

K E N D E L S E

Maxys A/S og
Solid Software Development ApS
(selv)

mod

Region Sjælland
(advokat Claus Berg, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2012/S 223-367677 af 15. november 2012 udbød indklagede, Region Sjælland, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) et elektronisk køkkenstyringssystem. Tildelingskriteriet var fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Udbudsbetingelserne blev udsendt i november 2012, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 21. januar 2013 havde 4 virksomheder, herunder Maxys A/S og Solid Software Development ApS (herefter klagerne) og Dankost ApS, afgivet tilbud. Den 22. februar 2013 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Dankost ApS.

Den 19. april 2013 indgav klagerne klage til Klagenævnet for Udbud over 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 Udbudsdirektivets artikel 2 ved både at vurdere

Klagers funktionalitet lavt på grund af de krav, Klager ikke kan opfylde [...], og samtidig lægge prisen for opfyldelsen af disse krav (Prissat af Klager under »Optioner, der kan vælges efter overtagelsesdagen«) oven i den pris, Klager har opgivet for opgaven [...]. Havde Indklagede brugt Klagers oprindelige pris, som svarer til Indklagedes vurdering af Klagers funktionalitet, ville Klager have vundet udbuddet, idet Klager ville have fået 0,72 points mere samlet.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke at give korrekt beregnet point for pris, som det implicit følger af Indklagedes udbudsbetingelser [...]. Klagers egne udregninger baseret på oplysningerne i udbudsmaterialet giver 0,124 point mere til Klager, hvilket sammen med medhold i en eller flere af de øvrige påstande ville medvirke til, at Klager ville have vundet udbuddet.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke at give korrekte point for funktionalitet, som det implicit følger af Indklagedes udbudsbetingelser [...]. På alle underområder har Klager fået en lavere score, end den man kunne forvente ved at læse udbudsmaterialet. Havde Klager fået point, som man kunne forvente af udbudsmaterialet, ville Klager have vundet udbuddet.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at vægte muligheden for flere sprog, skønt dette slet ikke er nævnt som et krav i udbudsmaterialet. Havde man ikke vægtet flere sprog, ville Klager have fået en højere score for funktionalitet, hvilket ville have medvirket eller direkte ført til, at Klager ville have vundet udbuddet.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at tildele Dankost maksimumscoren 10 point for samtlige underpunkter i »Tidsplan, leveringssikkerhed og organisering« og i »Vedligeholdelse, support og service« [...], men kun tildele Klager 8 point for de samme punkter, skønt der i flere tilfælde er tale om stort set identiske bilag. Havde Klager fået 10 point for alle eller blot nogle af disse bilag, ville Klager have vundet udbuddet.

Påstand 6

Indklagede skal til Klager betale kr. 2.279.991,00 ekskl. moms med procesrente fra den 19-04-2013.

[Påstand 7 (subsidiær i forhold til påstand 6)]

Indklagede tilpligtes til Klager at betale en af Klagenævnet for Udbud skønsmæssigt fastsat erstatning opgjort efter principperne for positiv opfyldelsesinteresse.

[Påstand 8 (mere subsidiær i forhold til påstand 6)]

Indklagede tilpligtes til Klager at betale 351.600,00 kr.

[Påstand 9 (mest subsidiær i forhold til påstand 6)]

Indklagede tilpligtes til Klager at betale en af Klagenævnet for Udbud skønsmæssigt fastsat erstatning opgjort efter principperne for negativ kontraktinteresse.«

Indklagede har over for klageren Maxys A/S erkendt overtrædelserne i påstand 1-5. Over for klageren Solid Software Development ApS har indklagede påstået afvisning af klagen.

Indklagede har vedrørende påstand 6-9 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 6-9, indtil klagenævnet har taget stilling til påstand 1-5, herunder indklagedes påstand om afvisning af klagen i forhold til klageren Solid Software Development ApS.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsbekendtgørelsen indeholder følgende:

»...

II.2.2) Oplysninger om optioner
Optioner: nej

...

III.2.2) Økonomisk og finansiel kapacitet

...

Dokumentation for, at selskabets lønomkostninger modsvarer organisationen.

Dokumentation for, at selskabets aktiver ikke er på under

1.500.000 DKK og heraf må Immaterielle anlægsaktiver maksimalt udgøre 500.000 DKK baseret på 2011 regnskabet.

...

...

IV.2.1) Tildelingskriterier

Det økonomisk mest fordelagtige bud vurderet på grundlag af de nedenfor anførte kriterier

1. Pris. Vægtning 40

2. Funktionalitet. Vægtning 30

3. Tidsplan, leveringssikkerhed og organisering. Vægtning 20

4. Vedligeholdelse, support og service. Vægtning 10

...«

I udbudsbetingelserne er anført følgende:

»...

1.5 Forbehold til kravspecifikationen

Leverandøren kan udelukkende fremsætte forbehold overfor de krav, som fremgår af kravspecifikationen ..., der ikke er angivet som Mindstekrav (U-krav). ...

Det er ikke muligt, at tage forbehold overfor mindstekrav (U-krav).

...

Samtlige forbehold til den af Region Sjælland og Fælleskøkkenet I/S udarbejdede kravspecifikation skal anføres i ét samlet separat dokument, se underbilag 2.2 »Samlet oversigt over forbehold overfor udbudsmaterialet«, således, at det er muligt for Kunden, at danne sig et overblik over det samlede omfang af forbeholdene. Det er leverandørens pligt, at prisfastsætte leverandørens forskellige forbehold til brug for den endelige tilbudsvurdering.

...

2.3. Tildelingskriterier

...

2.3.1 Pris (40 %)

Der gives en samlet vurdering fra 1 til 10 point for delkriteriet »Pris«, hvor 5 point er den forventede pris, mens 0 point gives for det netop acceptable tilbud og 10 point gives til det bedst mulige tilbud. Kunden forventer en samlet økonomi for etablering, vedligehold og support i 4 år inklusiv begge installationer på 1.440.357 kr., hvilket er den forventede pris, men henholdsvis 720.000 kr. og 2.881.427 kr. udgør det bedst mulige og det netop acceptable tilbud. Den samlede bedømmelse for delkriteriet beregnes ud fra pointgivningen og vægtningen.

Følgende dokumentation ligger til grund for denne bedømmelse;

...

Bilag 13: Specifikation af optioner med priser

2.3.2 Funktionalitet (30 %)

Der gives en samlet vurdering fra 1 til 10 point for delkriteriet »Funktionalitet«, hvor 5 point er det forventede, mens 0 point gives det netop acceptable tilbud, mens 10 point gives til det bedst mulige tilbud. Den samlede bedømmelse for delkriteriet beregnes ud fra pointgivningen og vægtningen.

...

2.3.3 Tidsplan, leveringssikkerhed og organisering (20 %)

Der gives en samlet vurdering fra 1 til 10 point for delkriteriet »Tidsplan, leveringssikkerhed og organisering«, hvor 5 point er det forventede, mens 0 point gives det netop acceptable tilbud, mens 10 point gives til det bedst mulige tilbud. Den samlede bedømmelse for delkriteriet beregnes ud fra pointgivningen og vægtningen.

...

2.3.4 Vedligeholdelse, support og service (10 %)

Der gives en samlet vurdering fra 1 til 10 point for delkriteriet »Vedligeholdelse, support og service«, hvor 5 point er det forventede, mens 0 point gives det netop acceptable tilbud, mens 10 point gives til det bedst mulige tilbud. Den samlede bedømmelse for delkriteriet beregnes ud fra pointgivningen og vægtningen.

...«

Af forsiden til klagernes tilbud fremgår, at tilbudsgiveren er Maxys A/S og Solid Software Development ApS. Endvidere fremgår følgende af tilbuddet:

»...

Introduktionsskrivelse

Nærværende dokumentsamling udgør Maxys A/S' og Solid Software Development ApS' tilbud til ... Region Sjælland ... på levering af elektronisk køkkenstyringssystem. Vores produkt, der skal løse opgaven, hedder Xena.

Som det kan ses, er vi gået sammen to virksomheder om at byde på opgaven – i overensstemmelse med udbudsreglerne. De to virksomheder har arbejdet sammen siden stiftelsen af Maxys, så der er tale om en gennemprøvet samarbejdsrelation. ... Skulle vi være så heldige at få tildelt opgaven, vil det være Maxys A/S der står for kontakten med jer –

Solid Software Development ApS vil fungere som underleverandør på tilrettelser, etc. Begge virksomheder vil naturligvis være juridisk ansvarlig over for jer ...

...

Vi tager helt eller delvist forbehold for en række krav i udbudsmaterialet. ... Fælles for alle disse krav er det, at Xena pt. ikke opfylder disse krav helt – men vi er ikke i tvivl om, at vi kan implementere dem! ...

...«

Klagernes direktører har underskrevet tilbuddet. Af tilbuddets dokumentoversigt fremgår, at begge virksomheder bl.a. afgav tro og love-erklæring, indleverede dokumentation for erhvervsansvarsforsikringer, afgav erklæringer vedrørende omsætning og lønomkostninger og indleverede regnskaber for årene 2009 – 2011.

Efter at have modtaget tilbuddet meddelte indklagede den 25. januar 2013, at klageren Maxys A/S ikke var fundet egnet, og at tilbuddet derfor ikke ville blive taget i betragtning. Begrundelsen var, at indklagede anså klageren Maxys A/S som tilbudsgiver, mens klageren Solid Software Development ApS blev anset for at være underleverandør. Da klageren Maxys A/S' aktiver kun var på 1.006.108 kr., hvoraf 604.296 kr. var immaterielle anlægsaktiver, opfyldte Maxys A/S ikke kravet i udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.2).

Klagerne svarede samme dag og anførte, at udbudsdirektivets artikel 47, stk. 2 og 3, medførte, at klageren Solid Software Development ApS' finansielle formåen kunne indgå ved vurdering af, om de økonomiske krav var opfyldt.

Ved e-mail af 29. januar 2013 meddelte indklagede:

»Vi har nu set på sagen igen og beklager hvis vi har tolket dit indledningsskrift forkert. Maxys er hermed vurderet egnet til at byde og vil indgå i den videre vurdering af bud.

...«

I bilaget »Dokumentation for Klagers kostpriser«, som klagerne har fremlagt til dokumentation for erstatningskravet i påstand 6, fremgår bl.a.:

»Kostpriser for udvikling og vedligehold af Xena:

Maxys A/S forestår udviklingen og vedligeholdet af Xena. Arbejdet udføres af to underleverandører: Lynnerup E-CAD ApS og Solid Software Development ApS. Disse to virksomheder fakturerer Maxys A/S for forbrugte udviklingstimer.

...

Kostpriser for support

Maxys A/S forestår support på Xena. Arbejdet udføres af en konsulent, der udlånes på fuld tid af Solid Software Development ApS.

...«

Under klagesagens forberedelse har indklagede over for klageren Maxys A/S erkendt overtrædelserne, som er beskrevet i påstand 1-5. Indklagede har anført følgende som begrundelse for sin erkendelse:

»...

Om baggrunden for at indklagede har taget bekræftende til genmæle overfor Maxys A/S' påstand 1-5 bemærkes, at indklagede efter indgivelsen af klagen i sagen har foretaget en juridisk evaluering af det samlede udbudsmateriale. Det måtte på denne baggrund konstateres, at der dels af indklagede var begået fejl i forbindelse med selve tilbudsbedømmelsen som afspejlet i klagers påstand 1-5, dels forelå en række yderligere alvorlige overtrædelser af udbudsreglerne, som har medført, at udbuddet ikke har været egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Blandt de yderligere overtrædelser af udbudsreglerne som indklagede efterfølgende har konstateret, kan bl.a. fremhæves følgende:

Af udbudsbekendtgørelsen ... fremgår udtrykkeligt, at udbuddet ikke indeholder optioner, jf. udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.2. I strid hermed er der i udbudsbetingelserne blevet lagt op til, at tilbudsgiverne kunne tilbyde optioner, og at disse optioner i givet fald ville indgå i tilbudsbedømmelsen, jf. bl.a. punkt 2.3.1 i udbudsbetingelserne ... Alene af denne grund har udbuddet ikke været egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.

Hertil kommer, at der ifølge udbudsbetingelserne blev stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle »*prisfastsætte leverandørens forskellige forbehold til brug for den endelige tilbudsvurdering*«, jf. udbudsbetingelsernes punkt I.5. Denne del af udbudsbetingelserne var i strid med gældende udbudsregler, idet Klagenævnet for Udbud i flere kendelser har fastslået, at eventuelle forbehold alene må kapitaliseres af ordregiver selv. I den konkrete sag har bl.a. klager prisfastsat i alt 13 forbehold, som herefter er indgået i tilbudsbedømmelsen. Klagers prissætning af de 13 forbehold var for så vidt i fuld overensstemmelse med kravene i udbudsbe-

tingelserne om, at tilbudsgiverne i givet fald skulle foretage denne pris-sætning som led i tilbudsgivningen. Udbudsbetingelserne var imidlertid også i så henseende udformet i strid med gældende udbudsregler. Hertil kommer, at indklagede – som angivet i klagers påstand 1 – begik den yderligere fejl at lade prisfastsættelsen af forbehold indgå i bedømmelsen af både pris og funktionalitet (samt i et vist omfang også i andre af underkriterierne for det økonomisk mest fordelagtige tilbud).

Endvidere har udbuddet indeholdt ulovlige underkriterier for det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet »*tidsplan, leveringssikkerhed og organisering*« samt »*vedligeholdelse, support og service*« ikke var egnede underkriterier i den konkrete sag. Der var således ikke i udbudsbetingelserne givet reel mulighed for, at tilbudsgiverne kunne konkurrere på disse underkriterier. Hertil kommer, at underkriteriet »*tidsplan, leveringssikkerhed og organisering*« burde være opdelt i flere selvstændige underkriterier med hver deres egen vægtning. Underkriterierne var derfor opstillet i strid med udbudsdirektivets artikel 53 samt i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2.

Udbudsbekendtgørelsen indeholdt i øvrigt et ulovligt egnedetskriterium, som ligeledes gjorde udbuddet uegnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, idet kravet i punkt III.2.2 »*Økonomisk og finansiel kapacitet*« om »*dokumentation for at selskabets lønomkostninger modsvarer organisationen*« var uklart og derfor i strid med princippet om gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2.

Bl.a. som følge af ovennævnte forhold var udbuddet ikke egnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. ...
...«

Parternes anbringender

Ad indklagedes afvisningspåstand

Indklagede har til støtte for, at klagen skal afvises i forhold til klageren Solid Software Development ApS, gjort gældende, at det af tilbuddet fra klageren Maxys A/S fremgår, at »Solid Software Development vil fungere som underleverandør på tilrettelser etc.«, ligesom det fremgår af bilaget »Dokumentation for Klagers kostpris«, at »arbejdet udføres af to underleverandører: Lynnerup E-CAD ApS og Solid Software Development ApS. Disse to virksomheder fakturerer Maxys A/S for forbrugte udviklingstimer ... Maxys A/S forestår support på Xena. Arbejdet udføres af en konsulent, der udlånes på fuld tid af Solid Software Development ApS«. På denne bag-

grund må det lægges til grund, at klageren Solid Software Development ApS i henhold til det afgivne tilbud ikke selv var tilbudsgiver, men kun underleverandør for tilbudsgiveren. Klageren Solid Software Development ApS har derfor ikke retlig interesse i at klage til Klagenævnet for Udbud, jf. § 6, stk. 1, nr. 1, i loven om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.

Klagerne har gjort gældende, at det af indledningen til klagernes tilbud fremgår, at klagerne er to selvstændige virksomheder, der er gået sammen som konsortium om at byde på opgaven. Da en ordregiver i sådanne tilfælde gerne vil have en kontaktskabelighed, har klagerne angivet Maxys A/S som sådan. Begge virksomheder opfylder de krav, der stilles i forbindelse med vurderingen af egnethed, og begge virksomheder har haft til hensigt at hæfte solidarisk i forhold til indklagede.

Ad påstand 1-5

Klagerne har gjort anbringender gældende til støtte for påstandene, herunder de anbringender, som fremgår af de citerede påstande.

Indklagede har erkendt overtrædelserne, som er beskrevet i påstandene.

Klagenævnet udtaler:

Ad indklagedes afvisningspåstand

Efter loven om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 1, nr. 1, kan enhver, der har retlig interesse, indgive klage til Klagenævnet for Udbud. Dette omfatter navnlig tilbudsgivere og ansøgere om prækvalifikation eller potentielle tilbudsgivere og potentielle ansøgere om prækvalifikation. Vedrørende underleverandører har klagenævnet i bl.a. kendelse af 3. april 2013, Schneider Electric Danmark A/S og Dansk Industri mod Gladsaxe Kommune, og kendelse af 31. januar 2013, Easy-Climb ApS mod Trafikselskabet Movia, fastslået, at potentielle underleverandører til tilbudsgivere ikke havde konkret retlig interesse, og de havde derfor ikke adgang til at klage til klagenævnet.

I denne sag fremgår det af tilbuddets »introduktionsskrivelse«, at der er tale om et tilbud fra Maxys A/S og Solid Software Development ApS, og det anføres: »Som det kan ses, er vi gået sammen to virksomheder om at byde

på opgaven – i overensstemmelse med udbudsreglerne«. Det anføres endvidere, at Maxys A/S skal stå for kontakten til indklagede, mens Solid Software Development ApS skal være »underleverandør på tilrettelser, etc.«. Begge virksomheder ville være juridisk ansvarlige over for indklagede. Sammen med tilbuddet indleverede begge virksomheder dokumentation for deres økonomiske forhold, og det må lægges til grund, at indklagede – efter i første omgang at have afvist tilbuddet på grund af Maxys A/S' manglende opfyldelse af et af kravene i udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.2) – alligevel tog tilbuddet i betragtning, idet Solid Software Development ApS' økonomiske og finansielle formåen kunne indgå i egnethedsvurderingen.

Efter det anførte lægger klagenævnet til grund, at tilbuddet blev afgivet af begge virksomheder, og at de således dannede et konsortium. Det er derfor uden betydning ved vurderingen af, om Solid Software Development ApS er klageberettiget, at klagerne ved beskrivelsen af den interne opgavefordeling mellem dem bl.a. har anført, at Maxys A/S skulle have kontakten til indklagede, og at Solid Software Development ApS skulle være underleverandør. Klageren Solid Software Development ApS har herefter retlig interesse og er dermed klageberettiget.

Klagenævnet tager ikke indklagedes afvisningspåstand over for klageren Solid Software Development ApS til følge.

Ad påstand 1-5

Indklagede har erkendt at have overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 på den måde, som er beskrevet i påstandene.

Klagenævnet tager herefter påstandene til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved både at vurdere klagerens funktionalitet lavt på grund af de krav, klagerne ikke kan opfylde, og samtidig lægge prisen for opfyldelsen af disse krav (prissat af klagerne under »Optioner, der kan vælges efter overtagelsesdagen«) oven i den pris, klagerne har opgivet for opgaven.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke at give korrekt beregnet point for pris, som det implicit følger af indklagedes udbudsbetingelser.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke at give korrekte point for funktionalitet, som det implicit følger af indklagedes udbudsbetingelser.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at vægte muligheden for flere sprog, skønt dette slet ikke er nævnt som et krav i udbudsmaterialet.

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved at tildele Dankost maksimumscoren 10 point for samtlige underpunkter i »Tidsplan, leveringssikkerhed og organisering« og i »Vedligeholdelse, support og service«, men kun tildele klagerne 8 point for de samme punkter, skønt der i flere tilfælde er tale om stort set identiske bilag.

Indklagede, Region Sjælland, skal i sagsomkostninger til klagerne, Maxys A/S og Solid Software Development ApS, betale 10.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig