

Klagenævnet for Udbud

(Michael Kistrup, Michael Jacobsen, Kaj Kjærsgaard)

J.nr.: 2010-0022303

8. april 2011

K E N D E L S E

IBM Danmark ApS
(selv)

mod

Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S
(cand. merc. jur. Peter Dann Jørgensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 19. oktober 2009 (2009/S 205-295094) udbød indklagede Statens og Kommunernes Indkøbsservice 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) rammeaftale 02.22 om levering af IT-driftkapacitet, der i væsentlige skulle bestå af CPU-kraft inkl. operativsystem og lagringskapacitet.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 1. december 2009 havde en række virksomheder anmodet om prækvalifikation, herunder klageren IBM Danmark A/S. Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 5. marts 2010 havde 17 virksomheder, herunder klageren, afgivet tilbud.

Den 6. april 2010 besluttede indklagede at indgå kontrakt med 12 virksomheder, men ikke med klageren.

Den 1. juli 2010 indgav klageren 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 gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og udbudsdirektivets artikel 53 ved at anvende en evalueringsmodel, der i relation til underpunktet »Tværgående miljøforudsætninger« under punktet »Miljø« i »Angivelse af Kvalitet og Leveringssikkerhed og Miljø« ikke er egnet til at identificere den mest miljørigtige leverandør.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og udbudsdirektivets artikel 53 ved i svar til spørgsmål 51 samt spørgsmål 72 ikke at have tilgodeset det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere udbudsforretningen, således at udbuddet går om.

Indklagede har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

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

Af udbudsbetingelsernes pkt. 3.1.4 fremgår, at tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« bestod af 4 delkriterier og dertil hørende 2-3 underkriterier, der indgik i bedømmelsen med følgende vægte:

1.1 Pris: 35 %

1.1.1 Ydelser: 80 %

1.1.2 Medarbejderressourcer: 20 %

1.2 Kvalitet og leveringssikkerhed: 30 %

1.2.1 Processer: 33,33 %

1.2.2 Kvalificeringsniveau: 33,33 %

1.2.3 Modenhed 33,33 %

1.3 Sortiment: 25 %

1.3.1 Sortimentsbredde: 50 %

1.3.2 Sortimentsdybde 50 %

1.4 Miljø: 10 %

1.4.1 Tværgående forudsætninger: 50 %

1.4.2 Specifikke forudsætninger: 50 %

Indklagedes vurdering af tilbud i forhold til underkriteriet »Miljø« og delkriteriet »Tværgående forudsætninger« skete på grundlag af tilbudsgivernes besvarelse af 2 spørgsmål af følgende indhold:

- a) »Angiv ved ja/nej hvorvidt tilbudsgiver kan tilbyde kunden opkøb af CO2 kvoter.«
- b) »Angiv ved ja/nej, hvorvidt tilbudsgiver anvender vedvarende energikilder med RCES certifikater eller alternative energikilder på anden vis.«

Klageren besvarede spørgsmål a) benægtende og spørgsmål b) bekræftende.

Udbuddet var tilrettelagt således, at tilbudsgiverne skulle afgive tilbud på bl.a. central serverdrift, som var inddelt i 3 typer; »kundejet boksmodel«, »leverandøret boksmodel« og »leverandøret utility model«. Klagen angår den sidstnævnte model.

For så vidt angår »leverandøret utility« model skulle tilbudsgiverne afgive tilbud på 3 servermodeller bestående af simpel, medium og kompleks server. Indklagede har besvaret en række spørgsmål vedrørende serverne, herunder spørgsmål 51 og 72. Spørgsmålene og svarene herpå er sålydende:

»Spørgsmål 51:

I fanebladet med »Central Serverkapacitet« skal der for »Utilitymodel - Leverandøret« oplyses priser på 3 kategorier af server Simpel, Middel og Komplex, hvor finder vi kapacitetsbeskrivelsen for hver af disse modeller?

Svar 51

Kapacitetsbeskrivelsen for de tre server kapacitetskategorier under Central serverkapacitet, Utilitymodel leverandøret er her:

Der opereres med tre typer af servere

Simpel

Medium

Kompleks

Definition af servere - alle numeriske angivelser er minimum antal (CPU/RAM/HD plads, initielt):

Simpel (4 cores/4 Gb/min. 40 Gb)

Medium (8 cores/8 Gb/min. 40 Gb)

Kompleks (16 cores/16 Gb/min. 40 Gb)

Spørgsmål 72:

Spørgsmål vedr.: RA02 22-RBOI-Angivelse af Pris og Sortiment.xls, Faneblad Central serverkapacitet, linie 600:

Hvordan defineres en »Virtuel CPU« defineres den i GHz?

Svar 72

Virtuel CPU er en enhed der logisk svarer til en kerne i en multikerne CPU, eksempelvis er der fire kerner i en Quad Core CPU. Teknologien de virtuelle CPU'er baserer sig på skal være svarende til de på aftaleindgåelsestidspunktets markedsherskende standarder, således at eksempelvis den clockfrekvens CPU'er anvender, er gældende mainstream clockfrekvens for pågældende type CPU (f.eks. 3 Ghz).«

Af udbudsbetingelsernes pkt. 3.2.2. fremgår, at indklagede vælger mindst 8 og maksimalt 12 leverandører.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at evalueringsmodellen ignorerer graden af miljøbevidsthed, og at den kan bedømme en mindre miljøbevidst leverandør over en mere miljøbevidst leverandør. Klageren har derfor opnået forkert score på grund af denne fejl. Et negativt svar på spørgsmålene indebærer negativ bedømmelse. Såfremt en leverandør køber CO2-kvoter og har certifikat på, at f.eks. 30 % af den anvendte strøm er RECS-certificeret, scorer denne mindre miljøbevidste leverandør højere end den mere miljøbevidste leverandør, der ikke køber CO2-kvoter, men som udelukkende anvender RECS-certificeret strøm. Hertil kommer, at det ikke var muligt at angive eller kommentere på – f.eks. procentuelt – hvor meget strøm der købes som RECS-certificeret.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har foretaget en korrekt tilbudsvurdering af klagerens tilbud i forhold til underkriteriet miljø og delkriteriet tværgående miljøforudsætninger. Indklagede har anvendt tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og udbudsdirektivets artikel 53 anfører direkte miljøforhold som et eksempel på et konkurrenceparameter, som er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Delkriteriet tværgående miljøforudsætninger vægter alene 5 % af den samlede tilbudsvurdering.

Det bestrides, at klagerens eksempel illustrerer, at indklagede har benyttet en evalueringsmodel i strid med udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53. Ifølge udbudsmaterialet skal tilbudsgiverne til brug for indklagedes evaluering af tilbud i forhold til underkriteriet »Miljø« og delkriteriet »Tværgående miljøforudsætninger« besvare 2 spørgsmål, som vægter indbyrdes lige.

Begge spørgsmål forholder sig overordnet til, hvordan den valgte leverandør kan bidrage til at nedbringe den miljømæssige belastning og nedbringelse af CO₂-påvirkningen af miljøet. Men for at opfylde kundernes behov er vinklen i spørgsmålene forskellig. Spørgsmål a) er rettet imod kundens mulighed for nedbringelse af CO₂-påvirkningen ved leverandørens hjælp, hvorimod spørgsmål b) er rettet imod leverandørens hensyntagen til miljøet i forbindelse med levering af de konkrete ydelser under rammeaftalen. Spørgsmål a) vedrører således tilbudsgiverens stillingtagen til, hvorvidt tilbudsgiveren kan tilbyde kunden den service at opkøbe CO₂ kvoter på kundens vegne, men ikke til, i hvilket omfang leverandøren selv opkøber CO₂ kvoter til eget brug. Spørgsmål b) forholder sig derimod til, om tilbudsgiveren selv anvender vedvarende certificerede energikilder. Da vinklen i spørgsmålene således er afgørende forskellig, giver det endvidere ikke mening at sammenligne besvarelsen af spørgsmålene og vurdere denne besvarelse op imod hinanden, således som dette er sket i klagerens eksempel.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at konklusionen på indklagedes svar på spørgsmål 51 og 72 er, at den mindste model server, man kan tilbyde i Utilitymodellen, er med 4 CPU, idet indklagede angiver at der kan bydes på 3 typer servere: simpel, medium og kompleks. I svar 51 angives, at en simpel server indeholder 4 cores, og i svar 72 angives at en core er lig med en CPU. Med den for tiden værende tilgængelige teknologi er det ikke muligt at anvende 16 CPU i Utilitymodellen.

Konsekvensen er, at en tilbudsgiver skal byde med en pris, der er næsten 4 gange så høj som nødvendigt, alternativt afgive et ukonditionelt tilbud for at byde med markedsstandard og den tilgængelige teknologi.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har tilrettelagt udbudsforretningen i overensstemmelse med, hvad markedet kan tilbyde på området for forskellige servertyper, og at klageren som den eneste tilbudsgiver har gjort gældende, at indklagedes afgrænsning af den udbudte anskaffelse i forhold til servertyper ikke er markedskonform. Indklagedes besvarelse af spørgsmål 72 om krav til serverens kraft præciserer, at en core er lig med en virtuel CPU, og at en fysisk CPU kan bestå af flere virtuelle CPU'er. Klageren har misforstået udbudsmaterialets krav vedrørende serverkapacitet, og klagerens argumentation for den nedlagte påstand sker udelukkende med henvisning til klagerens fejlagtige opfattelse af udbudsmaterialet.

Indklagede har foretaget en korrekt tilbudsvurdering af klagerens tilbud i forhold til underkriteriet pris og sortiment, og indklagede har ikke ved sin tilrettelæggelse af udbudsforretningen eller ved sin gennemførelse af tilbudsvurderingen i forhold til underkriteriet pris og sortiment handlet i strid med udbudsreglerne, ligesom indklagede ved sin besvarelse af spørgsmål 51 og 72 ikke har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 eller artikel 53.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at de konstaterede overtrædelser af udbudsdirektivet under forhold påstand 1 og 2 er så alvorlige, at udbuddet skal annulleres, og at udbuddet skal gå om.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har foretaget en tilbudsvurdering på grundlag af et udbudsmateriale samt en evalueringsmodel, som er i overensstemmelse med udbudsreglerne, herunder gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, og at indklagede således ikke har begået fejl. Der er derfor ikke grundlag for at tage påstanden til følge.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Klagenævnet tiltræder det af indklagede anførte om, at de spørgsmål, som indklagede har baseret sin bedømmelse af tilbudsgivernes opfyldelse af underkriteriet »Miljø« og delkriteriet »Tværgående forudsætninger« på, har hver sit sigte.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Indklagede har i sine udbudsbetingelser anført de krav, som indklagede ønsker opfyldt for de 3 mulige servertyper. Der er ikke grundlag for en antagelse om, at indklagede har opstillet indbyrdes uforenelige krav, og den omstændighed, at en ønsket løsningsmodel synes uforholdsmæssig kostbar, hvis den skal realiseres efter den eksisterende teknologi, indebærer ikke, at indklagede har tilsidesat det EU-retlige gennemsigtighedsprincip.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 3

Efter det om påstand 1 og 2 anførte tages påstanden ikke til følge. Det bemærkes, at klagenævnet ikke kan pålægge indklagede at lade udbuddet gå om.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Michael KIstrup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig