af det foreløbige tilbud vil Ordregiver invitere Tilbudsgiverne til parallelle forhandlingsmøder. Det specifikke tidspunkt for mødet vil blive fastlagt efter Ordregivers modtagelse af de foreløbige tilbud. I tidsplanen, jf. punkt 3, angives dog forventet periode for første forhandlingsrunde.

Hvis Ordregiver benytter sig af sin ret til at tildele delaftalerne på baggrund af de foreløbige tilbud uden gennemførelse af forhandlinger, vil Ordregiver sikre, at tilbuddene er konditionsmæssige, hvorfor ordregiver vil sikre, at tilbuddene overholder kravene fastsat i disse udbudsbetingelser og udbudsmaterialet i øvrigt. Ordregiver har mulighed for at tildele delaftalerne på baggrund af det foreløbige tilbud, og 1 Tilbudsgiver skal sørge for, at det foreløbige tilbud opfylder samtlige krav i udbudsmaterialet.

Tilbudsgiverne vil senest 1 uge efter fristen af aflevering af de foreløbige tilbud modtage orientering om, hvorvidt Ordregiver ønsker at gennemføre en forhandlingsrunde eller tildele på baggrund af de foreløbige tilbud

Såfremt Tilbudsgiver har forbedringsforslag til udbudsmaterialet eller identificerer krav, herunder aftalebestemmelser eller lignende, som forekommer uhensigtsmæssige, herunder forhold, som vurderes at kunne ud-

gøre væsentlige risiko- eller omkostningsfaktorer, opfordres Tilbudsgiver til at angive disse sammen med det indledende tilbud i et dokument betegnet Bilag X, hvor Ordregiver også har angivet nogle konkrete steder i udbudsmaterialet, hvor der ønskes tilbagemeldinger fra Tilbudsgiverne.

Tilbudsgiver bør i den forbindelse begrunde, hvorfor det/de pågældende forhold er identificeret som uhensigtsmæssige, ligesom Tilbudsgiver bør foreslå alternative hertil.

...

9.2 Spørgsmål under forhandlingsforløbet

Under hele forhandlingsforløbet kan Tilbudsgiver stille spørgsmål til Ordregiver gennem iBinder.

...

9.3 Foreløbigt tilbud

De foreløbige tilbud skal indeholde samme informationer som hvis det var Tilbudsgivers endelige tilbud, jf. punkt 8.

...

Det bemærkes, at der ikke kan forhandles eller ændres på mindstekrav

...

9.5 Eventuelle yderligere forhandlingsrunder

Ordregiver forbeholder sig retten til at afholde yderligere forhandlingsrunder, såfremt tilbagemeldingerne på forhandlingsmøderne skaber et behov herfor. Ordregiver sørger for at samtlige Tilbudsgivere varsles samtidigt om eventuelle yderligere forhandlingsrunder samt dagsorden for disse forhandlingsmøder

...

11. Tilbudsevaluering

De endelige tilbud evalueres på følgende punkter – gældende for de 2 delaftaler, som vil blive evalueret separat:

11.1 Tildelingskriterium og under- og delkriterier

Tilbud vurderes på baggrund af tildelingskriteriet ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. På denne baggrund træffes beslutning om tildeling af den enkelte delaftale.

Ordregiver vil anvende følgende underkriterier og delkriterier med den for hvert kriterium anførte vægt:

<i>Underkriterier og delkriterier</i>	<i>Vægtning i procent</i>
1. Pris Kontraktbilag 3: Samlet kontraktsum - engangs- og årlige driftsomkostninger i kontraktperioden inkl. option på 2 x 12 mdrs. forlængelse.	25 %

<p>2. Kvalitet</p> <ul style="list-style-type: none"> Generelle Krav vedr. teknisk kvalitet, implementering og sikkerhed. Flg. kontraktbilag indgår i vurderingen: Kontraktbilag 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 og 13. Underopdeling af vægtningen for de 2 delaftaler fremgår af pkt. 12.1. Kvalitet/funktionalitet Kontraktbilag 2 - underbilag 2A-2E - <u>Use-cases</u> Underopdeling af vægtningen pr. delaftale fremgår af pkt. 12.2 	<p>75 %</p> <p>Delvægte:</p> <p>20 %</p> <p>80 %</p>
--	---

Beskrivelser af, hvad der vil blive vurderet positivt ved evaluering af tilbudsbesvarelsenerne, fremgår af Kontraktbilagene.

Der gøres opmærksom på, at Tilbudspræsentation og Demonstration ikke indgår som selvstændige konkurrenceparametre, men de har som beskrevet i punkt 8 til formål at understøtte, visualisere samt give mulighed for verificering af det skriftlige tilbud i forhold til underkriteriet "Kvalitet".

Information og forhold, som fremkommer om indholdet af den tilbudte løsning i forbindelse med Demonstrationerne vil i stedet indgå i tilbuds-vurderingen i forhold til delkriteriet "Kvalitet" sammen med det skriftlige tilbud. Tilbudsgiver opfordres derfor til at sikre, at der er overensstemmelse mellem den skriftlige beskrivelse af systemernes funktioner mv. og de faktiske funktioner mv., der kan efterprøves ved Demonstrationerne. Det er Tilbudsgivers risiko, at beskrivelserne er retvisende, og det vil trække ned i vurderingen, såfremt det ved Tilbudspræsentation eller Demonstrationerne konstateres, at en funktionalitet er mindre funktionsdygtig end beskrevet i det skriftlige tilbud.

11.2 Evalueringsmodel

I henhold til ovenstående skema med underkriterier og delkriterier vil der blive givet en samlet score på underkriteriet "Pris" ganget med 0,25 svarende til vægtning på 25 %, en samlet score på underkriteriet "Kvalitet" ganget med 0,75 svarende til en vægtning på 75 %.

Det tilbud der opnår den højeste samlede score vil dermed udgøre det økonomiske mest fordelagtige tilbud i forhold til tildelingskriteriet "bedste forhold mellem pris og kvalitet".

Den Tilbudsgiver, der samlet set opnår den højeste pointsum, altså point lagt sammen for både pris og kvalitet, vil anses for at have afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Point bliver afrundet til 2 decimaler.

Karakterer fra 0-10 jf. karakterskalaen pkt, 13, afgives med 2 decimaler

12. Underkriteriet ”Pris”

Ved vurderingen af tilbuddenes pris anvender Ordregiver en pointskala fra 0-10.

Primær pointmodel

Underkriteriet ”Pris” vurderes på grundlag af den opgjorte evalueringstekniske total sum.

Ordregiver vil anvende en pointmodel, hvor pris bliver omregnet til point på en skala fra 0 til 10.

Ordregiver vil tildele tilbuddet med den laveste tilbudte pris 10 point, mens et tilbud, der er 100% dyrere end det laveste tilbud tildeles 0 point.

...

13. Underkriteriet ”Kvalitet”

Ved vurderingen af tilbuddenes kravbesvarelser for ”Kvalitet” anvender ordregiver en absolut model med en pointskala fra 0-10.

Skalaen beskrives som følger:

<i>Grad af understøttelse af Ordregivers behov</i>	<i>Point</i>
<i>I meget høj grad</i>	10
<i>Meget tilfredsstillende kravopfyldelse</i>	9
<i>I høj grad og tilfredsstillende</i>	8
<i>Tilfredsstillende og god kravopfyldelse</i>	7
<i>Neutral</i>	6
<i>Tilfredsstillende og en jævn kravopfyldelse</i>	5
<i>I ringe grad</i>	4
<i>Mindre tilfredsstillende kravopfyldelse</i>	3
<i>Utilfredsstillende</i>	2
<i>Meget svag kravopfyldelse</i>	1
<i>Slet ikke</i>	0

13.1 Kravbesvarelse i Kontraktbilagene samt underbilag 2A-2E – gældende for delaftale 1 og 2.

Ordregiver anvender følgende typer af krav i Kontraktbilagene, inkl. use-cases.

- Nummererede krav, hvoraf nogle er markeret som mindstekrav.
- Info-krav (nummererede, og ønsker Tilbudsgivers uddybende beskrivelser).
- Use-cases i underbilag 2A-2E.

Om nummererede funktionskrav i Kontraktbilag 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 og 13.

Nummererede funktionskrav er alle anført med kravnummer og kravtekst og de skal besvares i følgende skematik:

Kode	Beskrivelse

Kolonnen ”Beskrivelse” skal udfyldes af Tilbudsgiver og indeholde Tilbudsgivers uddybning af kodebesvarelsen og den hertil hørende kravopfyldelse.

Om info-krav i Kontraktbilag 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 og 13.

Info-krav består af en beskrivelse af Ordregivers oplæg til krav og visioner for et bestemt kravområde og Tilbudsgivers besvarelse og forslag til løsning. I nedenstående svarboks besvarer Tilbudsgiver sit forslag/beskrivelse som samlet set indgår i vurderingen. Kode-angivelsen angiver alene om info-kravet er besvaret (kode 1) eller ikke (kode 3).

Info-krav vil blive vurderet sammen med de øvrige funktionelle krav til en, samlet karakter jf. afsnit 12.

...

Om use-cases

Arbejdsopgaver, der skal understøttes af den kommende løsning, er beskrevet i en række use-cases i underbilag 2A-E.

En use-case er en struktureret beskrivelse af en arbejdsopgave og løsningens understøttelse heraf.

Opgaven beskrives i delopgaver, der som udgangspunkt beskriver en kronologisk og logisk rækkefølge af de enkelte delopgaver i opgaven.

Til de enkelte delopgaver kan der være en eller flere uddybninger i højre kolonne. Det er vigtigt at bemærke, at selv om delopgaverne beskrives i en bestemt rækkefølge, kan der være behov for at kunne variere rækkefølgen.

Tilbudsgiver skal angive besvarelser og beskrivelser, der gør Ordregiver i stand til at:

- Vurdere om løsningen imødekommer Ordregivers krav.
- Vurdere om løsningen understøtter opgaven, og at de afledte krav er opfyldt.
- Vurdere effektiviteten i løsningens opgavestøtte på forretningsgangsniveau.

Use-cases kan have et varieret detaljeringsniveau. Nogle dækker over store og komplekse forretningsgange, mens andre, set i et systemmæssigt perspektiv, dækker over et mindre funktionsområde.

At use-cases, der dækker et begrænset funktionsområde, alligevel er medtaget, skal ses som udtryk for, at Ordregiver ønsker en løsning, der dækker hele den sagsgang, som er på området.

Bemærk, at der ikke er lavet use-cases for alle de arbejdsopgaver, der skal varetages i en fremtidig løsning. Målet er, at der er udarbejdet use-cases for:

- De hyppigste opgaver.
- De mest tidskrævende opgaver.
- Særlig kritiske og vanskelige opgaver.

...

13.2 Kodebesvarelse af funktionskrav i Kontraktbilag 1-13 og use-cases ved besvarelse af funktionskrav i kontraktbilagene og use-cases i kravspecifikationen, skal anvendes følgende koder for besvarelse:

Kode	Betydning af koden
1:	<i>Funktionalitet/kravopfyldelse er indeholdt i den tilbudte leverance på tidspunktet for tilbuddets afgivelse.</i>
2:	<i>Kræver tilretning og/eller udvikling, omkostninger hertil er indeholdt i prisen for den tilbudte leverance. Kravopfyldelse foreligger senest på tidspunktet for påbegyndelse af uddannelse (inden overtagelsesprøve), i henhold til tidsplanen.</i>
3:	<i>Opfyldelse er ikke indeholdt i den tilbudte leverance.</i>

Kravene ønskes så vidt muligt besvaret med én kodeangivelse. Tilbudsgiver kan dog i særlige tilfælde anføre kombinationer koder, fx 1/2, 1/3, 2/3 svarende til ”løst delvist” – men kombinationen skal være ledsaget af en fyldestgørende forklaring på hvad der ligger bag kombinationen, dvs. hvilken del af kravet er opfyldt med henholdsvis kode 1, 2 og 3.

14. Vurdering og evaluering af underkriteriet Kvalitet

I vurdering af underkriteriet kvalitet indgår henholdsvis kravopfyldelsen angivet med kode 1, 2 eller 3, samt den uddybende, skriftlige besvarelse i Kontraktbilag 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 og de til Kontraktbilag 2 hørende underbilag 2A-2E. (Bemærk: Kontraktbilag 3 indgår ikke her, men i det andet underkriterium vedr. pris).

I den samlede vurdering af underkriteriet, kvalitet indgår endvidere evaluering og dokumentation for den tilbudte kravopfyldelse i forbindelse

med gennemførelse af henholdsvis tilbudspræsentation og efterfølgende demonstration.

I Kontraktbilag 2 inkl. underbilag 2A-E (use-cases) lægges der vægt på funktionalitetstilstedeværelse forstået som graden af kravopfyldelse på tilbudstidspunktet (besvaret med kode 1) og ved uddannelsesstart inden overtagelse (besvaret med kode 2), således at en tidligere tilstedeværelse af funktionalitet ved tilbudsafgivelsen vurderes at være bedre end en senere kravopfyldelse.

Det skal anføres, at to Tilbudsgiveres besvarelser af samme krav med samme kode ikke nødvendigvis vurderes ens, idet bedømmelsen af tilhørende løsningsbeskrivelser og den heri liggende belysning af løsningens funktionalitet ligeledes har betydning.

Generelt gælder, at jo højere grad af kravopfyldelse baseret på henholdsvis kode for kravbesvarelse inklusive dokumentation, gennemførelse af tilbudspræsentation samt demonstration, jo mere positiv en vurdering vil der opnås.

Vægtning af underkriteriet kvalitet på 75 % underopdeles i 2 grupper henholdsvis:

1. Vurdering af kontraktbilag 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 vedr. Generelle Krav/ teknisk kvalitet, implementering, og sikkerhed gældende for de 2 delaftaler – vægter 20 %:

I følgende kontraktbilag afgives én samlet karakter efter følgende model: Kontraktbilag 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9,10, 11, 12, og 13: Her afgives **1** karakter pr. kontraktbilag.

Kontraktbilag 2: Her afgives én karakter pr. flg. afsnit og kravnumre:

a) 2.1: Indledning

Krav 3

Overordnede mål

b) 2.2: Generelle krav

Krav 4-30, infokrav3-11

c) 2.3: Leverandørens og Frederikshavn Kommunes driftsmiljø

d) 2.4: Integration og udveksling af data

Afsnit 2.4.1

e) 2.5: Nuværende løsninger, mængder og dimensionering.

Det skal her anføres, at to Tilbudsgiveres besvarelser af samme kravnumre med samme kode ikke nødvendigvis vurderes ens, idet bedømmelsen af den tilhørende beskrivelse og dens belysning af løsningens funktionalitet ligeledes har betydning.

Den sammenvejede vurdering af de angivne karakterer for de generelle krav indgår i den samlede vurdering af Kvalitet med den angivne vægt.

2. Vurdering af underbilag 2A-2E – use-cases opdelt i delaftale 1 og 2 – vægter 80 %:

Vurdering af funktionalitet ud fra kodebesvarelsen og beskrivelser i use-cases gennemføres efter samme metodik som ovenfor nævnt.

Der afgives en samlet karakter pr. use-case.

Den foretagne vurdering pr. delsystem/delaftale sammenvejes til en samlet vurdering via følgende vægte:

Delaftale 1 – underbilag 2A, 2B og 2C:

- Økonomisystem – 80%

De 80 % på økonomiområdet vægtes herudover i følgende grupperinger:

1. Use case 2 og 9: 40 % (20% hver)
2. Use case 7: 15 %
3. Use-case 1 og 3: 20% (10% hver)
4. Use-case 4, 5, 6, 8, 10: 25% (5% hver)

- Debtorsystem – 15%

De 15 % på debitorområdet vægtes herudover i følgende grupperinger på debitorområdet:

1. Use case 1-10, 12-14, 22: 80 % (5,71% hver)
2. Use case 17, 18 og 20: 10 % (3.33% hver)
3. Use-case 11, 15, 16, 19, 21, og 23: 10% (1,67% hver)

- Projekt- og ressourcestyringsystem – 5%

De 5 % på projekt- og ressourcestyringsområdet vægtes herudover i følgende grupperinger på debitorområdet:

1. Use-case 1: 25%
2. Use-case 2 og 4: 20% (10% hver)
3. Use-case 3 og 5: 40% (20% hver)
4. Use-case 6: 15%

Delaftale 2 – underbilag 2D og 2E:

- Lønssystem – 75 %.

De 75 % vægtes herudover i følgende 2 grupperinger på lønområdet:

1. Use case 1: 15%
2. Use case 9 og 16: 20 % (10% hver)
3. Use-case 10 og 11: 16% (8% hver)
4. Use-case 4-6, 17, 19: 25% (5% hver)
5. Use-case 2 og 15: 8% (4% hver)
6. Use-case 3, 7, 8, 18: 12% (3% hver)
7. Use-case 12-14, og 20: 4% (1% hver)

- Vagtplansystem – 25 %.

De 25 % vægtes med 100 % for use-case 1
Denne sammenvejede vurdering af de opstillede use-cases indgår i den samlede vurdering af Kvalitet.”

Af bilag A til udbudsbetingelserne om gennemførelse af tilbudspræsentationen fremgår bl.a.:

”2. Formål med tilbudspræsentationen

Formålet med at gennemføre tilbudspræsentationerne er at præsentere det afgivne tilbuds kvalitet og den tilbudte kravopfyldelse for hhv. projekt- og arbejdsgrupperne.

...

4. Præsentationens indhold

Tilbudspræsentationen skal - efter den overordnede gennemgang – omhandle nedenstående emner fra Underbilag 2D og 2E use-cases) i relation til tilbudsgivers besvarelse heraf.

...”

Af bilag B til udbudsbetingelserne om gennemførelse af demonstrationen fremgår bl.a.:

”Formål:

Formålet med afholdelse af demonstrationen er at verificere kravopfyldelsen i tilbuddet som anført i udbudsbetingelsernes pkt. 8.

...”

Af ”Bilag til kontrakt mellem Frederikshavn Kommune... om Levering af en koncernløsning vedr. økonomi, debitor- og projekt og ressourcestyringssystem (delaftale 1), løn- og vagtplansystem (delaftale 2)”, ”Bilag 2. Kravs-specifikation”, fremgår bl.a.:

”2.2 Generelle krav

2.2.1 Mindstekrav – Liste over mindstekrav

Nedenstående krav nr. a – t er mindstekrav.

BEMÆRK: Mindstekrav angiver, at der er tale om et krav, der skal opfyldes af Leverandøren. Leverandøren kan således i sit tilbud ikke tage forbehold overfor mindstekrav eller på anden vis tage forbehold for anførte mindstekrav.

...

[c]

Leverandøren skal varetage det lovmæssige vedligehold. Leverandøren er ansvarlig for, at Systemet overholder gældende lovgivning med relevans for systemet, herunder Lov om tilgængelighed af offentlige organers websteder. Hvis lovgivningen ændrer sig, skal Leverandøren sørge for, at Systemet lever op til de ændrede krav, når den nye lovgivning træder i kraft.

...

[d]

Systemet skal understøtte Frederikshavn Kommunes overholdelse af databeskyttelseslovgivningen, samt anden til enhver tid gældende lovgivning, forskrifter og bekendtgørelser vedrørende datasikkerhed, herunder men ikke begrænset til kravene til logning.

...

[f]

Leverandøren skal sætte Systemet i drift med konverterede data fra Frederikshavn Kommunes nuværende system hvor dette er relevant.

...

[i]

Frederikshavn Kommune skal kunne sikkerhedspatche sin infrastruktur og sine programmer efter behov (fx styresystemer og browsere). Leverandøren skal tilpasse systemet således, at evt. opståede fejl i systemet, som følge heraf, bliver rettet.

...

[p]

Leverandøren skal tilbyde en bruger- og adgangsstyring

...

[t]

Leverandøren skal tilbyde mulighed for at udtrække data fra Systemet til brug for bl.a. Frederikshavn Kommunes BI-løsning.”

Kommunen modtog indledende tilbud fra KMD på delaftale 1 og fra EG og fra KMD på delaftale 2.

For delaftale 1 blev der gennemført forhandlingsmøder med KMD henholdsvis den 6. februar 2023 og den 20. marts 2023.

For delaftale 2 blev der gennemført forhandlingsmøder med KMD og EG den 6. februar 2023.

Af referat fra forhandlingsmødet den 6. februar 2023 med EG fremgår bl.a.:

”Opsamling og orientering om det videre forløb incl. tidsplan v/ Niels Erik og Morten

Referat:

NEK orienterede om den videre proces, herunder tidsplan for den videre proces. Fremsendelse af nyt udbudsmateriale d. 8. februar med en tilbudsfrist d. 1. marts. Forventet afgørelse primo april”

Tilrettet udbudsmateriale og oplysning om ny tilbudsfrist blev i overensstemmelse hermed offentliggjort for tilbudsgiverne den 8. februar 2022.

EG indleverede nyt tilbud, som var betegnet ”Endeligt tilbud”.

Efter en henvendelse fra EG har Frederikshavn Kommune den 13. april 2023 oplyst bl.a.:

”Vedr. Delaftale 1 Økonomi- Debitor samt Projekt- og ressourcestyring og Delaftale 2 Løn- og Vagtplansystem, så er systemerne udbudt i to individuelle delaftaler, som skal betragtes som to selvstændige og individuelle udbud, der i udbudsprocessen behandles individuelt. Det har gjort det muligt at afholde endnu en forhandlingsrunde særskilt på delaftale 1, hvilket har været nødvendigt og formålstjenligt. Frederikshavn Kommune har ikke vurderet, at det var værdiskabende at afholde flere forhandlingsrunder på delaftale 2.”

Den 17. april 2023 meddelte kommunen EG, at det var besluttet at tildele delaftale 2 til KMD. Af meddelelsen fremgår bl.a.:

”På det samlede kvalitetskriterie – 75%, har EG/SD opnået i alt 5,71 vægtede point ud af 10 mulige hvilket er 0,45 vægtede point lavere end det bedste tilbud.

...

På kriteriet pris er EG/SD tildelt 2,33 vægtede point, som er laveste pointantal. Bedste tilbud har dermed opnået et vægtet pointantal på 2,50.

Prisen er udregnet således:

Etableringsvederlag	550.000,00
Afklaringsfase	220.000,00
Klippekort – 250 konsulenttimer	275.000,00
Det samlede vederlag for årene 2024-2031	14.504.064,00
Optionsår – 4 x 12 mdr. forlængelse 2032-2035	7.252.032,00
Evalueringspris (incl. optionsår)	22.801.096,00

...

EG/SD har således samlet på kvalitet og pris opnået en vægtet score på 8,04 point ud af 10 mulige, hvilket er 0,62 vægtede point lavere end det bedste tilbud.

En uddybning af evalueringsresultatet vedr. kvalitet for EG/SD's tilbud er vedhæftet som bilag, hvori der også fremgår en samlet helhedsbetragtning/begrundelse for hver karakter vedr. hhv. generelle krav som for use-casene som relaterer til pointskalaen 0-10.”

Det omtalte bilag var ikke vedlagt, men blev eftersendt den 25. april 2023. På EGs anmodning blev standstill fristen af den årsag og som følge af en anmodning om aktindsigt forlænget for delaftale 2 flere gange.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

EG har gjort gældende, at Frederikshavn Kommune har anvendt en evalueringsmodel for underkriteriet ”kvalitet”, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, da den er baseret på en uklar angivelse af, hvad der konkurreres på, samt en mangelfuld beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen.

Der er ikke i udbudsmaterialet en nærmere beskrivelse af, hvordan udbudsbetingelsernes punkt 14 skal forstås. Det fremgår heller ikke af kommunens meddelelse af 17. april 2023 om resultatet af evalueringen, hvordan kommunen har beregnet det samlede antal vægtede point, herunder hvordan beregningen af vægtede point for henholdsvis kontraktbilagene, som vægter 20 % af den samlede kvalitetsvurdering, og beregningen af use-casene, som vægter 80 % af den samlede kvalitetsvurdering, er foretaget.

EG har foretaget en kontrolberegning af de tildelte vægtede point og har i den forbindelse identificeret tre mulige beregningsmetoder, som giver tre forskellige resultater, hvoraf ingen stemmer overens med det resultat, som kommunen har oplyst.

At der er forskellige resultater skyldes, at evalueringsmodellen ikke er klart beskrevet og derfor kan forstås på flere måder.

Den første uklarhed består i, hvordan point for den første gruppe (delkriterie 1) skal beregnes. Det er i den forbindelse uklart, hvorvidt kontraktbilag 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 skal beregnes samlet, eller om kontraktbilag 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 og bilag 2 skal beregnes hver for sig.

Det fremgår af delkriterie 1 i udbudsbetingelserne, at der for kontraktbilag 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, og 13 ”afgives én samlet karakter”. Dette kan forstås sådan, at der skal beregnes en form for gennemsnit af de tildelte point for de oplyste kontraktbilag.

Herudover fremgår det, at ”kontraktbilag 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9,10, 11, 12, og 13: Her afgives 1 karakter pr. kontraktbilag” og ”kontraktbilag 2: Her afgives én karakter pr. flg. afsnit og krav-numre...”. Det fremgår ikke videre, hvordan denne såkaldte samlede karakter skal beregnes.

Det fremgår afslutningsvist af delkriterie 1, at ”den sammenvejede vurdering af de angivne karakterer for de generelle krav indgår i den samlede vurdering af Kvalitet med den angivne vægt.” Det fremgår ikke nærmere, hvad der skal forstås ved den sammenvejede vurdering. Det fremgår heller ikke, hvordan den sammenvejede vurdering skal beregnes.

Ved de kontrolberegninger, som EG har foretaget, svinger resultatet fra 8,06 point til 8,72 point.

I den første er point beregnet som et gennemsnit af de point, som kommunen har tildelt kontraktbilag 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13. I den anden er der i første omgang beregnet et gennemsnit af de point, som kommunen har tildelt kontraktbilag 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13. Herefter er beregnet et gennemsnit af det først beregnede gennemsnit og pointet for kontraktbilag 2.

Begge de anvendte beregningsmetoder kan rummes inden for ordlyden af delkriterie 1.

Den anden uklarhed består i, hvordan beregningen af point vedrørende vurdering af underbilag 2A-2E – use-cases (delkriterie 2) skal forstås.

Det fremgår af delkriterie 2, at ”vurdering af funktionalitet ud fra kodebesvarelsen og beskrivelser i use-cases gennemføres efter samme metodik som ovenfor nævnt. Der afgives én samlet karakter pr. use-case.”

Herudover fremgår det af delkriterie 2, at ”den foretagne vurdering pr. delsystem/delaftale sammenvejes til en samlet vurdering” via nærmere angivne vægte.

Det fremgår afslutningsvist, at ”denne sammenvejede vurdering af de opstillede use-cases indgår i den samlede vurdering af Kvalitet.”

Beskrivelsen kan forstås sådan, at der skal beregnes en form for gennemsnit af de tildelte point for de oplyste use-cases. Det fremgår dog ikke, hvad der nærmere skal forstås ved den sammenvejede vurdering. Det fremgår heller ikke, hvordan den sammenvejede vurdering skal beregnes, således at der tages hensyn til de angivne vægte samt indbyrdes vægte mellem de oplyste use-cases.

Ved de kontrolberegninger, der er foretaget af EG, svinger resultatet fra 4,47 point til 7,59 point.

I den første beregning er der indledningsvist taget højde for de angivne vægte for underkriteriet kvalitet. Herefter er der taget højde for de angivne vægte for delkriterierne, dernæst for del-delkriterierne osv.

I den anden beregning indgår de tildelte point for de enkelte use-cases direkte med den angivne indbyrdes vægtning. Herefter er der beregnet et gennemsnit af de vægtede point. Eksempelvis fremgår den indbyrdes vægtning for use-case ”3, 7, 8 og 18: 12 % (3% hver)”. Det angivne point på 9 for use-case 3 opnår således et vægtet point på 0,27 (3 % af 9 point).

Begge de beskrevne beregningsmetoder kan rummes inden for ordlyden af udbudsbetingelserne.

En tilbudsgiver kan typisk gøre sit tilbud mere konkurrencedygtigt ved at tilbyde en lavere pris eller ved at tilbyde en bedre kvalitet, men i dette tilfælde, hvor underkriteriet kvalitet er uklart beskrevet og kan forstås på flere måder, er evalueringsmodellen ikke gennemsigtig for en tilbudsgiver. Det er tilsvarende ikke gennemsigtigt, hvorledes bedre kvalitet giver fordele for tilbudsgiver i den samlede evaluering, og dermed hvorledes tilbudsgiver kan optimere sit tilbud bedst muligt i forhold til den oplyste evalueringsmodel.

Den evalueringsmodel, der er beskrevet, er derfor ikke gennemsigtig, og derfor i strid med udbudslovens § 2 og udbudslovens § 160.

Frederikshavn Kommune har gjort gældende, at den evalueringsmodel, som kommunen har anvendt for underkriteriet ”kvalitet”, er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Modellen er baseret på en klar angivelse af, hvad der konkurreres på, og indeholder en fyldestgørende beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen.

Der kan ikke være nogen berettiget tvivl om, hvorledes evalueringen skal forstås i henhold til udbudsmaterialet, ligesom evalueringen er gennemført i overensstemmelse med netop udbudsmaterialets retningslinjer.

Den evalueringsmetode, der er beskrevet i udbudsmaterialet, angiver, hvilket tildelingskriterie, hvilke underkriterier, hvilke delkriterier samt hvilke del-delkriterier der anvendes i udbuddet. Den angiver, hvilken vægtning der anvendes for underkriteriet kvalitet, hvilken vægtning der anvendes for delkriteriet ”Generelle krav/teknisk kvalitet, implementering og sikkerhed”, hvilken vægtning der anvendes for delkriteriet ”Kvalitet/funktionalitet – Use-cases”, og hvilken undervægtning der anvendes for de enkelte use-cases med både nummerering af de enkelte use-cases samt disses vægtning. Den angiver, at den valgte evalueringsmodel er en pointmodel, samt hvilken pointskala der benyttes, og hvilke ”ord” der knyttes til de enkelte point, der kan opnås efter den anvendte pointskala. Den angiver eventuelle formler, der anvendes som led i evalueringen af de indkomne tilbud. Den giver klare instruktioner til tilbudsgiver med beskrivelse af, hvordan besvarelser skal udformes eller udfyldes. Den angiver, hvilke kravbesvarelser der er gældende for hvilke delaftaler. Den angiver, hvilke kravkategorier der er anvendt i udbuddet, og hvorledes disse skal besvares/anvendes for hvert delkriterie. Den angiver, hvilke besvarelser der indgår i evalueringen af underkriteriet kvalitet samt de tilhørende delkriterier og del-delkriterier. Den angiver, hvad Frederikshavn Kommune vil lægge vægt på i forbindelse med evalueringen af tilbudsgivernes kravbesvarelser, herunder at det er ”Grad af understøttelse af Ordregivers behov”, som pointskalaen bygger på. Den angiver, hvilke ”krav” tilbudsgivernes besvarelser skulle holdes op i mod, forstået som Frederikshavn Kommunes behov/forventninger til de tilbudte systemers kvalitet. Den angiver særligt vedrørende use-cases, hvad evalueringen vil lægge vægt på, og at der lægges vægt på ”graden af kravopfyldelse på tilbudstidspunktet” og ”ved uddannelsesstart inden overtagelse”. Den angiver, at ”Generelt gælder, at jo højere grad af kravopfyldelse baseret på henholdsvis kode for kravbesvarelse inklusive dokumentation, gennemførelse af tilbudspræsentation

samt demonstration, jo mere positiv en vurdering vil der opnås”. Den angiver, at det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 14, at der gives 1 karakter pr. kontraktbilag for kontraktbilag 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 og 13, 1 karakter ”pr. flg. afsnit og kravnumre” i kontraktbilag 2, 1 karakter ”pr. use-case”. Og den angiver, at det er de sammenvejede vurderinger, der indgår i den samlede vurdering af kvalitet.

Frederikshavn Kommune har dertil entydigt angivet, hvad der tillægges betydning i forbindelse med evalueringen af de enkelte under-, del- og del-del-kriterier.

EG har ikke kunnet være i tvivl om, at det overordnet set var graden af kravopfyldelse med udgangspunkt i kodeangivelserne, beskrivelser, tilbudspræsentation/demonstration, der ville blive tillagt betydning, når Frederikshavn Kommune skulle tildele karakterer for de kvalitative elementer i tilbudsgivernes tilbud.

Frederikshavn Kommune har netop – og alene – lagt vægt på kravopfyldelsen for de afgivne tilbud.

EGs egne beregninger bestrides som udokumenterede.

Frederikshavn Kommune har givet 1 karakter pr. kontraktbilag for kontraktbilag 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 og 13 og 1 karakter ”pr. flg. afsnit og kravnumre” i kontraktbilag 2. Hver karakter har haft den samme vægtning, hvorfor hver karakter herefter er vægtet lige med de øvrige karakterer givet for de enkelte kontraktbilag og/eller afsnit og kravnumre.

Hver karakter er givet med udgangspunkt i Frederikshavn Kommunes kvalitative skøn af kravopfyldelsen og under inddragelse af de elementer fra tilbudsbesvarelsen, som Frederikshavn Kommune har anført at ville inddrage.

Dernæst er de vægtede point blot lagt sammen til en samlet karakter (sammenvejning) og ikke som anført af EG opgjort ud fra et gennemsnit eller lignende.

Det har ikke været uklart, hvordan point vedrørende delkriteriet ”Kvalitet/funktionalitet – Use-cases” skulle beregnes. Der er således givet 1 karakter ”pr. use-case”. Da de enkelte use-cases har forskellige vægte (oplyst i

udbudsbetingelserne), vægtes de enkelte point pr. use-case. Herefter er der sket en simpel sammenlægning af de vægtede karakterer for use-cases.

Da de enkelte use-cases relaterer sig til to forskellige del-delkriterier med en vægtning på henholdsvis 75 og 25 %, er de sammenlagte karakterer undergået en yderligere vægtning (75/25), hvorefter der sker en ny sammenlægning af de nu vægtede samlede karakterer.

De vægtede samlede karakterer er herefter overført til de samlede karakterer, hvorefter de kvalitative karakterer blev vægtet med først vægtningen pr. delkriterie og herefter vægtningen for det relevante underkriterie.

Til slut er de vægtede karakterer lagt sammen med den vægtede karakter/point for pris, og tilbuddets samlede vægtede karaktertal/pointtal har afgjort, hvilket tilbud der kunne identificeres som tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Den gennemførte karaktergivning, beregning af de vægtede karakterer og efterfølgende sammenlægninger er udtryk for en/den naturlige læsning og forståelse af evalueringsmetoden, hvorfor Frederikshavn Kommune ikke har overtrådt udbudslovens § 160 og/eller ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Det er desuden ikke et krav efter udbudslovens § 160 eller § 2, at man skal kunne læse ordret af den beskrevne evalueringsmetode, hvorledes Frederikshavn Kommune ville behandle de vægtede karakterer, forstået som, at Frederikshavn Kommune ville foretage en simpel sammenlægning af disse, eller at Frederikshavn Kommune ville beregne et gennemsnit af disse.

Frederikshavn Kommune havde dog netop oplyst, at kommunen ville lægge de afgivne og vægtede karakterer sammen, idet kommunen konsekvent har brugt betegnelsen sammenvejning eller sammenvejede om sin håndtering af de vægtede karakterer.

Hvis det skulle have fremgået (tydeligere) af evalueringsmodellen, at Frederikshavn Kommune ville lægge de vægtede point sammen og ikke beregne et gennemsnit af disse, medfører dette ikke, at evalueringsmodellen skal tilside-sættes, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af den 26. februar 2019, Jydsk Emblem Fabrik A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse.

Ad påstand 2

EG har gjort gældende, at Frederikshavn Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 2, idet en række af de angivne mindstekrav i kravspecifikationen, kontraktbilag 2 til udbudsmaterialet, herunder de nedenfor nævnte mindstekrav, er i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, da kravene har et subjektivt og skønsmæssigt præg og dermed ikke er egnede som mindstekrav, ligesom der er brugt uklare mindstekrav, som på samme måde ikke er egnede.

Det følger af praksis fra Klagenævnet for Udbud, at mindstekrav ikke må have et skønsmæssigt præg.

Mindstekrav skal være præcist formulerede, og vurderingen af, om det tilbudte lever op til mindstekravene, må ikke bero på ordregiverens skøn. Egnede mindstekrav forudsætter således, at ordregiveren fastlægger nogle objektive krav.

Det er ordregiver, der har ansvaret for, at der i udbudsmaterialet etableres den fornødne entydighed i forhold til mindstekravene, og hvis denne entydighed ikke etableres, er kravene, kravspecifikationen og udbudsmaterialet i sin helhed, og efter deres beskaffenhed, uegnet til at danne ramme for afgivelse af tilbud og tildeling af kontrakten.

Det skønsprægede element ses bl.a. af, at indholdet af en række af de stillede mindstekrav ikke er udtømmende, idet flere krav indeholder en ikke-udtømmende opremsning af kravindholdet.

En række af mindstekravene indeholder ordene ”herunder” eller ”fx”, som en del af det materielle indhold i mindstekravet. Sådanne ord i et mindstekrav er anvendt i en hensigt om at fastlægge et ikke-udtømmende og skønsmæssigt indhold.

For en række mindstekrav gælder, at de efter deres beskaffenhed er relative, skønsmæssige og uegnede til at danne ramme for afgivelse af tilbud, hvilket udgør en overtrædelse af gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2.

Særligt ad mindstekrav c bemærkes, at et krav om, at systemet skal overholde ”gældende lovgivning” af ”relevans” for systemet, i tillæg af ordet ”herunder”, bevirker, at mindstekravet er relativt og skønsmæssigt.

Særligt ad mindstekrav d bemærkes, at et krav om, at systemet også skal overholde en ”anden til enhver tid gældende lovgivning”, og at det eksempelvis kan være ”kravene til logning”, indebærer, at kravet vil kunne udstrækkes til også at omfatte anden, unævnt og måske endnu ikke kendt lovgivning, forskrifter og bekendtgørelser vedrørende datasikkerhed, som systemet skal kunne understøtte overholdelse af, såfremt det er af ”relevans” for systemet. Kravet indeholder dermed adskillige uklare elementer og er dermed relativt, skønsmæssigt.

Mindstekrav f indebærer, at det vil bero på en relativ og skønsmæssig vurdering, hvordan og hvornår leverandøren skal sætte systemet i drift med et uafklaret og ikke-udtømmende anført omfang af konverterede data. Kravet om, at dette skal ske, ”hvor dette er relevant”, har bidraget yderligere til uklarheden.

Mindstekrav i indebærer et uklart niveau for tilpasninger i systemet, idet omfanget heraf efterlades uomtalt. Tillige vil mindstekravet omfatte styresystemer og browsere, men ved tilføjelsen af ”fx” tydeliggøres det, at det også kan være noget andet og ikke nærmere omtalt, som leverandøren vil skulle forholde sig til. Kravet efterlader betydelig tvivl om omfanget.

Mindstekrav p indebærer et uklart og ikke tydeligt defineret omfang af bruger- og adgangsstyring. Funktionaliteter til bruger- og adgangsstyring kan være komplekse og kan it-teknisk sammensættes på mange forskellige måder i et moderne it-system. Det forhold, at omfanget af denne funktionalitet ikke er kravstillet tydeligere, indebærer, at mindstekravet efter sin beskaffenhed er relativt, skønsmæssigt og uegnet.

Mindstekrav t indebærer et uklart og ikke defineret omfang af udtræksmuligheder, som ”bl.a.” skal kunne leveres til brug for kommunens BI-løsning. Som formuleret kan det imidlertid også være til andre unævnte løsninger.

Frederikshavn Kommune har gjort gældende, at mindstekrav c, d, f, i, p og t ikke har en relativ, subjektiv og skønsmæssig karakter, der er i strid med ud-

budsloven. De er desuden ikke uklare eller uegnede. Frederikshavn Kommune har således ikke handlet i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, og mindstekravene er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Det følger af klagenævnets praksis, at det ikke er ethvert skøn, som medfører, at et mindstekrav er uegnet. Det følger endvidere af fast klagenævnspraksis, at kravene må forstås, som en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver ville forstå dem.

Udbudsgrundlaget har været det samme for alle tilbudsgivere, og de uklarheder, som EG påstår er til stede, kan derfor ikke antages at have påvirket konkurrencen.

Selv hvis ét eller flere af de pågældende mindstekrav var (for) skønspregede og/eller uklare, har dette ikke haft nogen konkret betydning, og udbudsgrundlaget har derfor heller ikke konkret været uegnet, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 8. april 2019, Mediq Danmark A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb, påstand 5.

Der kan for enhver almindeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver ikke med rimelighed have været tvivl om, hvad mindstekravene omfatter.

Indholdet af mindstekrav c er, at leverandøren er ansvarlig for, at det tilbudte system overholder gældende, relevant lovgivning. At Frederikshavn Kommune har anført et eksempel på sådan lovgivning hverken udvider eller indskrænker den forpligtelse, som leverandøren er underlagt.

Frederikshavn Kommune er som offentlig myndighed blandt andet forpligtet til at efterleve gældende lovgivning, herunder databeskyttelseslovgivningen, forskrifter og bekendtgørelser vedrørende datasikkerhed. Det er derfor naturligt, at Frederikshavn Kommune ved mindstekrav d har stillet krav om, at blandt andet systemer, der leveres af eksterne leverandører, ligeledes opfylder sådan lovgivning, forskrifter og bekendtgørelser. Det må forventes, at en professionel leverandør er bekendt med gældende lovgivning, forskrifter og bekendtgørelser inden for det felt, som den pågældende leverandør opererer indenfor, herunder i relation til offentlige kunder, samt at den pågældende leverandør holder sig ajourført herom.

Som professionel softwareleverandør, som en af Nordens førende softwarevirksomheder og som markedsledende leverandør af branchesoftware til private og offentlige kunder besidder EG de fornødne kompetencer til at vurdere, hvilke data det sædvanligvis vil være relevant at konvertere i forbindelse med et systemskifte, jf. mindstekrav f.

Det forekommer desuden ejendommeligt, at EG ikke har fundet anledning til at stille spørgsmål til mindstekrav f, hvis EG har været i tvivl om forståelsen af mindstekravet og samtidig anfører i sit klageskrift, at ”datakonvertering er en ikke ubetydelig costdriver for it-leverandører [...]”.

Formuleringen af mindstekrav i indebærer ikke, at systemet skal kunne tilpasses i et omfang, der overstiger, hvad der er sædvanligt og forventeligt af en professionel leverandør. Frederikshavn Kommune har en interesse i, at den it-infrastruktur, herunder programmer, systemer mv., der anvendes på kommunens computere, løbende bliver sikkerhedsopdateret. I den forbindelse kan der opstå fejl som følge af kompatibilitet eller lignende, som må rettes.

Når funktionaliteten, jf. mindstekrav p, ikke er påkrævet mere udførlig, tilkommer det leverandøren at udforme sammensætningen af bruger- og adgangsstyring. Dette adskiller sig ikke fra et helt sædvanligt funktionskrav.

Når funktionaliteten, jf. mindstekrav t, ikke er påkrævet mere udførlig, tilkommer det leverandøren at specificere muligheden for at udtrække data fra systemet. EG er som professionel softwareleverandør fuldt ud i stand til at vurdere, i hvilket omfang og hvilke data det er relevant at kunne udtrække til brug for Frederikshavn Kommunes BI-løsning.

Ad påstand 3

EG har gjort gældende, at det ikke fremgår entydigt af udbudsmaterialet, hvorvidt tilbudspræsentationerne og demonstrationerne indgik i tilbudsevalueringen af de indkomne tilbud. Herudover fremgår det ikke af udbudsmaterialet, med hvilket indhold tilbudspræsentationer og demonstrationer i givet fald indgår i tilbudsevalueringen.

Udbudsbetingelsernes pkt. 8, pkt. 11.1 og pkt. 14 er modstridende, idet det af

pkt. 8 og pkt. 11.1 fremgår, at tilbudsgivers tilbudspræsentation og demonstration ikke indgår som selvstændige konkurrenceparametre. Samtidig fremgår det af pkt. 11.1 og pkt. 14, at information og forhold, som fremkommer om indholdet af den tilbudte løsning i forbindelse med demonstrationerne, vil indgå i tilbudsvurderingen i forhold til delkriteriet ”kvalitet”.

Den uklare fremgangsmåde er tilsvarende afspejlet i meddelelsen om tildelingsbeslutningen.

Det fremgik ikke nærmere af evalueringsmodellen, ud fra hvilke kriterier og forhold Frederikshavn Kommunes indtryk på tilbudspræsentationen og demonstrationen ville indgå i den fastsatte evalueringsmodel. Den evaluering, der er foretaget på baggrund af tilbudspræsentationen og demonstrationen, er derfor uklar og beror ikke på saglige forhold, der udspringer direkte af evalueringsmodellen.

Det følger af udbudslovens § 5, stk. 3, at tilbud skal være skriftlige. Det er desuden alene muligt at gennemføre tilbudspræsentationer, hvis tilbudspræsentationen udgør et supplement til forståelsen af det skriftlige tilbud. Det er derimod ikke muligt at gennemføre tilbudspræsentationer, hvor tilbudsgiveren fremkommer med nye oplysninger, der herefter tillægges betydning ved tilbudsevalueringen. Dette vil være i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2.

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 11.1, at det vil trække ned i vurderingen, såfremt det ved tilbudspræsentation eller demonstrationerne konstateres, at en funktionalitet er mindre funktionsdygtig end beskrevet i det skriftlige tilbud. Dette må forstås sådan, at tilbudsgiver har mulighed for at fremkomme med nye oplysninger under tilbudspræsentationen og demonstrationen, og at disse nye oplysninger tillægges vægt i forbindelse med tilbudsevalueringen. Det må tillige forstås sådan, at kommunen har lagt vægt på mundtlige fremsatte tilbud og tilbudselementer.

Dette understøttes af meddelelsen om tildelingsbeslutningerne, hvoraf det fremgår, at ”Pointskalaen er anvendt i forhold til tilbudsgivers skriftlige besvarelse af de enkelte kontraktkrav samt indenfor hvert krav i de enkelte use-cases, suppleret med information fra tilbudspræsentationen og demonstrationen.”

Frederikshavn Kommune har gjort gældende, at den evalueringsmetode, der er beskrevet og anvendt, opfylder kravene i udbudslovens § 160 og lever op til principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, jf. det, der er anført ad påstand 1.

Der er ikke et misforhold mellem Frederikshavn Kommunes angivelser i udbudsmaterialet vedrørende anvendelsen af tilbudspræsentationer/demonstrationer. Selv hvis Frederikshavn Kommune kunne have beskrevet anvendelsen af tilbudspræsentationer/demonstrationer (endnu) mere tydeligt, foreligger der ikke dermed en sådan tilsidesættelse af udbudslovens § 160 og/eller ligebehandlings- eller gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, at evalueringsmodellen på den baggrund skal tilsidesættes.

En almindeligvis veloplyst tilbudsgiver ville udlede af Frederikshavn Kommunes udbudsmateriale, at tilbudspræsentationer og demonstrationer ville spille den rolle at præsentere kvaliteten af de tilbudte systemer og på den baggrund visualisere/verificere det, som tilbudsgiverne havde oplyst på skriftligt grundlag om de tilbudte systemer.

Tilbudspræsentationen eller demonstrationen har således ikke udgjort en selvstændig tilbudsbesvarelse eller et selvstændigt konkurrenceparameter, sådan at forstå at der ved en tilbudspræsentation eller demonstration fx skulle fremvises andre funktionaliteter/løsninger, eller bedømmes andre funktionaliteter/løsninger end dem, som tilbudsgiverne allerede havde beskrevet.

Ifølge lovbemærkningerne til udbudslovens § 5, stk. 3, indebærer bestemmelsen, at det ikke er muligt for ordregiveren at kræve en tilbudspræsentation, der skal indgå i tilbuddet, idet en sådan præsentation består i mundtlig kommunikation, som kan have væsentlig betydning for forståelsen og evalueringen af tilbuddet.

I bilag 2 til Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalgets betænkning af 12. november 2015 vedrørende lovforslaget anførte ministeren dog, at ”Ordregiver har således mulighed for at anvende mundtlige tilbudspræsentationer, når disse udgør et supplement til et skriftligt afgivet tilbud”.

Frederikshavn Kommunes beskrevne evalueringsmetode, herunder inddragelsen af tilbudspræsentation og demonstration, gik ikke ud over rammerne

herfor. Kommunens fremgangsmåde er dermed ikke i strid med udbudslovens § 5, stk. 3 og/eller udbudslovens § 2.

At Frederikshavn Kommune i meddelelsen om tildelingen har anført, ”suppleret med information fra tilbudspræsentationen og demonstrationen” har alene den logiske betydning, at det, man så fra løsningen under tilbudspræsentationen og demonstrationen, naturligvis indgik i Frederikshavn Kommunes vurdering af kravopfyldelsen. Ganske som det skulle.

Ad påstand 4

EG har gjort gældende, at Frederikshavn Kommunes meddelelse om tildelingsbeslutningen ikke var ledsaget af en fyldestgørende redegørelse for de relevante grunde for tildelingsbeslutningen, eller af den vindende tilbudsgivers pris som krævet i udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2.

Frederikshavn Kommune har gjort gældende, at erkendt, at den først fremsendte meddelelse om tildeling ikke indeholdt en fyldestgørende begrundelse for tildelingsbeslutningen på delaftale 2.

Den mangelfulde meddelelse om tildeling har imidlertid ingen konkret eller væsentlig betydning haft for tildelingsbeslutningen.

Ad påstand 5

EG har gjort gældende, at kommunen har udbudt 2 selvstændige delaftaler, som hver for sig skal anses som selvstændige udbud. Ordregiver kan således ikke sammenblende udbuddene, herunder eksempelvis inddrage oplysninger opnået fra forhandlingerne vedrørende delaftale 1 i tilbudsevalueringen for delaftale 2.

Kommunen har gennemført to forhandlingsmøder med KMD vedrørende delaftale 1 og et forhandlingsmøde med KMD og EG vedrørende delaftale 2. På forhandlingsmødet vedrørende delaftale 2 den 6. februar 2023 fik EG det klare indtryk, at EG havde tilbudt den laveste pris. Det fremgår derimod af meddelelsen om tildelingsbeslutningen, at KMD har tilbudt den laveste pris på delaftale 2.

EG har for tiden ikke opnået indsigt i KMDs priser, men det er EGs formodning, at kommunen har inddraget viden om de tilbudte priser på begge delaftaler i forhandlingerne med KMD. Det er derfor EGs forventning, at en indsigt i de tilbudte priser vil vise, at KMD enten har fastholdt eller forhøjet prisen på delaftale 1 og tilsvarende sænket prisen på delaftale 2 efter forhandlingsmødet den 20. marts 2023.

Frederikshavn Kommune har gjort gældende, at kommunen ikke har sammenblandet delaftale 1 med delaftale 2. Frederikshavn Kommune er således enig i, at der ikke i evalueringen af delaftale 2 kunne inddrages oplysninger afgivet under forhandlingerne om delaftale 1, men det er heller ikke sket.

EG har bevisbyrden herfor, og den bevisbyrde er ikke løftet.

Kommunen har ikke haft drøftelser med KMD under forhandlingerne vedrørende delaftale 2, som ikke kan rummes inden for rammerne af den lovlige forhandling, jf. udbudslovens § 66.

Frederikshavn Kommune har ikke på nogen måde søgt at påvirke KMDs pris-sætning på delaftale 2.

Ad påstand 5a

EG har gjort gældende, at Frederikshavn Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 66, stk. 1, og forbuddet mod forskelsbehandling samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at handle i strid med den udbudsproces, der er beskrevet i udbudsbetingelserne og udbudsloven.

At der i udbudsbetingelsernes punkt 9 er taget forbehold for, at ordregiver tildeler de enkelte delaftaler på baggrund af de foreløbige tilbud uden gennemførelse af forhandlinger betyder ikke, at Frederikshavn Kommune kan anse alle de foreløbige tilbud som ”det foreløbige tilbud”.

Det følger således af den fastsatte ramme under udbudsprocessen, at det kun er det første tilbud, der kan antages uden forhandling.

Som forhandlingsfasen er beskrevet i udbudsbetingelserne, er det kun muligt at tildele en kontrakt på baggrund af ”det foreløbige/indledende tilbud”, og

kontrakten kan dermed ikke tildeles på baggrund af de efterfølgende tilbud, bortset fra det endelige tilbud.

Frederikshavn Kommune inviterede ved meddelelse af 30. januar 2023 til forhandlingsmøde på baggrund af det foreløbige/indledende tilbud. Ved meddelelse af 6. februar 2023 gav kommunen besked til EG om, at EG opfordres til at aflevere det kommende tilbud. Dette andet tilbud kan i udbudsretlig forstand ikke betragtes som værende ”det foreløbige/indledende tilbud.”

Det fremgår således af udbudslovens § 66, stk. 1, at en ordregiver skal forhandle med tilbudsgiverne om de indledende og alle efterfølgende tilbud, medmindre ordregiveren har forbeholdt sig ret til at tildele kontrakten på grundlag af det indledende tilbud. Ordregivere har udelukkende adgang til at tildele kontrakten enten på grundlag af det indledende tilbud, forudsat at dette er oplyst på forhånd, eller på baggrund af det endelige tilbud, forudsat at der på forhånd er givet besked om, at der er tale om det endelige tilbud.

Det er et grundlæggende princip, jf. udbudslovens § 66, stk. 1, at tilbudsgiverne i et udbud med forhandling skal kunne gennemskue, hvornår det må forventes, at de skal afgive det endelige tilbud. Frederikshavn Kommune har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet ved ikke at give passende meddelelse om, at det kommende tilbud ville blive anset som det endelige tilbud.

Da udbudsretten ikke tillader forhandling om de endelige tilbud, er det afgørende, at det før afgivelsen af et tilbud fremgår klart, om det pågældende tilbud er det endelige tilbud.

Denne manglende klarhed i det gennemførte udbud medførte således, at EG rettede henvendelse den 12. april 2023 og efterspurgte yderligere forhandlingsmøder, hvilket dog blev afvist.

Referatet af 6. februar 2023 kan på ingen måde anses som en meddelelse om, at forhandlingsfasen er afsluttet.

Frederikshavn Kommune har gjort gældende, at EG ikke berettiget kan have været i tvivl om, at dennes tilbud 2 også var det endelige tilbud på delaftale 2, herunder at der var tale om, at Frederikshavn Kommune havde bedt om

indlevering af endeligt tilbud. Frederikshavn Kommune har derfor heller ikke gennemført en evaluering og truffet en tildelingsbeslutning i strid med udbudsbetingelserne eller udbudsloven i øvrigt.

Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 3, Tidsplan, side 7, at Frederikshavn Kommune havde fastsat en "Frist for afgivelse af endeligt tilbud" til den 1. marts 2023. Såfremt Frederikshavn Kommune ville have forbeholdt sig yderligere forhandlingsrunder på delaftale 2 efter den første forhandlingsrunde, ville Frederikshavn Kommune have varslet tilbudsgiverne om dette med en dagsorden. Dette var ikke tilfældet. Frederikshavn Kommune havde således bedt om endeligt tilbud.

Også efter indholdet af forhandlingerne den 6. marts 2023 kan EG ikke have været i tvivl om, at dennes tilbud nr. 2 på delaftale 2 var det endelige tilbud, hvilket EG også selv anførte i beskrivelsen af tilbuddet i Frederikshavn Kommunes udbudsportal – iBinder.

Ad påstand 6

EG har gjort gældende, at de udbudsretlige overtrædelser påvist ad påstand 1 - 5a er af en sådan karakter, at de skal føre til annullation af kommunens tildelingsbeslutning ad delaftale 2.

Frederikshavn Kommune har gjort gældende, at den mangelfulde meddelelse om tildeling, jf. påstand 4, ingen konkret eller væsentlig betydning har haft for tildelingsbeslutningen.

Idet Frederikshavn Kommune ikke i øvrigt har tilsidesat udbudsreglerne, er der ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen for delaftale 2.

Måtte klagenævnet tage EGs påstand 2 til følge, er der ikke i forhold hertil tale om en konkret og væsentlig overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsloven § 2, hvorfor klagenævnet heller ikke af denne grund skal annullere Frederikshavn Kommune tildelingsbeslutning for delaftale 2.

Det kan således lægges til grund, at de fremhævede mindstekrav ikke har ført til afvisninger af tilbud som ukonditionsræssige. Udbudsgrundlaget har desuden været det samme for alle tilbudsgivere, og de uklarheder, der påstås at

være til stede, kan derfor ikke antages at have påvirket konkurrencen. På den baggrund kan de påberåbte forhold vedrørende mindstekrav ikke føre til en annullation af tildelingsbeslutningen, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af den 8. april 2019, Mediq Danmark A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb.

De overtrædelser, der er omfattet af påstand 3 og 5a, er hverken sammen eller hver for sig udtryk for en konkret og væsentlig overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsloven § 2, hvorfor klagenævnet heller ikke af denne grund skal annullere Frederikshavn Kommunes tildelingsbeslutning for delaftale 2, jf. det, der er anført ad påstand 3 og 5a.

Klagenævnet udtaler

Klagenævnet har i delkendelse af 15 juni 2023 udtalt:

”Ad påstand 1

Frederikshavn Kommune har i udbudsbetingelsernes punkt 11 ”Tilbuds-evaluering”, punkt 13 ”Underkriteriet Kvalitet” og punkt 14 ”Vurdering og evaluering af underkriteriet Kvalitet” udførligt beskrevet, hvordan evalueringen ville ske, og hvad der ville blive lagt vægt på ved evalueringen.

Det er ikke i udbudsbetingelserne beskrevet, at et eller flere delevaleringsresultater beregnes som et gennemsnit. Det forhold, at EG ved en beregning, der bygger på gennemsnit, kommer frem til et andet resultat end det, Frederikshavn Kommune er nået til, kan allerede derfor på det foreliggende foreløbige grundlag ikke føre til, at evalueringsmodellen anses for ikke at være egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, eller for at være uigennemsigtig.

Der er derfor på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 2

Anvendelse af ord som ”herunder”, ”bl.a.” eller ”fx” er ikke nødvendigvis udtryk for en hensigt om at give et krav et ikke-udtømmende og skønsmæssigt indhold. Anvendelse heraf kan i stedet medvirke til at præcisere, hvad mindstekravet angår. Anvendelsen af sådanne betegnelser gør dermed ikke i sig selv et mindstekrav skønspregt eller uklart. Om dette er tilfældet, vil bero på en samlet vurdering af det konkrete mindstekrav.

Et uklart mindstekrav medfører endvidere ikke altid, at udbudsmaterialet er uegnet til at danne ramme for afgivelse af tilbud og tildeling af kontrakten. At et mindstekrav er uklart, kan i visse situationer blot medføre, at kravet ikke fuldt ud kan håndhæves over for tilbudsgiverne.

Ved vurderingen af kravene skal der lægges vægt på, hvordan en almindeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver med rimelighed vil forstå kravet i lyset af det samlede udbudsmateriale.

Umiddelbart vurderet kan mindstekravene c, d, f, i, p og t på den baggrund ikke anses for at have et så uklart indhold eller være af så skønsommæssig karakter, at det må anses for stridende mod principperne om ligebehandling og gennemsigtighed at fastsætte sådanne krav.

Der er derfor på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 3

Af udbudsbetingelsernes punkt 8 fremgår om tilbudspræsentationen og demonstrationen bl.a.:

”Præsentationen gennemføres ... med det formål at præsentere kvaliteten af de tilbudte systemer, således at Tilbudsgivers besvarelse på kontraktbilag 2 og underbilag 2A-E i det skriftlige tilbud understøttes ved en visualisering.

...

Demonstrationen anvendes således til at understøtte og verificere Tilbudsgivers besvarelse på kontraktbilag 2 og underbilag 2A-E i det skriftlige tilbud samt tilbudspræsentationen”

Af udbudsbetingelsernes punkt 11.1 fremgår bl.a.:

”Der gøres opmærksom på, at Tilbudspræsentation og Demonstration ikke indgår som selvstændige konkurrenceparametre, men de har som beskrevet i punkt 8 til formål at understøtte, visualisere samt give mulighed for verificering af det skriftlige tilbud i forhold til underkriteriet ”Kvalitet”

...

Det er Tilbudsgivers risiko, at beskrivelserne er retvisende, og det vil trække ned i vurderingen, såfremt det ved Tilbudspræsentation eller Demonstrationerne konstateres, at en funktionalitet er mindre funktionsdygtig end beskrevet i det skriftlige tilbud”

Af bilag A til udbudsbetingelserne om gennemførelse af tilbudspræsentationen fremgår bl.a.:

”2. Formål med tilbudspræsentationen

Formålet med at gennemføre tilbudspræsentationerne er at præsentere det afgivne tilbuds kvalitet og den tilbudte kravopfyldelse for hhv. projekt- og arbejdsgrupperne.”

Af bilag B til udbudsbetingelserne om gennemførelse af demonstrationen fremgår bl.a.:

”Formål:

Formålet med afholdelse af demonstrationen er at verificere kravopfyldelsen i tilbuddet som anført i udbudsbetingelsernes pkt. 8.

…
”

Det fremgår heraf, at tilbudspræsentationen og demonstrationen udgjorde et supplement til forståelsen af det skriftlige tilbud og ikke et selvstændigt konkurrenceparameter.

At det ville trække ned i vurderingen, såfremt det ved tilbudspræsentation eller demonstrationen blev konstateret, at en funktionalitet var mindre funktionsdygtig end beskrevet i det skriftlige tilbud, kan ikke forstås sådan, at kommunen foretog evalueringen på grundlag af nye oplysninger eller mundtlige fremsatte tilbud og tilbudselementer.

Der er derfor på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 4

Frederikshavn kommunen har erkendt overtrædelserne, og der er dermed udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 5

Referat af forhandlingsmødet af 20. marts 2023 med KMD om delaftale 1 er fremlagt for klagenævnet. Det fremgår heraf, af Frederikshavn Kommune udtrykkeligt har gjort KMD opmærksom på, at de to delaftaler skal ses som to separate tilbud.

På den baggrund, og da der på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke i øvrigt er oplysninger, der indikerer, at kommunen har sammenblandet viden om de tilbudte priser på begge delaftaler i forhandlingerne med KMD, er der ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 5a

Af udbudsbetingelsernes punkt 9 fremgår bl.a.:

”Det forventes, at der afholdes 1 forhandlingsrunde. Ordregiver forbeholder sig dog retten til at tildele de enkelte delaftaler på baggrund af de foreløbige tilbud uden gennemførelse af forhandlinger

...

9.5 Eventuelle yderligere forhandlingsrunder

Ordregiver forbeholder sig retten til at afholde yderligere forhandlingsrunder, såfremt tilbagemeldingerne på forhandlingsmøderne skaber et behov herfor. Ordregiver sørger for at samtlige Tilbudsgivere varsles samtidigt om eventuelle yderligere forhandlingsrunder samt dagsorden for disse forhandlingsmøder”

Det fremgår heraf, at der i udgangspunktet alene ville blive afholdt én forhandlingsrunde.

Af referatet fra forhandlingsmødet mellem Frederikshavn Kommune og EG om delaftale 2 fremgår bl.a.:

”NEK orienterede om den videre proces, herunder tidsplan for den videre proces. Fremsendelse af nyt udbudsmateriale d. 8. februar med en tilbudsfrist d. 1. marts. Forventet afgørelse primo april”

Det tilbud, som EG indleverede i forlængelse heraf, var af EG betegnet som ”Endeligt tilbud”.

På det foreløbige grundlag, der foreligger, er der herefter ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 6

På grundlag af det, der er anført ad påstand 1-3 og 5-5a, og da påstand 4 ikke i sig selv kan føre til en annullation af tildelingsbeslutningen, er der på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke udsigt til, at annullationspåstanden vil blive taget til følge.”

På den baggrund, og idet EG ikke har anført nyt til støtte for de nedlagte påstande, tages påstand 4 til følge, mens påstandene 1-3 og 5-6 ikke tages til følge.

Da EG har fået medhold i sagens påstand 4 tilbagebetales klagegebyret.

Der er ved fastsættelsen af sagens omkostninger lagt vægt på sagens omfang, forløb og udfald.

Herefter bestemmesAd påstand 4

Frederikshavn Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2, og principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, ved ikke i kommunens underretning om tildelingsbeslutningen at redegøre fyldestgørende for de relevante grunde for tildelingsbeslutningen, herunder den vindende tilbudsgivers pris.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1, 2, 3, 5, 5a og 6.

EG Danmark A/S, skal i sagsomkostninger til Frederikshavn Kommune betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Katrine Kirkegaard Gade
nævnsssekretær