

K E N D E L S E

Maxys A/S
(selv)

mod

Københavns Kommune
(advokat Torkil Høg, København)

Ved annonce af 8. november 2013 indhentede Københavns Kommune i overensstemmelse med tilbudslovens afsnit II tilbud på et kostberegningssystem, der er et IT-system, som anvendes til kostplanlægning i daginstitutioner i Københavns Kommunes Børne- og Ungdomsforvaltning.

Systemet skal fungere sammen med en brugergrænseflade, der ikke er omfattet af udbuddet. Brugergrænsefladen indkøbes særskilt fra en anden leverandør via miniudbud på baggrund af en eksisterende rammeaftale.

Ved udløbet af fristen for at afgive tilbud havde 3 virksomheder, herunder Maxys A/S, afgivet tilbud. Alle tilbud blev vurderet konditionsmæssige. Ved brev af 6. januar 2014 meddelte Københavns Kommune tilbudsgiverne, at man agtede at indgå kontrakt med et konsortium bestående af DanKost ApS og Kraftvaerk A/S (i det følgende kaldet DanKost).

Den 16. februar 2014 indgav Maxys A/S (klageren) klage til klagenævnet over Københavns Kommune (indklagede).

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

»Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 15d ved ikke at forkaste den vindende tilbudsgiver DanKosts tilbud på grund af mangelfuld udfyldelse af bilaget ”Kundens Deltagelse”. Den vindende tilbudsgiver har ikke udfyldt bilaget korrekt, og Indklagede burde have forkastet det vindende tilbud eller subsidiært foretaget en skønsmæssig kapitalisering af de manglende oplysninger. Forkastelse af det vindende tilbud ville direkte have ført til, at Klager ville have vundet udbuddet. En skønsmæssig kapitalisering af de manglende oplysninger i den vindende tilbudsgivers bilag samt en korrekt kapitalisering af Klagers bilag, ville have givet Klager 0,03 point mere, hvilket sammen med medhold i en eller flere af de øvrige påstande ville have ført til, at Klager ville have vundet udbuddet.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 15d ved ikke at forkaste den vindende tilbudsgiver DanKosts tilbud på grund af mangelfuld og forbeholden udfyldelse af bilaget ”Specifikation af vedligeholdelse med priser”. Den vindende tilbudsgiver har ikke udfyldt bilaget korrekt, og Indklagede burde have forkastet det vindende tilbud eller subsidiært foretaget en skønsmæssig kapitalisering af de manglende oplysninger. Forkastelse af det vindende tilbud ville direkte have ført til, at Klager ville have vundet udbuddet. En skønsmæssig kapitalisering af de manglende oplysninger i den vindende tilbudsgivers bilag samt en korrekt kapitalisering af Klagers bilag, ville have givet Klager 0,17 point mere, hvilket sammen med medhold i en eller flere af de øvrige påstande ville have ført til, at Klager ville have vundet udbuddet.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 15d ved at tildele den vindende tilbudsgiver DanKost maksimumpoint for at have opfyldt kravene i kravspecifikationen som standard, på trods af at det åbenlyst fremgår af tilbuddet, at visse dele af funktionaliteten først bliver udviklet i løbet af projektet. Havde Indklagede korrekt givet minimumskaraktet for de pågældende dele hvad angår delvurderingen ”opfyldelsesmåde”, havde det vindende tilbud fået 0,53 point færre for ”Kvalitet”, hvilket direkte ville have ført til, at Klager havde vundet udbuddet.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 15d ved at give Klagers tidsplan en markant lavere karakter end den vindende tilbudsgivers tidsplan, på trods af at Klagers tidsplan åbenlyst i højere grad opfylder de vurderingskriterier, som Indklagede har nævnt i udbudsmaterialet. Havde Klager fået en højere karakter for tidsplanen, ville det direkte have ført til, at Klager ville have vundet udbuddet.

Påstand 5

Indklagede skal til Klager betale kr. 896.511,67 ekskl. moms med procesrente fra den 19-02-2014. Subsidiært skal Indklagede tilpligtes til Klager at betale en af Klagenævnet for Udbud skønsmæssigt fastsat erstatning opgjort efter principperne for positiv opfyldelsesinteresse.«

Indklagede har vedrørende påstand 1 – 4 nedlagt påstand om delvis afvisning, og har i øvrigt nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Vedrørende påstand 5 har indklagede nedlagt påstand om frifindelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Kostberegningssystemer har været på markedet i en årrække. Der er tale om en IT-tjenesteydelse, jf. udbudsdirektivets bilag II A. Indklagede anslog inden tilbudsindhentningen, at kontraktens værdi var under tærskelværdien for EU-udbud. Indklagede gennemførte derfor tilbudsindhentningen efter annoncering i overensstemmelse med tilbudslovens afsnit II.

Som tildelingskriterium var fastsat »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med underkriterierne »pris« (40 %), »kvalitet« (45 %) og »tid« (15 %).

Til underkriteriet »pris« var fastsat 3 delkriterier (1) »betalingsplan« udbudsbilag 3, (2) »tilknyttede ydelser« udbudsbilag 5 og (3) »vedligeholdelse« udbudsbilag 7. Om dette underkriterium fremgår det af udbudsbetingelserne desuden bl.a.:

»Endvidere vil krav til Kundens medvirken, der er angivet i Bilag 6, blive kapitaliseret og tillagt den samlede tilbudssum som angivet i instruksen til bilag 6. Krav i Bilag 2.1 Kravliste, der er besvaret med, at funktionaliteten ikke er standard, men skal udvikles indgår ikke i prisevalueringen, men alene i den kvalitative evaluering.

Kvaliteten af den tilbudte løsning vil blive vurderet på baggrund af tilbudsgivers besvarelse og opfyldelse af krav, ...«

Til underkriteriet »kvalitet« var fastsat 6 delkriterier, nemlig: (1) »Råvaredatabase« (20 %), (2) »Beregningsplatform« (20 %), (3) »Snitflader« (20 %), (4) »Vedligeholdelse og opdateringer« (15 %), (5) »Måling og evaluering« (15 %) samt (6) »Tilbudt dokumentation og vejledninger samt uddannelse« (10 %). Om disse delkriterier fremgår det af udbudsbetingelserne bl.a.:

»Kvaliteten af den tilbudte løsning vil blive vurderet på baggrund af tilbudsgivers besvarelse og opfyldelse af krav, idet det vægtes positivt at så mange krav som muligt kan imødekommes som standard uden særlig udvikling.

I relation til opfyldelsen af de af tilbudsgiver anførte udviklingskrævende krav vil det sekundært vægte positivt, at så mange er opfyldt som »udvikling – estimeret».«

Om underkriteriet »tid« fremgår det af udbudsbetingelserne bl.a.:

»Underkriteriet tid vurderes ud fra besvarelsen af Bilag 1, hvor overholdelse af de angivne frister er centralt, herudover vil projektgruppen evaluere robustheden i den fremlagte tidsplan.«

Af udbudsbetingelserne fremgår desuden bl.a.:

»5.3 Kravmetodik

Udbudsmaterialet indeholder et antal bilag, der hver især indeholder en række krav, som tilbudsgiveren skal forholde sig til samt udfylde og aflevere som en del af sit tilbud, jf. dokumentoversigten i punkt 2.

...

5.3.1 Kravtype

Der anvendes følgende kravtyper:

- Krav (K)
- Optioner (O)

[indsat tegning med følgende tekst

Standard

- Ren standard installation
- Leverandørens »hyldevare»

Udvikling - estimeret

- Krav der fordrer udvikling
- udvikling er estimeret

Udvikling – Ikke estimeret

- Krav der fordrer udvikling
- udvikling er *ikke* estimeret]

Med udgangspunktet i Københavns kommunes ønske om at anskaffe et system der baseres på afprøvede leverandører, med kendt og allerede anvendte løsninger, skal ovenstående model for kravklassifikation anvendes. Det vil tillægges positiv vægt i evalueringen, at krav tilfredsstilles via standard funktioner i leverandørens løsning, og det vil ligeledes tillægges negativ vægt, hvis der er krav der placeres under kategorien ”Udvikling – ikke Estimeret”

5.3.1.1 Krav

Krav skal opfyldes af tilbudsgiver. Tilbudsgiverens opfyldelse af krav vil indgå i tilbudsvurderingen. Alle krav i kravspecifikationen skal opfyldes enten som

- 1.) en del af standardsystemet (std.),
- 2.) som ”udvikling – estimeret” eller
- 3.) som ”udvikling – ikke estimeret” Nr. 2 og 3 vil blive betragtet som optioner, der kan tilkøbes efter overtagelsesdagen. Evalueringen af de enkelte krav er centrale elementer i vurderingen af kvalitet.

5.3. Optioner

...

For optioner gælder, at tilbudsgiver særskilt skal prisfastsætte hver enkelt option klart og entydigt, dog således at krav som nævnt i nr. 3 ”udvikling – ikke estimeret” vil skulle prissættes efterfølgende som timeestimer og tilkøbes på time & material vilkår i henhold til Kontraktens bestemmelser herom. Prisen skal omfatte omkostninger til alle elementer, der er nødvendige for pågældende options anvendelighed for Kunden.

Krav, som tilbudsgiver i kravlisten, jf. underbilag 2.1, har angivet som nr. 2 ”udvikling – estimeret” skal prissættes i bilag 3 enten som enkeltstående kravelementer eller som en samling af krav, der i fællesskab udgør et funktionselement, der kan prissættes som sådant.

5.3.3 Kravspecifikation

Tilbudsgiverne skal udfylde Underbilag 2.1. Kravliste, underbilag 2.2 Løsningsbeskrivelse og underbilag 2.3 grænsesnit.

I bilag 2.2 skal Tilbudsgiver beskrive sin opfyldelse af kravene.

Tilbudsgiver opfordres til så vidt muligt at følge strukturen i Kravspecifikationen som gengivet i bilag 2.1 således, at det tydeligt fremgår, hvordan tilbuddet opfylder de enkelte stillede krav.

5.3.3.1 Kravliste

For hvert krav i kravlisten, underbilag 2.1 er angivet:

1. Kravnummer (En entydig identifikation i form af et løbenummer – Id)
2. En entydig reference til pkt. i kravspecifikationen /andre bilag
3. Kravbeskrivelse

Tilbudsgiver skal i kravlisten angive ”Opfyldelsesmetoden” med følgende koder:

1. Standard/Standard (Std./Std.) (sæt ”x”)
2. Udvikling – estimeret (sæt ”x”)
3. Udvikling – ikke estimeret (sæt ”x”)

Ved Standard/Standard (opfyldelsesmetode 1) menes, at kravet er opfyldt som standard i det tilbudte System på tilbudstidspunktet.

Ved Udvikling - estimeret (opfyldelsesmetode 2) menes, at kravet først vil blive opfyldt ved Kundens bestilling heraf efter overtagelsesdagen til de i bilag 3 angivne priser.

Ved Udvikling – ikke estimeret (opfyldelsesmetode 3) menes, at kravet først vil blive opfyldt ved Kundens bestilling heraf efter overtagelsesdagen i form af en aftale om videreudvikling i henhold til Kontraktens bestemmelser herom, jf. Kontraktens punkt 2.7.

For opfyldelsesmetode 1 – 2 skal tilbudsgiver i kolonnen ”reference til løsningsbeskrivelsen” i bilag 2.1 (Kravliste) angive under hvilke(t) punkt(er) opfyldelsen er beskrevet i løsningsbeskrivelsen.

For opfyldelsesmetode 2 skal tilbudsgiver endvidere i kolonnen ”reference til bilag 3” anføre med hvilket entydigt referencenummer prisen for opfyldelsen af kravet eller kravene er indsat i bilag 3. Hvis tilbudsgiver vurderer, at flere krav under type 2 med fordel og mest hensigtsmæssigt opfyldes ved, at disse leveres som en samlet (tillægs)løsning, sættes det samme nr. ud for hvert af disse krav.

Koden svarende til kravopfyldelsesmetoden samt beskrivelsen af, hvordan kravet opfyldes, indgår i tilbudsevalueringen.

5.3.4 Øvrige kontraktdokumenter

Udbudsmaterialet indeholder ud over Kravspecifikationen en række bilag, jf. dokumentoversigten i punkt 2, der hver især kan indeholde krav, som Tilbudsgiveren skal forholde sig til samt udfylde som en del af sit tilbud.

Hvert dokument indeholder instruks til Tilbudsgiver, som beskriver, hvordan bilaget skal udformes eller udfyldes samt evt. en opstilling af de krav, som Tilbudsgiver i forbindelse hermed skal forholde sig til.

I punkt 8 nedenfor fremgår under hvilket delkriterium og eventuelt underkriterium bilaget indgår i tilbudsvurderingen

...

6. Tilbudsbehandling og –vurdering

6.1. Tilbudsvurdering

...

I fase 2 vil tilbuddene alene blive vurderet ud fra de i punkt 8 angivne tildelingskriterier og beskrevne præmisser.

Det er yderst vigtigt, at det afgivne tilbud er fyldestgørende udformet, således at tilbuddet på alle parametre opfylder udbudsmaterialets krav til indhold og udformning, og indeholder alle de efterspurgte oplysninger.

Tilbud der ikke opfylder disse krav (formalia), vil være ukonditionsmæssige og således ikke indgå i tilbudsvurderingen.«

Af tilbuddene fra klageren og fra DanKost fremgår, at de begge har markeret alle krav angivet i kravspecifikationen som »opfyldt som standard«, herunder kravene til snitflader, der i udbudsbilag 2 »Kravspecifikation« er beskrevet således:

»...

6. Snitflader

Det er Københavns Kommunes hensigt at anskaffe et system, der tager udgangspunkt i institutionens dagligdag, og som tilbyder den bedst tænkelige understøttelse af det daglige arbejde med madplanlægning.

6.1.1. Dokumenteret erfaring og succes med samarbejde og integration med andre leverandører

Leverandøren skal i løsningsbeskrivelsen angive hvorledes samarbejdet vedrørende integrationspunkter gennemføres, herunder

- a. Introduktion til snitflader
- b. Vejledning i anvendelse af snitfladen
- c. Dokumentation af snitfladen
- d. Testsamarbejde vedrørende afprøvning af snitflade
- e. Leverancekontrol af integrationsanvendelse

6.2. Robusthed

Leverandøren skal i løsningsbeskrivelsen redegøre for, hvorledes den enkelte snitflade er sikret kvalitet og robusthed, herunder:

6.2.1. Automatisk fejlrecovery

Hvorledes leverandøren har tilsikret, at det enkelte interface indeholder funktioner til automatisk udbedring af opståede kommunikations- og integrationsfejl. Leverandøren skal som en del af den leverede løsningsbeskrivelse redegøre for, hvorledes dette sikres indfriet.

6.2.2. Versionsuafhængigt interface

Hvorledes det er sikret, at det leverede interface kan videreudvikles til fremtidige behov, uden at dette påvirker anvendelsen og funktionaliteten af de eksisterende implementeringer. Leverandøren skal som en del af den leverede løsningsbeskrivelse redegøre for, hvorledes dette sikres indfriet.

6.3. Fleksibilitet

Leverandøren skal via den tilbudte dokumentation sikre, at de funktionelle afgrænsninger, begrænsninger og muligheder, der etableres i det enkelte interface, er veldokumenterede og entydigt definerede.

6.4. Afvigelses- og fejllog

Leverandøren sikrer, at afvigelseshændelser registreres og derigennem danner grundlag for kontinuerlig overvågning af integrationens ydelserne. Leverandøren skal som en del af den leverede løsningsbeskrivelse redegøre for, hvorledes dette sikres indfriet.

Følgende afvigelse skal logges:

6.4.1. Integrationsfejl

Skal dokumenteres med dato, tidspunkt, kaldende system(IP) interface anvendt, data medsendt i interface, fejlkode og være beskrevet i et sprog, som kan forstås af en ikke it-kyndig person. ...«

Af udbudsbilag 6 »Kundens deltagelse« fremgår bl.a.:

»INTRODUKTION TIL TILBUDSGIVER

Bilag 6 skal udfyldes af tilbudsgiver som del af tilbuddet jf. nedenstående retningslinjer.

Tilbudsgiver skal udfylde Tabel 1 og Tabel 2. Tilbudsgiver kan indsætte nye rækker med aktiviteter.

1. Generelt om Kundens deltagelse

Uanset at Leverandøren er ansvarlig for gennemførelsen af en aktivitet, er det inden for rammerne af det i Leveranceaftalens punkt 9 og nærværende bilag anførte en forudsætning for en succesrig gennemførelse af leverancen, at Kunden medvirker aktivt dertil.

Kunden skal i den forbindelse sørge for, at de nødvendige ressourcer med den aftalte kompetence samt de fysiske forhold beskrevet nedenfor vil være til rådighed og opfyldt i forbindelse med Leveranceaftalens gennemførelse.

2. Projektorganisation og Styregruppe

Kunden deltager i projektorganisationen, herunder styregruppens møder og dertil knyttede aktiviteter, jf. Bilag 11.

3. Kundens ressourceforbrug

Kundens projektleders deltagelse i leveranceforløbet frem til driftsprøven for den samlede Leverance er specificeret nedenfor.

Kundens øvrige nøglemedarbejderes involvering i leveranceforløbet er ligeledes beskrevet i nedenstående oversigt.

Hvis der er perioder, hvor det er nødvendigt, at Kundens projektleder eller andre nøglepersoner deltager i videre omfang end nævnt, skal Leverandøren orientere Kunden derom i god tid forinden og senest en måned før.

Personprofil/ kompetence	Faser el. aktiviteter i projektet	Estimeret antal personer	Periode	Deltagelse i % af normal arbejdstid
Kundens projektleder	{Udfyldes af tilbudsgiver}	{Udfyldes af tilbudsgiver}	{Udfyldes af tilbudsgiver}	{Udfyldes af tilbudsgiver}
{Tilbudsgiveren skal angive evt. anden nøglekompetence}	{Udfyldes af tilbudsgiver}	{Udfyldes af tilbudsgiver}	{Udfyldes af tilbudsgiver}	{Udfyldes af tilbudsgiver}
{Tilbudsgiveren skal angive evt. anden nøglekompetence}	{Udfyldes af tilbudsgiver}	{Udfyldes af tilbudsgiver}	{Udfyldes af tilbudsgiver}	{Udfyldes af tilbudsgiver}

Tabel 1: Oversigt over Kundens deltagelse

Herudover må Kunden påregne, at andre personer i organisationen skal frigøres for deres sædvanlige arbejde i det omfang, dette er nødvendigt for projektets gennemførelse, eksempelvis i forbindelse med gennemførelse af prøver, som nærmere angivet i punkt 4 nedenfor.

4. Oversigt over ressourcekrævende aktiviteter

Aktivitet	Personprofil/ Antal {Udfyldes af tilbudsgiver}	Estimeret res- sourceforbrug pr. person. {Udfyldes af til- budsgiver}	Tidsangivelse {Udfyldes af tilbudsgiver}
Afklaringsfase	{...}	{...}	{...}
Design af snitflader	{...}	{...}	{...}
Medvirken ved udvik- ling af tilretninger, specialudviklinger og lignende (konfigure- ring)	{...}	{...}	{...}
Gennemførelse af snit- fladetest	{...}	{...}	{...}
Levering af data til prøver	{...}	{...}	{...}
Systemtest	{...}	{...}	{...}
Overtagelsesprøve	{...}	{...}	{...}
Uddannelse af system- administratorer	{...}	{...}	{...}
Driftsprøve	{...}	{...}	{...}
Andre ressourcekræ- vende aktiviteter	{...}	{...}	{...}

Tabel 2: Ressourcekrævende aktiviteter«

Af udbuddets kontraktudkast »KO1 Standardkontrakt for kortvarigt IT-projekt« fremgår under punkt 9:

»...Angivelserne i bilag 6 skal opfattes som estimer for kundens medvirken, og der kan under forløbet opstå behov for justeringer heri, både hvad gælder omfang og indhold. Ingen af disse justeringer må påføre kunden væsentligt øgede omkostninger. ...«

I DanKosts besvarelse af udbudsbilag 6 fremgår:

»...Det forventes ikke, at kundens skal deltage i yderligere aktiviteter end allerede nævnt i materialet.

Det forventes, at der afsættes ressourcer til opsætning af servere og infrastruktur

Det forventes, at der afsættes ressourcer til installation af Dankost Pro applikation ved hver release f.eks. ved test og go live. Der skal afsættes ca. 4 timer pr installation...«

I tabel 1 havde DanKost ikke indsat oplysninger i feltet »Kundens projektmanager«, men havde indsat og udfyldt et felt med teksten »Test manager«. I tabel 2 var der ikke angivet ressourcekrævende aktiviteter.

Af udbudsbilag 7 »Specifikation af vedligeholdelse med priser« fremgår bl.a.:

»INSTRUKTION TIL TILBUDSGIVER:

I teksten nedenfor fremgår hvad der skal udfyldes af tilbudsgiver«

Af DanKosts »Specifikation af vedligeholdelse med priser« under punktet »Leverandørudviklet programmel« fremgår bl.a.:

»

Ydelse		Pris pr. år i kr. (ekskl. moms)	Ikke omfattet af leverandørens vedligeholdelse
Forebyggende vedligeholdelse			
Versioner			
	Nye versioner af leverandørudviklet programmel	En del af hotline service	
	Installation	3.000,-	
	Ajourføring af parameteropsætninger	En del af installationen	
	Ajourføring af tilretninger	En del af installationen	
Releases			
	Nye releases af leverandørudviklet programmel	En del af hotline service	
	Installation	3.000,-	
	Ajourføring af parameteropsætninger	En del af installationen	
	Ajourføring af tilretninger	En del af installationen	
Individuel mangelfhjælp		600,00 pr. time	

ning		
Hotline, jf. punkt 5	38.000,00	
I alt	Kan ikke angives, da der ikke er angivet en forventning omkring f.eks. individuel mangelfhjælpning, antal releases etc.	

«

Af DanKosts »gennemgang af tidsplan« fremgår bl.a.:

»Tidsplanen er opbygget og baseret på de ressourcer som Kraftvaerk og Dankost allokerer til opgaven.

Milestones er på tidsplanen markeret som konkrete punkter, og beskrevet kort under det enkelte punkt på tidsplanen.

Det forventes af BUF personale deltager ved de forskellige workshops, godkendelser, kursusaktivitet, etc.«

Indklagede vurderede, at alle tilbud var konditionsræssige og kunne indgå i tilbudsevalueringen. Evalueringen førte til, at tilbuddet fra DanKost blev vurderet som det økonomisk mest fordelagtige, hvilket blev meddelt klageren ved brev af 6. januar 2014. E-mailen var bilagt indklagedes evalueringsskema. Af skemaet med den opsummerede pointtildeling fremgår:

»...

Oversigt					
			DanKost	Maxys	Anova Data
Pris	Samlet score	40%	1,40	1,35	3,00
Kvalitet	Samlet score	45%	3,84	4,09	2,09
Tid	Samlet score	15%	4,50	2,00	2,50
Endelig score			2,96	2,68	2,52

...«

Af indklagedes evalueringsbilag for underkriteriet pris fremgår bl.a.:

»

	MAXY's	DANKOST
Samlet kontraktsum fra bilag 3	87.875	450.000
Løbende ydelser (4 år)	128.000 pr. år 512.000 for 4 år (betales fra accept af overtagelsesprøve)	0/ 38.000 pr. år pr. år for hotline + releases 152.000 for 4 år
I alt	87.875 (fra kontraktstart januar 2014) Løbende ydelser: 128.000 / 2014 128.000 / 2015 128.000 / 2016 128.000 / 2017 I alt 599.875	450.000 (fra kontraktstart januar 2014) Løbende ydelser: 38.000 / 2014 38.000 / 2015 38.000 / 2016 38.000 / 2017 I alt 602.000
Kundeydelser (300 kr. pr. time) Maxys 133 timer Dankost 37 timer + 4 timer per installation/release (min 2 stk. pr. år)=45 timer Anova 48 timer	39.900	13.500
I alt totalt	639.775	615.500

«

Efter at have modtaget meddelelsen af 6. januar 2014 rettede klageren henvendelse til indklagede med indsigelser imod processen. Indklagede afholdte den 15. januar 2014 møde med klageren, ligesom parterne korresponderede herom.

Ved e-mail af 21. januar 2014 fremsendte indklagede en revideret evaluering, bilagt et nyt opsummerende pointskema. Det fremgår heraf:

»...

			Dankost	Maxys	Anova
--	--	--	----------------	--------------	--------------

					Data
Pris	Samlet score	40%	1,40	1,35	3,00
Kvalitet	Samlet score	45%	3,85	4,11	1,80
Tid	Samlet score	15%	4,50	2,00	2,50
Endelig score			2,97	2,69	2,39

Krav 19, 29, 44, 58, 62 og 64 er taget ud, da de ikke var formuleret som krav i kravlisten

Krav vedr. bilag 2.3 er taget ud, da det ikke i udbudsbetingelserne var nævnt at dette bilag ville blive vurderet. ...«

Af indklagedes reviderede evalueringsbilag for underkriteriet kvalitet fremgår, at indklagedes evaluering var sket således, at der først var evalueret på tilbudsgivernes beskrivelse af de enkelte delkriterier, og at der herefter var foretaget en sammentælling af, hvilke krav der var opfyldt som henholdsvis »standard«, »udvikling-estimeret« og »udvikling ikke-estimeret«. De to dele af evalueringen vægtede 50 % hver. Klageren og DanKost har begge modtaget maksimale point på anden del af evalueringen.

Indklagede indgik kontrakt med DanKost den 27. januar 2014.

Parternes anbringender

Indklagedes delvise afvisningspåstande

Indklagede har gjort gældende, at dele af de nedlagte påstande er for upræcise til at blive taget under påkendelse og derfor bør afvises. Påstandene drejer sig de facto om, hvem der – hvis klagen i øvrigt tages til følge – ville have vundet udbuddet, og ikke konkrete overtrædelser af udbudsregler. Spørgsmålet om, hvem der sandsynligt ville vinde udbuddet, hvis klagerens påstande tages til følge, må behandles som led i en eventuel erstatningsretlig bedømmelse af, om der foreligger fornøden årsags-sammenhæng.

Klageren har fastholdt de nedlagte påstande og har gjort gældende, at klageren ønsker, at klagenævnet vurderer, om det er rimeligt at gå videre med en erstatningssag, såfremt en eller flere af klagerens påstande bliver taget til følge. Derfor finder klageren, at konsekvensen af overtrædelserne skal fremgå af påstandene.

Ad påstand 1

Klageren har overordnet gjort gældende, at det er urealistisk, at indklagede i relation til tilbuddet fra Dankort har antaget, at kundens projektleder slet ikke skal bruge tid på projektet. Dette støttes bl.a. af, at projektledelse er det eneste punkt i udbudsbetingelsernes bilag 6, tabel 1, der var forud udfyldt af indklagede. Indklagede burde have fundet DanKosts tilbud ukonditionsmæssigt, da bilaget »kundens deltagelse« i bedste fald er udfyldt på en måde, så det er at betragte som et forbehold. Ved ikke at have forkastet DanKosts tilbud har indklagede overtrådt reglerne om ligebehandling i tilbudslovens § 15d. Subsidiært skulle indklagede have foretaget et sagligt skøn af det timeforbrug, som ikke er angivet i DanKosts bilag »Kundens deltagelse«. Dette skøn burde ikke være lavere end det højest angivne timeforbrug fra de andre tilbudsgivere.

Indklagede har gjort gældende, at DanKosts oplysninger var tilstrækkeligt nøjagtige til, at de muliggjorde evaluering. På den baggrund foretog indklagede kapitalisering af kravet om indklagedes medvirken, svarende til 45 timer a 300 kr. Det bestrides, at det af DanKost oplyste tidsforbrug er »urealistisk«, særligt set i lyset af, at der er tale om et IT-standard system, der som udgangspunkt bør kunne implementeres med et meget begrænset ressourceforbrug for kunden. Det af DanKost estimerede tidsforbrug på 45 timer svarer ret nøje til det af Anova anslåede tidsforbrug på 48 timer. Kun klagerens tidsforbrug afveg væsentligt herfra med i alt 133 timer. Det var og er indklagedes vurdering, at projektet kan gennemføres med begrænset projektledelsesindsats, da der er tale om implementering af et mindre standardssystem. Hertil kommer, at DanKost selv bærer risikoen for, hvis tidsforbruget er estimeret for lavt jf. udbuddets kontraktudkast punkt. 9. Det bestrides derfor, at indklagede havde pligt til at bortse fra DanKosts tilbud eller foretage kapitalisering som forbehold.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at DanKosts udfyldelse af »Specifikation af vedligeholdelse med priser« er åbenbart forkert. Det burde være klart for tilbudsgiverne, at skemaet skal bruges til at kapitalisere de løbende ydelser. Derfor skal der angives faste priser og ikke timepriser, ligesom der helt indlysende skal angives en samlet pris. At DanKost ikke har angivet en samlet pris, er at betragte som et forbehold. Indklagede havde derfor pligt til at forkaste DanKosts tilbud. Subsidiært skulle indklagede skønsmæssigt have fastsat de ydelser, som DanKost ikke har opgivet – især under »Individuel mangelfhjælpning«, hvor DanKost har angivet en timepris på 600 kr. Indklagede burde under alle omstændigheder have medtaget de 2 gange 3.000 kr. for »Versioner-installation« og »Releases-installation« i de årlige løbende ydelser.

Indklagede er enig med klageren i, at indklagede ved en fejl ikke har medregnet omkostninger til installation af nye versioner og releases. Der burde på baggrund af tilbuddets oplysninger være tillagt 6.000 kr. årligt for installation af versioner og releases, og det samlede beløb til evaluering i sagens bilag 11 burde derfor for DanKosts have været 44.000 kr. årligt.

Kontrakten vedrører et standardsystem af beskeden værdi. Indklagede havde derfor ingen forventning om, at der ville være behov for individuel mangelfhjælpning af nogen nævneværdig betydning. Realiteten er, at indklagede burde have slettet linjen »individuel mangelfhjælpning« inden udsendelsen af standard K01-bilaget til tilbudsgiverne, hvilket beklageligvis ikke skete. Indklagede så derfor bort fra bemærkningen i DanKosts tilbud om betaling af timepriser på 600 kr. At dette er en korrekt og udbudsretligt forsvarlig løsning følger af, at langt de fleste fejl i en mindre installation som den aktuelle vil blive konstateret senest under driftsprøven og derefter afhjulpnet uden vederlag for indklagede. Kontraktens pkt. 15 indeholder en fuldstændig garanti for, at det leverede lever op til samtlige de stillede krav, gældende i 12 måneder fra overtagelsesdagen. Det er uantageligt, at der ved levering af et mindre standardsystem som det aktuelle skulle opstå behov for individuel mangelfhjælpning efter udløbet af denne 12 måneders periode. Hvis indklagede skulle have kapitaliseret det anførte som forbehold, ville det således have ført til en kapitalisering på 0 kr.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at det tydeligt af DanKosts tidsplan fremgår, at udvikling af snitflader er en aktivitet, der skal foregå efter kontraktunderskrivelsen og som en del af projektet. Tidsplanen viser, at kravene vedrørende snitflader ikke er opfyldt som standard, idet DanKost i den grafiske udfyldelse af tidsplanen har afsat 60 dage til »udvikling af snitflader«. Klageren har gentagne gange over for indklagede udtrykt tvivl om DanKosts opfyldelsesmåde for præcis dette afsnit i kravspecifikationen. Ved at give DanKost maksimumskaraktet for opfyldelsesmåde af kravspecifikationens afsnit 6 har Indklagede overtrådt reglerne om ligebehandling i tilbudslovens § 15d.

Indklagede har gjort gældende, at klagerens påstand indebærer, at indklagede – efter klagerens opfattelse – skulle have forstået DanKosts tilbud for så vidt angår levering af snitflader således, at denne del af DanKosts tilbud var en udviklingsopgave, og at dette burde have trukket ned i evalueringen af DanKosts tilbud.

DanKosts tilbud indeholdt naturligvis – ellers er systemet uanvendeligt – snitflader. Snitflader var en del af det tilbudte system på tilbudstidspunktet og dermed omfattet af definitionen i udbudsbetingelserne. Snitflader etableres med henblik på at få et givet IT-system til at fungere i sammenhæng med andre dele af et givet IT-miljø. I denne sag var det nødvendigt at etablere snitflader mellem kostberegningssystemet og brugergrænsefladen, der skulle indkøbes fra en særskilt leverandør. Det er IT-teknisk nærmest meningsløst at anse etablering af snitflader som »standard« eller »udvikling« i teknisk forstand. Snitflader er individuelle ved implementering af et IT-system i et givet IT-miljø. Det gælder for klageren, DanKost og alle andre. Dette indebærer imidlertid ikke, at der er tale om udviklingsarbejde i traditionel forstand. Indklagede har med rette vurderet, at etablering af nødvendige snitflader som standard indgik i DanKosts ydelse. Det fremgår desuden helt specifikt af DanKosts løsningsbeskrivelse, hvordan DanKosts ville etablere de nødvendige snitflader.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at både klagerens tidsplan og DanKosts tidsplan overholder de 7 foruddefinerede tidsangivelser i tidsplanen. For de øvrige 6 frister, har klageren fejlagtigt angivet tidsperioden for »Afklaringsfasen« til at starte den 16. december 2013. Klagerens tidsangivelse for denne aktivitet kan altså først starte 8 arbejdsdage senere end angivet. Indklagede har på baggrund af de omremsede aktiviteter i afklaringsfasen i klagerens tidsplan tvivlet på, om hele klagerens tidsplan ville holde, idet man ikke mente at alle disse aktiviteter kunne udføres på 4 arbejdsdage. En gennemgang af DanKosts tidsplan sammenholdt med klagerens tidsplan viser imidlertid, at klagerens tidsplan overholder de centrale frister bedre end DanKosts tidsplan, og at klagerens tidsplan er endog en hel del mere robust end DanKosts tidsplan. Det fejlagtigt angivne starttidspunkt for klagerens afklaringsfase har meget begrænset indflydelse sammenlignet med de øvrige faktorer. Ved at give klageren 2 point for »tid« og DanKost 4,5 point for »tid«, har indklagede overtrådt reglerne om ligebehandling i tilbudslovens § 15d.

Indklagede har gjort gældende, at indklagedes evaluering af tilbuddene i relation til underkriteriet »tid« er korrekt og retvisende. Efter fast praksis kan og bør klagenævnet ikke tilsidesætte ordregivers skøn efter kvalitative underkriterier. Ordregivers skøn kan alene tilsidesættes, hvis skønnet er åbenbart urigtigt eller er udøvet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Der er intet grundlag for at tilsidesætte indklagedes skøn i denne sag.

Klagenævnet udtaler:

Indklagedes afvisningspåstand.

Klagerens påstande 1 – 4 indeholder i 1. punktum en kort beskrivelse af den udbudsretlige overtrædelse, klageren mener, indklagede har begået. Indklagede har ikke påstået denne del af påstandene afvist.

Påstand 1 – 4 indeholder i øvrigt synspunkter, som lægger op til, at klagenævnet skal annullere indklagedes tildelingsbeslutning og påbyde indklagede at tildele kontrakten til klageren. Klageren har imidlertid ikke nedlagt sådanne påstande om annulation og om påbud til indklagede.

Efter håndhævelseslovens § 10, stk. 1, 2. pkt., kan klagenævnet ikke tildele en part mere, end den pågældende har påstået. Af forarbejderne til bestemmelsen, der blev indført ved lov nr. 618 af 14. juni 2011, fremgår, at klagenævnet dermed »ikke længere [kan] bistå med formulering af brugbare påstande«.

Klagenævnet er på denne baggrund afskåret fra at tage stilling til, om tildelingsbeslutningen skal annulleres, og om indklagede skal pålægges at tildele kontrakten til klageren.

Indklagedes påstand om delvis afvisning tages derfor til følge, idet afvisningen tillige omfatter den del af påstandene, der angår spørgsmålet om, hvordan indklagede skulle have reageret.

Afvisningen omfatter følgende dele af klagerens påstande:

Påstand 1: Alt fra og med *»og indklagede burde have forkastet...«*

Påstand 2: Alt fra og med *»og indklagede burde have forkastet...«*

Påstand 3: Alt fra og med *»Havde Indklagede korrekt givet...«*

Påstand 4: Alt fra og med *»Havde Klager fået en højere karakter for tidsplanen...«*.

Ad påstand 1

Det fremgår af udbudsbetingelsernes beskrivelse af underkriteriet pris, at evalueringen af tilbuddene i relation hertil bl.a. beror på omfanget af forventet deltagelse fra kunden, og at tilbudsgiverne som en del af tilbuddet skulle estimere omfanget heraf jf. udbudsbetingelsernes bilag 6. Det fremgår videre af kontraktudkastets punkt 9, at afvigelser fra estimerne i bilag 6 ikke måtte påføre kunden væsentlig forøgede omkostninger.

Omfanget af estimeret kundedeltagelse i tilbuddet fra DanKost afveg ikke væsentligt fra omfanget af estimeret kundedeltagelse i tilbuddet fra den tredje tilbudsgiver Anova. Der er ikke i udbudsbetingelserne stillet krav om, at der skulle estimeres kundedeltagelse fra kundens projektleder, og det forhold, at der i bilag 6, tabel 1 var et enkelt forud udfyldt felt hertil, kan

efter den sammenhæng, hvori det indgår, ikke anses for at være udtryk for et mindstekrav.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Det fremgår ikke af udbudsbetingelserne, at der ikke må angives timepriser, stykpriser eller lignende. Da den samlede pris for »nye versioner«, »nye Releases« og »Individuel mangelsafhjælpning«, beror på forhold, der ikke er kendt på tidspunktet for tilbudsafgivelsen, kan DanKosts konkrete udfyldelse af udbudsbetingelsernes bilag 7 ikke anses for et forbehold.

Herefter, og da klagerens påstand ikke angår indklagedes evaluering af tilbuddene i relation til dette punkt, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 3

Det fremgår af udbudsbeskrivelsen, at det ønskede system skal »fungere sammen med en brugergrænseflade«, der indkøbes hos en anden leverandør. Det giver derfor ikke mening at tilbyde en løsning, hvor snitflader ikke er etableret eller forudsættes etableret i forbindelse med leverancen.

Det fremgår af udbudsbetingelserne særligt punkt. 5.3.1.1., at »Udvikling – estimeret« vil »bliv betragtet som optioner, der kan tilkøbes efter overtagelsesdagen« og at der »ved udvikling – estimeret (opfyldelsesmetode 2) menes, at kravet først vil blive opfyldt ved Kundens bestilling heraf efter overtagelsesdagen...«

Udbudsbetingelsernes definition af »Udvikling – estimeret« kan således ikke med mening anses for at angå nogle for systemet forudsatte og nødvendige elementer.

Det synes endvidere åbenbart, at snitflader ikke kan foreligge som standard uden nogen form for tilpasning i en situation, hvor leverandøren af brugergrænsefladen ikke kendes.

Det forhold, at DanKost i sin tidsplan har medtaget en post »udvikling af snitflader« medfører derfor ikke, at indklagede var forpligtet til at foretage en nærmere undersøgelse af, om de af DanKost i tilbuddet afgivne oplysninger var korrekte.

Herefter og da indklagedes skøn, hvorefter DanKost blev tildelt maksimale point for at levere snitflader som standard, ikke er åbenbart forkert, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 4

Tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« giver indklagede et vidt skøn over, hvilket tilbud der bedst opfylder de fastsatte underkriterier og dermed bedst imødekommer indklagedes behov. Der er ikke oplysninger i sagen, der indikerer, at indklagede åbenbart har tilsidesat det vide skøn, der tilkommer indklagede ved evalueringen af tilbuddene, herunder at evalueringen i relation til tidsplanen ikke skulle være sket ensartet i forhold til alle tilbudsgivere eller ikke skulle være sket på grundlag af indholdet i de afgivne tilbud. Efter fast praksis tager klagenævnet i sine afgørelser om, hvorvidt et konkret udbud med tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« på forskellige punkter har været i strid med udbudsreglerne, ikke stilling til, hvilken relativ vurdering af tilbuddene indklagede skulle have foretaget efter de kvalitative kriterier for tildelingen. Klagenævnet erstatter således ikke indklagedes skøn med sit eget.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5

Efter udfaldet af klagenævnets afgørelse vedrørende påstand 1 – 4 er der ikke grundlag for at tilkende klageren erstatning.

Påstand 5 tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Følgende dele af klagen afvises:

Påstand 1: Alt fra og med »og indklagede burde have forkastet...«

Påstand 2: Alt fra og med »og indklagede burde have forkastet...«

Påstand 3: Alt fra og med »Havde Indklagede korrekt givet...«

Påstand 4: Alt fra og med »Havde Klager fået en højere karakter for tidsplanen...«

Klagen tages i øvrigt ikke til følge.

Klageren, Maxys A/S, skal i sagsomkostninger til indklagede, Københavns Kommune, betale 35.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Mette Langborg

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig