

K E N D E L S E

IBM Danmark ApS
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

mod

Aarhus Kommune
(cand.merc.jur. Peter Dann Jørgensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2014/S 213-377590 af 31. oktober 2014 udbød Aarhus Kommune som konkurrencepræget dialog efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en kontrakt om anskaffelse af en ny borgerjournal (EOJ).

Aarhus Kommune prækvalificerede 4 virksomheder til at deltage i den konkurrenceprægede dialog, deriblandt IBM Danmark ApS (herefter ”IBM”) og Systematic A/S (herefter ”Systematic”). Efter dialogprocessen modtog Aarhus Kommune ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 4. maj 2015 tilbud fra henholdsvis IBM og Systematic.

Den 28. maj 2015 meddelte Aarhus Kommune tilbudsgiverne, at kommunen havde besluttet at indgå kontrakt med Systematic, som havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Efter anmodning herom fik IBM ved breve af 1. og 5. juni 2015 fra Aarhus Kommune aktindsigt i kommunens uddybende evalueringsnotat og delvist aktindsigt i Systematics tilbud. Ved brev af 4. juni 2015 gjorde IBM indsi-

gelse mod tildelingsbeslutningen og begrundede indsigelsen. Ved brev af 7. juni 2015 til IBM fastholdt Aarhus Kommune tildelingen.

Den 8. juni 2015 indgav IBM klage til Klagenævnet for Udbud over Aarhus Kommune. IBM fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle tillægge klagen opsættende virkning. Den 1. juli 2015 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet begrundede afgørelsen med, at betingelsen om ”uopsættelighed” ikke var opfyldt.

Aarhus Kommune indgik den 3. august 2015 kontrakt med Systematic.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

IBM har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Systematic, uanset at tilbuddet indeholdt forbehold for vilkårene i bilag 9 til udbudsbetingelserne vedrørende pris og leveringstid i forhold til genlevering i tilfælde af bortkommen version.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med tilbudsevalueringen at anvende forskellige pointskalaer for henholdsvis underkriteriet ”Økonomi” og de kvalitative underkriterier med den konsekvens, at underkriteriet ”Økonomi” har vægtet mindre ved evalueringen end anført i udbudsbetingelserne.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved undervejs i udbudsprocessen at lade kommunens projektleder på tilbuddet gennemføre et internt seminar om ”offentlige udbyderes udbuds-evaluering” hos den prækvalificerede tilbudsgiver Systematic.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Test og implementering” at tillægge det betydning, om det tilbudte system var særligt indrettet til at kunne tage højde for brugere med læse- og danskproblemer, uanset at det ikke fremgik af eller kunne udledes af udbudsbetingelserne, at dette ville blive tillagt betydning ved evalueringen.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved i forbindelse med evalueringen af tilbuddet fra Systematic i forhold til underkriteriet ”Systemintegration og drift” at tillægge det betydning, at ”Den Tilbudte Løsning i sig selv bidrager til open source miljøet gennem etablering af et OSS-projekt med fælles komponenter”, uanset at det ikke fremgik af eller kunne udledes af udbudsbetingelserne, at dette ville blive tillagt betydning ved evalueringen.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke i forbindelse med tildelingen af point i forhold til underkriteriet ”Test og implementering” at tillægge det betydning, at IBM tilbød opptider, der var væsentlig højere end de opptider, der blev tilbudt af Systematic, uanset at det af udbudsbetingelserne fremgik, at ”En høj driftseffektivitet vægter positiv, navnlig i den primære driftstid”.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at Aarhus Kommune har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i forhold til underkriteriet ”Systemintegration og drift” at tillægge det betydning, at IBM i sit tilbud tillod kommunen at være 2 versioner bagud, mens Systematic i sit tilbud kun tillod kommunen at være 1 version bagud, uanset at det i udbudsbetingelserne var angivet, at ”Endelig vil det blive vægtet positivt, hvis Kunden har fleksibilitet med hensyn til at undlade at opgradere Systemkomplekset med nye Versioner og Releases af Standardprogrammel”.

Påstand 8

Klagenævnet skal annullere Aarhus Kommunes beslutning om at tildele kontrakten til Systematic.

IBM har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Klagenævnet har besluttet ikke at tage stilling til påstand 2 - 7, og denne kendelse indeholder derfor ikke sagsfremstilling og parternes anbringender vedrørende disse påstande.

Sagens nærmere omstændigheder

Tildelingskriteriet var i udbudsbekendtgørelsen fastsat til ”det økonomisk mest fordelagtige bud”. Underkriterierne var:

- Økonomi (25 %)
- Funktionalitet (25 %)
- Test og Implementering (20 %)
- Systemintegration og drift (20 %)
- Strategisk samarbejde (10 %)

I udbudsbetingelserne står herudover bl.a.:

”3.1 Udbudsmateriale

Det samlede endelige udbudsmateriale består af:

- Udbudsbetingelser
- Kontrakt med følgende bilag:
 - ...
 - Bilag 9: Licensbetingelser
 - ...

4 Generelt om overholdelse af EU-Udbudsreglerne

Ordregiver er forpligtet til at følge en række formelle regler og procedurer i forbindelse med udbudsforretningen. I den forbindelse ønsker Ordregiver i særdeleshed at henlede Tilbudsgivernes opmærksomhed på:

- at Ordregiver er berettiget og forpligtet til at se bort fra et tilbud, hvis tilbuddet ikke er konditionsmæssigt, bl.a. hvis det ikke overholder forskrifterne i disse udbudsbetingelser, eller hvis det indeholder forbehold for grundlæggende elementer, jf. punkt 6.2.
- ...
- at det er Tilbudsgivers risiko, at tilbud afgives i overensstemmelse med nærværende udbudsbetingelser og det samlede udbudsmateriale. Risikoen for rækkevidden og konsekvensen af eventuelle forbehold eller væsentlige uklarheder i tilbuddet fra Tilbudsgiver, påhviler udelukkende Tilbudsgiver.

5 Krav til tilbuddets indhold

...

Ad Bilag

De nævnte bilag skal vedlægges som en del af tilbuddet, og være udfyldt af tilbudsgiver i det omfang, det følger af vejledningen i bilaget.

...

6.2 Forbehold

Tilbudsgiver er ikke berettiget til at tage forbehold for Kontrakten.

Det er endvidere ikke tilladt at tage forbehold overfor bilagene udover, hvad der fremgår af vejledningen i de enkelte bilag. Tilladte forbehold overfor bilagene vil indgå i den kvalitative bedømmelse af tilbuddet som nærmere beskrevet i vejledningen til de enkelte bilag.

...

8 Tildelingskriterium

...

Indholdet af underkriterierne er uddybende beskrevet i hvert bilag, der indeholder en angivelse af, hvad der vægtes positivt ved Tilbudsgivers besvarelse af det enkelte bilag.

...

15 Dokumentoversigt og check-liste

Nedenstående skema indeholder alle dokumenter, som danner grundlag for tilbudsevalueringen med oplysninger om udfyldning, brug af skabelon fra Ordregiver, og om besvarelsen indgår i tilbudsevalueringen

Navn på dokument	Udfyldes eller udarbejdes af tilbudsgiver?	Brug af Ordregivers skabelon?	Skal vedlægges tilbud?
...	...	...	...

Bilag 9	Ja	Ja	Ja
---------	----	----	----

”

I instruksen til tilbudsgiverne vedrørende udfyldelse af Bilag 9 om ”licensbetingelser” til kontrakten er bl.a. anført:

”Forbehold:

Der kan ikke tages forbehold for bilaget.”

I Bilag 9, punkt 3, afsnit 5, til kontrakten står bl.a.:

”3. Supplering af kontraktens punkt 32

...

For genlevering betaler Kunden en pris svarende til Leverandørens dokumenterede merudgifter til fremstilling og levering af en programmel kopi. Levering skal ske indenfor 5 Arbejdsdage efter Kundens skriftlige anmodning om genlevering er kommet frem til Leverandøren. Såfremt Leverandøren ikke længere kan levere den bortkomne Version, er leverandøren forpligtet til at levere en senere Version.”

Under den konkurrenceprægede dialog besvarede Aarhus Kommune i et spørgsmål og svar-dokument bl.a. et spørgsmål om Bilag 9, punkt 3, til kontrakten således:

”

Nummer	Henvisning	Spørgsmål	Svar
46	Bilag 9, punkt 3	Der er angivet en ret til genlevering. Denne bestemmelse synes ikke at være relevant, hvor softwaren downloades og ikke leveres på et fysisk medie. Under alle omstændigheder kan pligten til at levere en senere version end den bortkomne alene rimeligvis gøres gældende, hvor det pågældende software har været under aktiv vedligeholdelse. Sidste sæt-	Vi går ud fra at der henvises til bilag 9, punkt 3, afsnit 5. Den foreslåede formulering indsættes i stedet for sidste sætning i afsnit 5.

		ning i afsnit 4 foreslås derfor ændret som følger: ”Såfremt Leverandø- ren ikke længere kan levere den bortkomne version, er Leveran- døren forpligtet til at levere en senere ver- sion, forudsat at Kun- den har Programmell- et under aktiv vedli- geholdelse.”	
--	--	--	--

”

I Systematics tilbud, Bilag 9 til kontrakten, punkt 3, var hele afsnit 5 overstreget og i stedet var indsat formuleringen fra spørgsmål/svar nr. 46 i spørgsmål og svar-arket.

I underretningen af 28. maj 2015 om tildelingen er bl.a. anført:

”Det kan oplyses, at Aarhus Kommune har modtaget tilbud fra 2 tilbudsgivere, og begge tilbud er vurderet konditionsmæssige.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

IBM har gjort gældende, at Aarhus Kommune var berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddet fra Systematic som ukonditionsmæssigt, idet tilbuddet indeholdt et forbehold for vilkårene i Bilag 9 til kontrakten. IBM har nærmere anført, at Systematic havde udstreget to sætninger, der regulerede forholdet mellem parterne for så vidt angår bortkomne versioner i relation til pris og leveringstid. IBM har henvist til, at det fremgik eksplicit af Bilag 9, at tilbudsgiverne ikke kunne tage forbehold for bilaget. Vilkaerne i bilaget er derfor i deres helhed at betragte som vedrørende grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. IBM har endvidere henvist til udbudsbetingelsernes punkt 4, første ”at”, som henviste til punkt 6.2, hvor det fremgik eksplicit, at forbehold for bilagene udover, hvad der fremgik af vejledningen til de enkelte bilag, ville være at betragte som forbehold for grundlæggende elementer. Ifølge fast klagenævnspraksis bærer tilbudsgiver selv risikoen

for uklarheder og forbehold i tilbuddet. Udstregningen beroede ikke på ændringer i udbudsbetingelserne, der var foretaget af kommunen under udbuddet. IBM har bestridt, at det har haft nogen betydning for kommunens pligt til at afvise Systematics tilbud, om forbeholdet har været bagatelagtigt eller ej. IBM har også bestridt, at det ud fra en kontraktfortolkning af tilbuddet har været uden betydning, at Systematics har taget det pågældende forbehold.

Aarhus Kommune har gjort gældende, at den udstregede tekst i Systematics tilbud udgør et bagatelagtigt forhold, og at det ville være helt uproportionalt at erklære tilbuddet for ukonditionsmæssigt med henvisning hertil. Kommunen har således ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Kommunen har nærmere anført, at der i medfør af udbudsbetingelsernes punkt 4 ikke måtte tages forbehold for grundlæggende elementer. Den udstregede tekst i Bilag 9 til kontrakten udgjorde ikke et forbehold og slet ikke et forbehold for et grundlæggende element. Forholdet har på ingen måde medvirket til en konkurrencefordrejning eller sikret Systematic en bedre retsstilling i udbuddet. Forholdet har heller ikke nogen betydning for den efterfølgende kontraktstyring. Ved en kontraktfortolkning af tilbuddet er kommunen sikret en ret til genlevering samt levering af senere version uden betaling af merpris med levering hurtigst muligt og inden 5 arbejdsdage. Desuden er udstregningen ikke foretaget af Systematic med henblik på at tage et forbehold, da det er sket i forlængelse af tilretningen i forhold til besvarelsen af spørgsmål 46.

Ad påstand 8

IBM har gjort gældende, at tildelingsbeslutningen skal annulleres som følge af de begåede overtrædelser. Hvis klagenævnet giver medhold i, at tilbuddet fra Systematic skulle have været afvist som ukonditionsmæssigt, følger det allerede heraf, at tildelingsbeslutningen skal annulleres. De øvrige påstande skaber såvel samlet set som isoleret så meget tvivl om, hvorvidt kontrakten retmæssigt skulle tildeles Systematic, at også medhold i disse påstande må føre til annulation. IBM har henvist til, at der kun var en ganske lille forskel i tilbudsgivernes samlede pointtal.

Aarhus Kommune har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen, idet der ikke er sket overtrædelser og under in-

gen omstændigheder væsentlige eller grove overtrædelser af udbudsreglerne, der har haft en konkret og væsentlig betydning for tildelingen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Ved kommunens besvarelse af spørgsmål 46 i spørgsmål og svar-arket af 27. april 2015 blev Bilag 9, punkt 3, afsnit 5, sidste pkt., ændret fra ”Såfremt Leverandøren ikke længere kan levere den bortkomne Version, er Leverandøren forpligtet til at levere en senere Version” til ”Såfremt Leverandøren ikke længere kan levere den bortkomne version, er Leverandøren forpligtet til at levere en senere version, forudsat at Kunden har Programmet under aktiv vedligeholdelse”.

I Bilag 9, punkt 3, i Systematics tilbud var imidlertid hele afsnit 5 – og ikke kun det nævnte sidste pkt. – overstreget og erstattet med formuleringen fra spørgsmål/svar 46.

Systematics tilbud indeholdt som følge af overstregningen et forbehold over for udbudsbetingelsernes Bilag 9, punkt 3, afsnit 5, om pris og leveringsfrist ved genlevering af programmelkopi.

I udbudsbetingelsernes punkt 6.2 var fastsat, at ”det er ... ikke tilladt at tage forbehold overfor bilagene udover, hvad der fremgår af vejledningen i de enkelte bilag”. I vejledningen til Bilag 9 var herom fastsat, at ”Der kan ikke tages forbehold for bilaget”.

Aarhus Kommune var på denne baggrund forpligtet til at afvise Systematics tilbud som følge af forbeholdet.

Påstanden tages derfor til følge.

Ad påstand 2 - 7

Klagenævnet kan efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 10, stk. 2, afgøre en sag helt eller delvis. Hvis klagenævnet alene afgør en sag delvis, tager klagenævnet ikke stilling til alle de påstande, som klageren har nedlagt.

Under hensyn til det anførte ad påstand 1 tager klagenævnet ikke stilling til påstand 2 - 7.

Ad påstand 8

Da overtrædelsen ad påstand 1 har haft konkret betydning ved tildelingen af kontrakten, tager klagenævnet påstanden om annulation til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbuddet fra Systematic, uanset at tilbuddet indeholdt forbehold for vilkårene i bilag 9 til udbudsbetingelserne vedrørende pris og leveringstid i forhold til genlevering i tilfælde af bortkommen version.

Indklagedes beslutning af 28. maj 2015 om at indgå kontrakt med Systematic A/S annulleres.

Klagenævnet træffer ikke afgørelse vedrørende påstandene 2 - 7.

Aarhus Kommune skal i sagsomkostninger til IBM Danmark ApS betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nancy Elbouridi
fuldmægtig