

Klagenævnet for Udbud

(Katja Høegh, Lars Tolstrup og Kent Petersen)

J. nr.: 2010-0023113

26. maj 2011

K E N D E L S E

Convergens A/S
(selv)

mod

Viborg Kommune
(advokat Søren Staugaard Nielsen, Århus)

Ved udbudsbekendtgørelse 2010/S 53-078964 af 12. marts 2010 udbød Viborg Kommune (indklagede) som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (udbudsdirektivet) en kontrakt om anskaffelse og vedligeholdelse af et ESDH-system (system til indskanning af al post med dagsordensmodul, med understøtning af administrative processer i forbindelse med skanning, journalisering, sagsbehandling, sagsstyring, dokumentbehandling, arkivering og vidensdeling, med uddannelsespakke samt med integration til 11 oplistede systemer (mailsistem m.v.)).

Følgende virksomheder, som var blevet prækvalificeret, afgav tilbud inden for den i udbudsbetingelserne fastsatte tilbudsfrist den 23. juni 2010:

1. Convergens A/S (klageren)
2. Ditmer A/S
3. Fujitsu A/S
4. Traen A/S

KMD A/S, som også var blevet prækvalificeret, afgav ikke tilbud.

Den 1. november 2010 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Traen A/S.

Den 14. november 2010 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Klagenævnet meddelte ved brev af 17. november 2010 klageren, at klagen ikke havde automatisk opsættende virkning efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 3, stk. 1. Klageren var således blevet underrettet om kontrakttildelingen den 3. november 2010, hvilket betød at klagen for at have automatisk opsættende virkning skulle have været indgivet senest den 13. november 2010. Den 1. december 2010 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning som følge af manglende opfyldelse af betingelsen om uopsættelighed.

Indklagede har oplyst, at kontrakten med Traen A/S er underskrevet den 11. marts 2011.

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 og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved

- a) at undlade at indregne accessoriske omkostninger i form af meromkostninger ved accept af tilbud, som er baseret på en anden IT-plattform end den af indklagede i øvrigt anvendte Lotus Notes platform, ved bedømmelsen af underkriteriet »pris« og ved
- b) ikke i udbudsbetingelserne tilstrækkeligt klart at angive, hvordan den samlede tilbudssum beregnes ved bedømmelse af underkriteriet »pris«, idet der ved bedømmelsen af tilbuddene, uden dette på forhånd var oplyst i udbudsbetingelserne, er indregnet et beløb vedrørende afledte driftsomkostninger.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets ar-

tikel 2 ved at foretage sammenligning af tilbud ved bedømmelse af underkriteriet »pris«, selvom det af udbudsbetingelsernes punkt 5 fremgår, at tilbud ikke vil blive sammenlignet.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved med hensyn til bedømmelsen af underkriteriet »funktionalitet« at have lagt vægt på funktionalitet i forbindelse med »personalesagsadministration«, uagtet der ikke i udbudsbetingelserne er anført et sådant delkriterium til underkriteriet »funktionalitet« eller i kravspecifikationen i udbudsbetingelserne stillet krav vedrørende personalesagsadministration/personaleadministration.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved med hensyn til bedømmelsen af underkriteriet »pris« at indregne optioner, som muligvis ikke bliver udnyttet, hvilket bevirker, at det ikke er den reelle pris i de enkelte tilbud, som indgår i vurderingen

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved med hensyn til bedømmelse af underkriteriet »funktionalitet« at have lagt vægt på:

- a) »Udtræk af ledelsesinformation«, uagtet der ikke i udbudsbetingelserne er anført et sådant delkriterium til underkriteriet »funktionalitet« eller i kravspecifikationen i udbudsbetingelserne stillet krav vedrørende »udtræk af ledelsesinformation«.
- b) »Fremtidige integrationsmuligheder til for eksempel lønsystem«, uagtet der ikke i udbudsbetingelserne er anført et sådant delkriterium til underkriteriet »funktionalitet« eller i kravspecifikationen i udbudsbetingelserne stillet krav vedrørende »fremtidige integrationsmuligheder til for eksempel lønsystem«.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets ar-

tikel 2 samt lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 2, ved fejlagtigt at oplyse klageren om, at standstillperioden, som rettelig udløb den 13. november 2010, udløb den 14. november 2010.

Påstand 7

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 1. november 2010 om at indgå kontrakt med Traen A/S.

Indklagede har vedrørende påstand 1 – 7 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Oplysningerne i sagen

Tildelingskriteriet var i udbudsbekendtgørelsen fastsat til »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

Af punkt 5 i udbudsbetingelserne fremgår om tildelingskriteriet:

»Tildeling af ordren vil ske på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Uanset valg af driftsmodel vil tilbuddene blive vurderet i forhold til nedenstående kriterier, idet hvert tilbud for sig vil blive vurderet i forhold til graden af opfyldelse af kravene i udbudsmaterialet. Der vil ikke ske en sammenligning af tilbud.

Viborg Kommune vil lægge følgende kriterier til grund, der er angivet med følgende vægtning:

Kriterier	Vægt (%)
Funktionalitet	40 %
Pris	25 %
Vedligeholdelse, videreudvikling og service-mål	15 %
Projekt eller samarbejdsorganisation	10 %
Leveringssikkerhed	10 %
...	

Ved funktionalitet forstås en vurdering af, hvorvidt funktionaliteten er til stede på tilbudstidspunktet, graden af opfyldelse af krav på tilbudstidspunktet, overensstemmelse med kravspecifikationen, brugervenlighed samt teknisk/funktionel fleksibilitet. I kriteriet indgår ligeledes en

vurdering af integration med de nuværende systemer, integration mellem de enkelte dele i systemet og fremtidige integrationsmuligheder.

I vurderingen af funktionalitet indgår tilbudspræsentationen, herunder en eventuel systempræsentation.

Ved pris forstås dels den maksimale pris, Viborg Kommune ønsker at afholde, dels den totale pris i forhold til de tilbudte ydelser i kontraktens aftaleperiode på 6 år samt omkostninger ved forlængelse af kontraktperioden med 2 x 1 år. Desuden indgår de omfattede optioner i vurderingen. Vurderingen baseret på følgende:

Anskaffelseskontrakten:

- Den samlede kontraktsum, jf. bilag 1.
- Løbende licensafgifter, jf. bilag 6.
- Samlet pris for udarbejdelse af løsningsbeskrivelse, jf. bilag 7
- Vederlag for gennemførelse af analysefasen, jf. bilag 7
- Priser for de tilbudte ydelser, jf. bilag 7
- Priser for vedligeholdelse, jf. bilag 7

Servicebureaukontrakten, jf. bilag 13:

- Samlet pris for udarbejdelse af løsningsbeskrivelse
- Vederlag for gennemførelse af analysefasen
- Det faste og forholdsmæssige vederlag for brugsret, drift og vedligeholdelse
- Priser for de tilbudte ydelser

Ved vedligeholdelse, videreudvikling og servicemål forstås en vurdering af:

Anskaffelseskontrakten:

- De tilbudte vedligeholdelses- og videreudviklingsbetingelser, jf. bilag 9.
- De tilbudte servicemål, jf. bilag 11.

Servicebureaukontrakten:

- De tilbudte vedligeholdelses- og videreudviklingsbetingelser, jf. bilag 10.
- De tilbudte servicemål, jf. bilag 9.
- Udkast til driftshåndbog, jf. bilag 8.

Ved projekt- eller samarbejdsorganisation forstås en vurdering af, hvorvidt der er tilbudt en sammenhængende og overbevisende projekt eller samarbejdsorganisation med de nødvendige faglige kompetencer, herunder medarbejdere med indsigt i elektronisk sags- og dokumenthåndtering og erfaring med håndtering af større projekter. Vurderingen sker på baggrund af anskaffelseskontraktens bilag 4 eller servicebureaukontraktens bilag 11.

Ved leveringssikkerhed forstås en vurdering af, i hvilket omfang og med hvilket indhold tilbudsgiver opfylder de i udbudsmateriale udtrykte forventninger til nedennævnte forhold (Afhængigt af valg af kontraktform):

Anskaffelseskontrakten:

- Kontraktens pkt. 3.4 (Vedligeholdelse)
- Kontraktens pkt. 3.5 (Servicemål)
- Kontraktens pkt. 5 (Tidsplan)
- Kontraktens pkt. 8 (Ændringshåndtering)
- Kontraktens pkt. 10 (Afprøvning af systemet)
- Kontraktens pkt. 13.2 (Kundens misligholdelsesbeføjelser ved forsinkelse)
- Kontraktens pkt. 14.3 (Kundens misligholdelsesbeføjelser ved mangler)
- Kontraktens pkt. 16 (Forhold hos kunden)
- Kontraktens pkt. 17 (Ophævelse)
- Kontraktens pkt. 20 (Erstatningspligt og ansvarsfraskrivelser)
- Kontraktens pkt. 21.2 (Kundens rettigheder)

Servicebureaukontrakten:

- Kontraktens pkt. 10 (Driftsmiljø)
- Kontraktens pkt. 11 (Afprøvning)
- Kontraktens pkt. 13 (Hovedtidsplan og driftsstart)
- Kontraktens pkt. 14 (Driftshåndbog, driftsplan og driftsdokumentation)
- Kontraktens pkt. 15 (Vedligeholdelse af system og driftsmiljø)
- Kontraktens pkt. 16 (Servicemål)
- Kontraktens pkt. 17 (Ændringshåndtering)
- Kontraktens pkt. 22.2 (Sikkerhed)
- Kontraktens pkt. 22.4 (Katastrofeberedskab og katastrofeplan)
- Kontraktens pkt. 27.2 (Misligholdelsesbeføjelser ved forsinkelse)
- Kontraktens pkt. 28.2 (Misligholdelsesbeføjelser ved mangler)
- Kontraktens pkt. 30 (Kundens forhold)

- Kontraktens pkt. 31 (Opgørelse ved ophævelse)
- Kontraktens pkt. 32 (Erstatningspligt og ansvarsfraskrivelser)
- Kontraktens pkt. 33 (Rettigheder)
- Kontraktens pkt. 42 (Forhold ved ophør)«

Ifølge udbudsbetingelsernes punkt 1 kunne der afgives tilbud på to forskellige driftsmodeller: én, hvor kunden (indklagede) drev systemet og én hvor den valgte leverandør drev systemet på servicebureauvilkår. I udbudsbetingelserne indgik to kontrakter med tilhørende forskellige bilag, »anskaffelseskontrakten« med bilag 1-13 og »servicebureaukontrakten« med bilag 1-14, som vedrørte hver sin driftsmodel.

Der var følgende bilag til anskaffelseskontrakten:

»Bilag 1:	Hovedtidsplan og betalingsplan
Bilag 2:	Kravspecifikation
Bilag 3:	Leverandørens løsningsbeskrivelse
Bilag 4:	Projektorganisation
Bilag 5:	Specifikation af krav til kundens udstyr
Bilag 6:	Programmel med priser
Bilag 7:	Øvrige ydelser med priser
Bilag 8:	Kundens ydelser
Bilag 9:	Vedligeholdelse
Bilag 10:	Afprøvning
Bilag 11:	Service mål og bordsbestemmelser
Bilag 12:	Ændringshåndtering
Bilag 13:	Analysefase«

Som en del af tilbudsafgivelsen skulle tilbudsgiverne udfylde bilagene med de heri krævede oplysninger m.v.

Kravspecifikationen indeholdt blandt andet følgende krav:

»Redegørelse 10. Det er et krav, at systemet kan producere udtræk af såvel metadata som dokumenter, der opfylder lovens rettighedsbestemmelser (jf. Datatilsynets rettighedsvejledning). Tilbudsgiver bedes beskrive, hvorledes udtrækket produceres (FESD-krav 2.3.1).

...

Krav 164 Det er et krav, at slutbruger selv kan opsætte rapporter, herunder faste eksempelvis eller baseret på fristovervågning eller ad hoc (FESD-krav 4.11.1).

Krav 165 Tilbudsgiver bedes angive de standardrapporter, der følger med systemet (FESD-krav 4.11.2).«

De modtagne tilbud fra klageren, Ditmer A/S, Fujitsu A/S og Traen A/S var alle baseret på driftsmodellen med anskaffelseskontrakt.

Tilbuddet fra Traen A/S var baseret på en Acadre-plattform. Indklagedes IT-plattform er i øvrigt Lotus Notes. Tilbuddet fra klageren var baseret på Lotus Notes.

Indklagede udarbejdede til brug for sin bedømmelse et notat om evalueringsmodellen. Af dette fremgår blandt andet, at tilbuddene ikke må sammenlignes. Det fremgår endvidere, at der anvendes en vurderingsmodel, hvor opfyldelsen af kravene i udbudsbetingelserne udmøntes i talværdier på en skala fra 1-5, hvor 5 anvendes, hvor tilbuddet til fulde opfylder udbudsbetingelsernes krav og 1 anvendes, når det i ringe grad opfylder kravene.

Bedømmelsen af tilbuddene er indeholdt i et »Indstillingsnotat – valg af leverandør«, som ligger til grund for tildelingsbeslutningen. Af indstillingsnotatet fremgår, at alle fire tilbud blev fundet konditionsmæssige, og at tilbuddet fra Traen A/S var det økonomiske mest fordelagtige ud fra de fastsatte underkriterier.

Af notatet fremgår om bedømmelsen af mulighederne for integration til indklagedes eksisterende systemer:

Vedrørende tilbuddet fra klageren:

»I forhold til personaleadministration vurderes den tilbudte funktionalitet dog ikke fuldt ud at dække kommunens ønsker. Dyb integration til f.eks. lønsystem forudsætter tilkøb af egentligt personalesagsmodel, der ikke indgår i tilbuddet.

Krav omkring GIS-integration er ikke fuldt ud opfyldt, men det er sandsynliggjort, at de kan opfyldes.

...

Integrationsmulighederne i forhold til kommunens eksisterende Notes-miljø bedømmes som særdeles gode«

Vedrørende tilbuddet fra Ditmer A/S:

»Den tilbudte GIS-integration vurderes som middel og forudsætter ekstra tilretning og udvikling.

Nogle af de krævede integrationer er ikke udviklet og ikke prissat. Samlet set vurderes integrationsmulighederne som middel.«

Vedrørende tilbuddet fra Fujitsu A/S:

»Systemet vurderes generelt at indeholde mange fine funktioner og gode integrationsmuligheder.

Besvarelsen omkring GIS integrationsmuligheder vurderes som under middel.«

Vedrørende tilbuddet fra Traen A/S:

»Generelt vurderes systemet som meget brugervenligt. Der er mange gode funktioner og integrationsmulighederne er veludbyggede.

Der er tvivl om opfyldelsen af visse GIS-krav i besvarelsen.

...

Gode muligheder for udtræk af ledelsesinformation.«

Bedømmelsen resulterede i en pointfordeling som følger:

»

Kriterier	Vægtning	Convergens		Ditmer		Fujitsu		Traen	
Funktionalitet	40 %	4	1,60	4	1,60	4	1,60	4	1,60
Pris	25 %	3	0,75	2	0,50	3	0,75	5	1,25
Vedligeholdelse, Videreudvikling og servicemål	15 %	4	0,60	3	0,45	4	0,60	4	0,60
Projekt- eller samarbejdsorganisation	10 %	4	0,40	3	0,30	5	0,50	5	0,50
Leveringsikkerhed	10 %	5	0,50	5	0,50	4	0,40	4	0,40
I alt			3,85		3,35		3,85		4,35

«

I indstillingsnotatet er der med hensyn til prisvurdering udover selve pointtildelingen alene en gengivelse af det, som fremgår af udbudsbetingelserne om priskriteriet samt følgende bemærkninger vedrørende de enkelte tilbud:

- Convergens A/S: »Den samlede skønsmæssige vurdering inden for delkriteriet »pris« betegnes som opfyldt i middel grad og kan i støtteværktøjet udtrykkes med 3 point.«
- Ditmer A/S: »Den samlede skønsmæssige vurdering inden for delkriteriet »pris« betegnes som opfyldt i begrænset grad og kan i støtteværktøjet udtrykkes med 2 point.«
- Fujitsu A/S: »Den samlede skønsmæssige vurdering inden for delkriteriet »pris« betegnes som opfyldt i middel grad og kan i støtteværktøjet udtrykkes med 3 point.«
- Traen A/S: »Den samlede skønsmæssige vurdering inden for delkriteriet »pris« betegnes som opfyldt i til fulde og kan i støtteværktøjet udtrykkes med 5 point.«

I forbindelse med bedømmelsen blev der i relation til priskriteriet udarbejdet et internt arbejdsdokument med økonomiske beregninger og oplysninger vedrørende de modtagne tilbud. Ifølge det, indklagede senest har oplyst, indeholdt dette prisberegningsskema både beregninger/opsummeringer vedrørende de tilbudte priser til brug for prisbedømmelsen og andre økonomiske beregninger til brug for indklagedes egen budgetlægning. Selve pointtildelingen fremgår af indstillingsnotatet.

I prisberegningsskemaet anføres i en indledende »Prisoversigt« (der er nedenfor alene medtaget de beløb, som klageren har fået en begrænset partsaktindsigt i fra konkurrerende tilbud. Øvrige beløb er oplyst overfor klagenævnet, men medtages ikke her):

»

Prisoversigt – ESDH udbud Viborg Kommune	Fujitsu	Convergens	Traen	Ditmer 2
Pris med alle optioner				
Kontraktsum Samlet pris + uden vedligehold	11.897.816	9.157.675	5.439.550	7.194.580
Kontraktsum Samlet pris + 6 års vedligehold inkl. afledte driftsomkostninger	20.467.096	16.459.201	10.601.706	26.882.760
Vedligeholdelse årligt	1.314.600	1.051.171	769.606	3.189.860
Afledt hardware anskaffelse				
Afledt drift/vedligeholdelse årligt på Hardware				
Basispris uden optioner				

Samlet pris uden vedligehold	5.556.246	5.272.500	3.501.150	3.901.955
Samlet pris + 6 års vedligehold inkl. afledte driftsomkostninger	11.718.726	12.438.726	6.023.106	12.039.035
Vedligeholdelse årligt	931.200	1.051.171	357.706	1.292.360
Afledt hardware anskaffelse				
Afledt drift/vedligeholdelse årligt på Hardware				

«

På de følgende sider i prisberegningsdokumentet er der efter en »sammenligning af kravbesvarelser« fire faner, én for hver af tilbudsgiverne, som viser, hvilke konkrete delpriser fra tilbuddene fra de enkelte tilbudsgivere, der indgår i den angivne »Samlet pris uden vedligehold og drift« (med og uden optioner). Disse delpriser er opdelt på blandt andet: licenser, integrationer, standardprogrammel – optioner, faste optioner, øvrige ydelser. De fire faner vedrørende de enkelte tilbudsgivere indeholder ikke betegnelser, som angives at være eller fremtræder som afledte driftsomkostninger. Efter disse faner sidder en yderligere fane, hvori der er tre overordnede kolonner »Anskaffelser«, »Årlige driftsudgifter« og »Årlig driftsudgift total«. Kolonnen »Anskaffelser« er yderligere opsplittet i delkolonnerne: H/W, Diske, OS, MSSQL, Andet og Total. Kolonnen »Årlige driftsudgifter« er opsplittet i delkolonnerne: H/W, OS vedl., MSSQL vedl., Backup/GB, Backup i kr., Strøm, Netadgang, Maintenance og Drift total. Kolonne tre »Årlig driftsudgift total« viser de totale årlige driftsudgifter i år 1, 2, 3 og 4. For hver tilbudsgiver er der angivet specificerede priser under enkelte delkolonner, således at der for hver enkelt tilbudsgiver er angivet priser på for eksempel »Applikation«, »Dokumentserver« m.m. Det er herudover for hver tilbudsgiver specificeret, hvilke ydelser/produkter som på denne måde er medtaget under anskaffelsespris/driftsudgifter. Disse ydelser/produkter er forskellige fra tilbudsgiver til tilbudsgiver. Der angives for hver af tilbudsgiverne totalbeløb under henholdsvis »Anskaffelser« og »Årlige driftsudgifter«. Totalbeløbene vedrørende hvert af tilbuddene i kolonne et og to svarer til beløbene angivet for hver af tilbudsgiverne i oversigten forrest i bilaget under posterne »Afledt hardware anskaffelse« og »Afledt drift/vedligeholdelse årligt på Hardware«.

Indklagede har oplyst, at de afledte driftsomkostninger i form af »Afledt hardware anskaffelse« og »Afledt drift/vedligeholdelse årligt på Hardware«, som fremgår af den indledende »Prisoversigt«, og som er nærmere specificeret i fanen med de tre overordnede kolonner »Anskaffelser«, »Årlige driftsudgifter« og »Årlig driftsudgift total«, vedrører de it-mæssige anskaffelser, som indklagede ville være nødt til at foretage ved valg af de en-

kelte tilbud og de årlige driftsudgifter ved valg af de enkelte tilbud. Beløbene er baseret på de oplysninger, tilbudsgiverne havde givet ved udfyldning af bilag 5 »Specifikation af krav til kundens udstyr« til anskaffelseskontrakten, idet indklagedes it-sagkyndige på dette grundlag vurderede, hvilke investeringer, der ville være nødvendige ved antagelse af de enkelte tilbud.

Indklagede gjorde i svarskriftet gældende, at indklagedes beregning af afledte driftsomkostninger og inkludering af disse i prisvurderingen er i overensstemmelse med Rettens dom af 2. marts 2010 i sag T-70/05, *Evropaïki Dynamika mod EMSA*, ad anbringende 3. I indklagedes processkrift I oplyste indklagede derimod, at beregningerne af disse afledte omkostninger slet ikke indgik i bedømmelsen og tildelingen. Disse beregninger blev ifølge det i dette processkrift anførte alene foretaget med henblik på indklagedes budgetlægning og økonomistyring. Der er ifølge indklagede dermed ikke ved bedømmelsen af de tilbudte priser indregnet afledte omkostninger i de tilfælde, hvor tilbuddet baserede sig på en anden IT-plattform end den, som indklagede i øvrigt anvender, ligesom der – i modstrid med, hvad klageren – på grundlag af indklagedes oplysning i svarskriftet – har antaget – heller ikke indgik vægtningskoefficienter vedrørende afledte omkostninger. På klagenævnets forespørgsel har indklagede oplyst, at ændringen i indklagedes oplysninger og anbringender om, hvad der indgik ved bedømmelsen af priskriteriet, skyldes, at indklagede, da svarskriftet blev afgivet, fejlagtigt var af den opfattelse, at afledte driftsomkostninger var indgået i evalueringen. Da indklagede senere fik en forklaring fra sine medarbejdere, blev det konstateret, at dette alligevel ikke var tilfældet.

Ved elektronisk sendte breve af 3. november 2010 underrettede indklagede tilbudsgiverne, herunder klageren, om tildelingsbeslutningen. Af brevene fremgår blandt andet:

»Viborg Kommune har i forhold til Convergens A/S vurderet følgende:

Funktionalitet:

...

- I forhold til personalesagsadministration vurderes den tilbudte funktionalitet dog ikke fuldt ud at opfylde kommunens ønsker. Dyb integration til f.eks. lønssystem forudsætter tilkøb af egentligt personalesagsmodel, der ikke indgår i tilbuddet.

...

Viborg Kommune kan som følge af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. tidligst indgå kontrakt efter udløbet af en stand still periode på 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, nærværende underretning afsendes.«

Klageren kom ved brev af 4. november 2010 til indklagede med en række indsigelser mod bedømmelsen og anmodede om indklagedes stillingtagen hertil. Indklagede forholdt sig til indsigelserne i et brev til klageren af 10. november 2010. Indklagede fastholdt vurderingen. I et mailsvar af 11. november 2011 på en meddelelse fra klageren om at ville gå videre med en klage i sagen, fastholdt på ny indklagede, at tilbudsvurderingen var sket korrekt. Indklagede gjorde endvidere opmærksom på:

»at den automatiske opsættende virkning kun kan opnås ved at klage til Klagenævnet for udbud inden for stand still perioden. Stand still perioden udgør 10 kalenderdage, der regnes fra dagen efter afsendelse af den elektroniske afslagsskrivelse, det vil sige, at perioden udløber på 11. dagen. Det betyder, at Viborg Kommune lovligt kan indgå kontrakt på 12. dagen regnet fra datoen for afsendelse af afslaget.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1 a

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved valg af Traen A/S' tilbud påføres ekstra omkostninger til ny software og hardware, fordi dette tilbud er baseret på en anden IT-plattform, Acadre, end den Lotus Notes platform, indklagede i forvejen anvender. Klagerens tilbud er i modsætning hertil baseret på en Lotus Notes platform. Valg af klagerens tilbud ville dermed ikke påføre indklagede ekstra omkostninger. De accessoriske omkostninger i form af meromkostninger ved at anvende en løsning baseret på en anden IT-plattform burde have været indregnet som en del af prisen for Traen A/S' tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at det klageren forstår ved »accessoriske omkostninger« ikke har indgået og heller ikke kunne og skulle indgå som en del af tilbudsevalueringen. At sådanne accessoriske omkostninger ikke ville indgå ved vurderingen af underkriteriet pris, fremgår klart af udbudsbetingelserne. En undladelse af at medtage sådanne accessoriske om-

kostninger er dermed ikke i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Tværtimod ville det være i strid med de EU-retlige grundprincipper at medregne sådanne »accessoriske omkostninger«, idet der intet er nævnt herom i udbudsbetingelserne.

Ad påstand 1 b

Klageren har gjort gældende, at det ikke fremgår, at afledte driftsomkostninger indgår i vurderingen af den pris, som tilbudsgiverne har tilbudt. Det er endvidere uklart, hvorledes de afledte driftsomkostninger er beregnet.

Indklagede har som angivet ovenfor som sit endelige anbringende gjort gældende, at afledte driftsomkostninger ikke har indgået ved bedømmelsen af priskriteriet, idet beregningerne heraf alene er sket til brug for indklagedes interne budgetlægning og økonomistyring. For det tilfælde, at klagenævnet trods indklagedes rettelse af sin indledende fejlagtige oplysning om, hvordan prisvurderingen er sket, alligevel måtte lægge til grund, at afledte driftsomkostninger har indgået ved bedømmelsen af priskriteriet – har indklagede gjort gældende, at indklagedes beregning af afledte driftsomkostninger er i overensstemmelse med Rettens dom af 2. marts 2010 i sag T-70/05, *Evropaïki Dynamika mod EMSA*, ad anbringende 3, hvorefter vægtningskoefficienter kan anvendes uden forudgående underretning af tilbudsgiverne, hvis der ikke herved sker en ændring af underkriterierne, og der ikke indgår elementer, som ville have påvirket indholdet af tilbuddene, hvis de havde været kendt på forhånd, og de ikke virker diskriminerende.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at det kan udledes af den pointtildeling, der er sket med hensyn til pris, hvor Traen A/S får 5 point og klageren får 3 point, at tilbuddet med den laveste pris tildeles pointværdien 5, og at pointtildelingen til de øvrige tilbud sker med udgangspunkt heri. Med andre ord er der sket en efter formuleringen af udbudsbetingelserne ulovlig sammenligning af tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at bedømmelsen ikke er sket ved en sammenligning af tilbud. Det kan herved hverken udledes af udbudsbetingelserne eller beslutningsnotatet om bedømmelsen, at tilbuddet med den laveste pris automatisk tildeles pointværdien 5 vedrørende »pris«. Indklagede

har foretaget en skønsmæssig vurdering ud fra indklagedes markedskendskab til tilsvarende ydelser baseret på beregninger af de tilbudte priser. Som en del af skønnet har tillige indgået det kendskab, indklagede har opnået ved at se de øvrige tilbudsgiveres priser. Med hensyn til underkriterier om »pris« kan der i øvrigt ifølge klagenævnets praksis, lovligt foretages en relativ vurdering, jf. kendelse af 21. april 2009, Hoffmann A/S mod Andelsboligforeningen Hørsholm Karlebo og kendelse af 10. april 2008, MT Højgaard A/S mod Slots- og Ejendomsstyrelsen.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at det fremgår af meddelelsen om tildelingsbeslutningen af 3. november 2010 og indstillingsnotatet, at personalesagsadministration har været anvendt som et delkriterium ved bedømmelsen af underkriteriet »funktionalitet«. Da et sådant delkriterium hverken følger af udbudsbetingelsernes punkt 5 eller kravene i kravspecifikationen, er et sådant kriterium ulovligt.

Indklagede har gjort gældende, at selv om det må medgives, at den sproglige formulering i meddelelsen om tildeling ikke er optimal, vedrører den vurdering, der har fundet sted – trods den uheldige formulering – ikke decideret personaleadministration. Vurderingen har alene vedrørt mulighederne for at integrere den tilbudte løsning til personaleadministrationssystemerne, f.eks. til lønssystemet. Det er også det, som fremgår af indstillingsnotatet. Det fremgår tydeligt af udbudsbetingelsernes punkt 5, at integrationsmulighederne til eksisterende systemer ville indgå i bedømmelsen vedrørende underkriteriet funktionalitet.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at det ikke er lovligt, at optioner er indgået ved beregningen af prisen, idet der dermed medtages fiktive elementer, som ikke afspejler den reelle økonomi i projektet. Det er herunder heller ikke i fornødent omfang beskrevet i udbudsbetingelserne, hvordan optioner indgår i prisberegningen.

Indklagede har gjort gældende, at det af udbudsbetingelserne klart fremgår, at de omfattede optioner indgår i vurderingen. Indklagedes bedømmelse, som indebar, at alle optioner indgik i prisvurderingen, uden hensyn til det

kontraktuelle spørgsmål om optionerne rent faktisk udnyttes i kontraktperioden, er dermed fuldt ud korrekt og overensstemmende med udbudsbetingelserne.

Ad påstand 5 a og 5 b

Klageren har om de to påstande gjort gældende, at når indklagede specifikt fremhæver »Gode muligheder for udtræk til ledelsesinformation« ved bedømmelsen af funktionaliteten af Traen A/S' tilbud og for så vidt angår klagerens tilbud (manglende) mulighed for »Dyb integration til f.eks. lønsystem« må det være udtryk for, at disse forhold er indgået som egentlige delkriterier til underkriteriet om funktionalitet. Da sådanne delkriterier ikke fremgår af udbudsbetingelserne, herunder kravspecifikationen, har indklagede ikke lovligt kunnet lægge vægt på disse kriterier.

Indklagede har om begge påstande gjort gældende, at vurderingen vedrørende underkriteriet »funktionalitet« er foretaget i overensstemmelse med det angivne i udbudsbetingelserne. Der har ikke været foretaget en favorisering af nogen af tilbudsgiverne, og alle tilbud er blevet vurderet objektivt og sagligt, i fuld overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, og ud fra det angivne i udbudsbetingelserne.

For så vidt angår påstand 5 a vedrører fremhævelsen af muligheden for udtræk af ledelsesinformation i overensstemmelse med sædvanlig IT-mæssig sprogbrug udtræk fra systemet, som er af interesse for ledelsen. Der er på en række punkter i kravspecifikationen stillet krav til »udtræk«, som falder under begrebet »ledelsesinformation«, f.eks. »redegørelse 10«, »krav 164« og »krav 165«. Der er herunder stillet krav om en beskrivelse af mulighederne i den tilbudte løsning.

For så vidt angår påstand 5 b er det i indstillingsnotatet anførte om mulighederne i klagerens tilbud for »Dyb integration til f.eks. lønsystem« på samme måde som det, der anføres om personalesagsadministration, udtryk for en bedømmelse af mulighederne for integration til eksisterende systemer, herunder lønsystemet. Der henvises herved til det ad påstand 5 a anførte om, at integrationsmuligheder ifølge udbudsbetingelserne ville indgå i bedømmelsen vedrørende underkriteriet funktionalitet.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at det, klageren har forholdt sig til og har taget udgangspunkt i ved indgivelsen af klagen med begæring om opsættende virkning, er oplysningen i indklagedes e-mail af 11. november 2010, hvor det fejlagtigt oplyses, at perioden udløber på 11. dagen regnet fra den elektronisk sendte meddelelse om tildelingsbeslutningen og at indklagede lovligt kunne indgå kontrakt på 12. dagen herefter. Oplysningerne i e-mailen er fejlagtige og vildledende, og påstanden skal derfor tages til følge.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tage påstanden til følge. Indklagede har i mailen af 11. november korrekt oplyst klageren om standstillperioden, herunder at den udløber på 11. dagen. Selvom klagenævnet måtte antage, at der er fejl i det, indklagede har oplyst i e-mailen af 11. november 2010, er dette under alle omstændigheder en almindelig sagsbehandlingsfejl vedrørende manglende opfyldelse af en vejledningsforpligtelse, men ikke en udbudsretlig overtrædelse.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at der efter karakteren af overtrædelserne skal ske annulation.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke foreligger overtrædelser som påstået, og derfor ikke skal ske annulation.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 a

Ifølge klageren skulle indklagede have indregnet de ekstra omkostninger, som indklagede ville få ved et valg af tilbud, som var baseret en anden IT-platform, end den indklagede i øvrigt anvender, som et tillæg til den af den pågældende tilbudsgiver tilbudte pris.

Efter udformningen af udbudsbetingelsernes punkt 5 er der intet grundlag for, at indklagede skulle inddrage sådanne omkostninger ved bedømmelsen af tilbuddene i relation til underkriteriet pris.

At indklagede har valgt at foretage udbuddet sådan, at »accessoriske omkostninger«, der skyldes, at et tilbud er baseret på en anden IT-plattform end den, indklagede i øvrigt benytter, ikke indregnes, er endvidere ikke en overtrædelse af de udbudsretlige regler.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 1 b

Prisberegningsdokumentet er ifølge indklagede et internt hjælpeberegningsskema. I dokumentet er de underliggende beregninger af tilbudsgiverens pris og de afledte driftsomkostninger holdt adskilt.

Pointtildelingen i indstillingsnotatet vedrørende pris er fuldt ud forenelig med de totalpriser, prisoversigten i prisberegningsdokumentet viser. Prisoversigten i prisberegningsdokumentet viser således, at Traen A/S' tilbud var klart det laveste, hvilket stemmer overens med, at dette tilbud fik det højeste antal points i indstillingsnotatet. Også med hensyn til de øvrige tilbudsgivere stemmer pointtildelingen overens med deres prismæssige placering i forhold til de øvrige tilbudsgivere.

På den baggrund – og uanset indklagedes indledende oplysning om at afledte driftsomkostninger indgik i vurderingen af delkriteriet pris - finder klagenævnet ikke grundlag for at antage, at afledte driftsomkostninger i form af »Afledt hardware anskaffelse« og »Afledt drift/vedligeholdelse årligt på Hardware« er indgået ved vurderingen af priskriteriet.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Klagenævnet bemærker samtidig, at uanset om de opgjorte omkostninger vedrørende »Afledt hardware anskaffelse« og »Afledt drift/vedligeholdelse årligt på Hardware« indgik i prisvurderingen, kan dette ikke antages at have haft nogen mærkbar indflydelse på bedømmelsen af de tilbudte priser til følge. Den prismæssige placering af tilbudsgiverne er således den samme, uanset om de af indklagede beregnede afledte driftsomkostninger i form af »Afledt hardware anskaffelse« og »Afledt drift/vedligeholdelse årligt på Hardware« indgår eller ej. En medtagelse af afledte driftsomkostninger ved prisvurderingen ville dermed ikke kunne begrunde annullation af tildelingsbeslutningen.

Ad påstand 2

Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 5, at bedømmelsen ikke vil ske ved en sammenligning af tilbud. Dette gælder efter formuleringen også bedømmelsen vedrørende underkriteriet pris.

Indklagede har oplyst, at bedømmelsen af de tilbudte priser er sket skønsmæssigt baseret på indklagedes markedskendskab, herunder således, at der i skønnet også er indgået den yderligere viden, som de i denne sag tilbudte priser har bibragt indklagede. Der er ikke efter oplysningerne i sagen grundlag for at antage, at bedømmelsen er sket på anden vis end oplyst af indklagede.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 3

Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 5, at integration med indklagedes nuværende systemer, enkelte dele i systemet og fremtidige integrationsmuligheder indgår ved bedømmelsen af underkriteriet »funktionalitet«. Klagenævnet finder, at det, som anføres i indstillingsnotatet om, at klagerens tilbud ikke med hensyn til personalesagsadministration vurderes fuldt ud at opfylde kommunens ønsker, og om, at dyb integration til f.eks. lønsystem forudsætter tilkøb af egentligt personalesagsmodel, ikke ligger uden for rammerne af den bedømmelse af integration, det i punkt 5 forudsættes vil finde sted ved bedømmelsen af »funktionalitet«. Det kan ikke føre til et andet resultat, at indklagede i meddelelsen om tildelingsbeslutningen af 3. november 2010 har udtrykt sig på en måde, som kunne give anledning til, at tro, at »personalesagsadministration« er blevet anvendt som et yderligere selvstændigt delkriterium ved vurderingen.

Påstand 3 tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 4

Det fremgår klart af udbudsbetingelsernes punkt 5, at alle optioner indgår ved vurderingen af underkriteriet pris. Indklagede har i overensstemmelse hermed ladet alle optioner indgå ved vurderingen af priser.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5 a

Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 5, at der ved bedømmelsen af underkriteriet funktionalitet indgår en vurdering af overensstemmelse med kravspecifikationen. Af kravspecifikationen fremgår, at der stilles krav til mulighed for udtræk af metadata og dokumenter, der opfylder lovens rettighedsbestemmelser, og at tilbudsgiverne skulle redegøre for, hvordan udtræk produceres (redegørelse 10). Endvidere skulle det tilbudte system tillade, at slutbruger selv kunne opsætte rapporter, og tilbudsgiverne skulle i den forbindelse oplyse, hvilke standardrapporter der følger med systemet, jf. herved ifølge krav 165, jf. 164.

Klagenævnet finder på den baggrund, at indklagedes inddragelse af en vurdering af mulighederne for udtræk af ledelsesinformation må anses for omfattet af underkriteriet funktionalitet.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5 b

Som det fremgår ad påstand 5 a finder klagenævnet, at det, som anføres i indstillingsnotatet vedrørende klagerens tilbud om, at dyb integration til f.eks. lønsystem forudsætter tilkøb af egentligt personalesagsmodel, der ikke indgår i tilbuddet, ikke ligger uden for rammerne af den bedømmelse af integration, det i udbudsbetingelsernes punkt 5 forudsættes, vil finde sted ved bedømmelsen af »funktionalitet«.

Påstand 5 b tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 6

Ifølge § 2, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., skal ordregiverens underretning om beslutningen efter stk. 1, nr. 2 og 3, herunder meddelelser vedrørende tildelingsbeslutninger, som indklagedes meddelelse af 3. november 2010, angive, hvornår standstillperioden, jf. § 3, stk. 1, udløber.

Det er i indklagedes elektronisk sendte meddelelse af 3. november 2010 svarende til, hvad der fremgår af bestemmelsen i § 3, stk. 1, angivet, at indklagede tidligst kan indgå kontrakten efter udløbet af en standstillperiode på 10 kalenderdage regnet fra dagen, hvor meddelelsen blev sendt. Den anvendte formulering indebærer ikke, at indklagede har oplyst klageren om, at standstillperioden, som rettelig udløb den 13. november 2010, udløb den 14. november 2010.

Indklagedes e-mail af 11. november 2010 er et efterfølgende svar på en meddelelse fra klageren om at ville gå videre med en klage i sagen. Det forhold, at det er i svaret udtrykkeligt er angivet, at det, at standstillperioden »udløber på 11. dagen fra afsendelsen« af meddelelsen, skal forstås sådan, at klage skal være indgivet inden 11. dagen (den 14. november 2010) for, at der kan blive tale om automatisk opsættende virkning, og at det ydermere angives, at indklagede først lovligt kan indgå kontrakt på 12. dagen (den 15. november 2010), kan ikke begrunde, at der er sket en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 samt lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 2.

Påstanden tages ikke til følge.

Klagenævnet bemærker, at det ikke i underretningen af 3. november 2010 er angivet, på hvilken dato fristen udløber, hvilket indklagede skulle have anført, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 2. Påstanden vedrører imidlertid ikke dette forhold, og klagenævnet finder henset til den rent formelle karakter af overtrædelsen, ikke anledning til at tage dette spørgsmål op af egen drift.

Ad påstand 7

Da der ikke er konstateret overtrædelser, tages påstanden om annullation ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig