

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Erik Hammer, Michael Jacobsen)

J.nr.: 2009-0020679

16. juni 2010

K E N D E L S E

KMD A/S

(advokat Martin André Dittmer, København)

mod

Middelfart Kommune

(advokat Majse Jarlov, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2009/S 44-064401 af 4. marts 2009 udbød Middelfart Kommune som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbs-kontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) et standardbaseret og integreret IT-system betegnet »Koncernløsning – økonomi, e-handel, løn- og vagtplan med debtorsystem som option«. Tildelingskriteriet var »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Følgende virksomheder blev prækvalificerede:

1. KDM A/S
2. Fujitsu Services A/S
3. EG A/S

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 14. september 2009 havde alle de tre prækvalificerede virksomheder afgivet tilbud.

Den 6. november 2009 besluttede Middelfart Kommune at indgå kontrakt med Fujitsu Services A/S, hvilket blev meddelt KDM A/S ved e-mail af samme dato.

Den 16. november 2009 indgav klageren, KMD A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Middelfart Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 23. november 2009 meddelte Klagenævnet, at klagen ikke var indgivet i stand stillperioden, og fastsatte frist for indklagede til udtalelse om spørgsmålet om opsættende virkning. Den 7. december 2009 fremkom indklagede med udtalelse om spørgsmålet om opsættende virkning (svarskrift). Den 21. december 2009 traf Klagenævnet følgende beslutning:

»Som anført i Klagenævnets breve af 23. november og 30. november 2009 er klagen ikke indgivet i stand stillperioden.

En beslutning om opsættende virkning indebærer, at udbudsproceduren skal standses, og at der ikke må indgås kontrakt.

Indklagede har i svarskriftet af 7. december 2009 oplyst, at indklagede samme dag har indgået kontrakt med Fujitsu services A/S.

Udbudsproceduren er dermed afsluttet, og det savner derfor mening at tage stilling til, om der skal tillægges klagen opsættende virkning.«

Klagen har herefter været behandlet på et møde den 17. maj 2010.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53 ved at fastsætte underkriteriet »3.Tidsplan«, uanset underkriteriet ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (gennemsigtighedsprincippet) ved fastsættelsen af delkriterium A1). »Generelle krav« til underkriteriet 1. »Kravopfyldelse«, idet tre af de opstillede krav under dette delkriterium var mindstekrav (krav 3 a, krav 4 og krav 34) og således ikke egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet) ved i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i relation til delkriteriet 1.d) »tilbudspræsentation og demonstration« at have tillagt det negative betydning, at den tilbudte løsning ikke var færdigudviklet ved demonstrationen, uagtet indklagede i besvarelsen på spørgsmål 1 angiver at »...med kode 1 menes, at kravet er opfyldt ved driftsstart af systemet. Det er dog et krav, at tilbudsgiver ved hhv. tilbudspræsentationen og den efterflg. demonstration, kan præsentere en løsningsmodel og en implementeringsplan der tilkendegiver en forståelse for kundens krav. Herunder en sikker model for, hvorledes kravet kan implementeres i den tilbudte løsning for driftsstart.«

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet), idet indklagede ved evalueringen af tilbuddene i relation til delkriterium A1) »Generelle krav« til underkriteriet »Kravopfyldelse« ikke har evalueret de opstillede krav enkeltvis, men har foretaget en gruppering af kravene, der ikke forud var oplyst i udbudsbetingelserne, og som medfører en forskellig vægtning af de enkelte krav, uagtet der ikke i udbudsbetingelserne var anført vægtfordeling mellem de enkelte krav.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (gennemsigtighedsprincippet) og artikel 53 ved i forbindelse med evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet 1. »Kravopfyldelse« at have anvendt en pointmodel, der er uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet der kan tildeles point såvel for uopfyldte krav som for overopfyldelse.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet) ved i forbindelse med vurderingen af tilbuddene i relation til underkriteriet 2. »Økonomi« at have tillagt klagerens tilbud et skønsmæssigt beløb.

Påstand 7

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 6. november 2009 om at tildele kontrakten til Fujitsu A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder:

I udbudsbekendtgørelsens punk II. 3) er om kontraktens varighed anført:

»Begyndelse: 1.1.2011. Færdiggørelse: 31.12. 2014.«

I udbudsbetingelserne er anført, at tildelingskriteriet er »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« med følgende vægtede underkriterier:

1. Kravopfyldelse: Den tilbudte leverances overensstemmelse med og opfyldelse af krav i dette udbudsmateriale.
Vægtningen er opdelt i flg. grupperinger:
 - a) Generelle krav (krav 1-36 i bilag 2): 20%
 - b) Use-cases: 50%
 - c) Middelfart Kommunes krav formuleret som ”åbne spørgsmål”: 20%
 - d) Tilbudspræsentation og demonstration: 10%
2. Økonomi: Den samlede aftales økonomi i henseende til startudgift (anskaffelse, idriftsættelse) og årligt driftsvederlag (driftsafvikling, vedligeholdelse), jf. udkast til kontraktbilag 3, 4, 5, 7.
3. Tidsplan: Overholdelse af tidsplan for implementering af den tilbudte leverance, især overtagelsesdag og driftsstart – jf. udkast til kontraktbilag 1 og 2.
4. Servicemål – jf. udkast til kontraktbilag 10 – vedrørende blandt andet driftseffektivitet, svartider og måling af samme.
5. Serviceniveau i forhold til driftsafvikling, vedligeholdelse, service og videreudvikling, jf. udkast til kontraktbilag 7.

Ovenstående underkriterier vil blive vægtet på følgende måde:

Nr. 1 vægtes med 45 %.

Nr. 2 vægtes med 35 %

Nr. 3 vægtes med 10 %

Nr. 4 vægtes med 5 %

Nr. 5 vægtes med 5 %

I en såkaldt »Metodik og læsevejledning« til udbudsbetingelserne er anført:

»Middelfart Kommunes udbudsmateriale opererer med krav på to niveauer.

Generelle krav som går på tværs af et eller flere forretningsområder incl. de 'åbne spørgsmål'.

Krav til håndtering af opgaver – use-cases .

Ad 1:

De generelle krav er formuleret som det kendes fra traditionelt udbudsmateriale og er gældende for den samlede leverance og nummereret fortløbende med krav. nr. 1, 2 osv.

Ad 2:

Arbejdsopgaver der skal understøttes af et nyt system er beskrevet i en række Use-cases .

I bund og grund er en use-case en struktureret beskrivelse af en arbejdsopgave som udføres i samarbejde mellem menneske og maskine.

Opgaven beskrives i delopgaver, der som udgangspunkt beskriver en kronologisk og logisk rækkefølge af de enkelte delopgaver i opgaven.

Til de enkelte delopgaver kan der være en eller flere variationer. Det er vigtigt, at bemærke at selv om delopgaverne beskrives i en bestemt rækkefølge, er der behov for at kunne variere rækkefølgen.

...

Alle formulerede generelle krav samt alle use-cases, herunder delopgaver og variationer til delopgaver, skal betragtes som krav.

Use-casene har et meget varieret detaljeringsniveau.

Nogle dækker over store og komplekse forretningsgange, mens andre set i et systemmæssigt perspektiv dækker over meget lidt funktionalitet.

At use-cases med meget begrænset funktionalitet alligevel er medtaget skal ses som udtryk for, at Middelfart Kommune ønsker et system, der dækker hele den sagsgang, som er på området.«

Tilbudsgiverne skulle såvel ud for de 36 »generelle krav« som ved de 21 »use-cases« anføre en af følgende koder:

1:	Er indeholdt i det tilbudte system
2:	Kræver tilretning, men omkostninger hertil er indeholdt i den tilbudte leverance med overholdelse af hovedtidsplan for levering som anført i bilag 1.
3:	Kræver kundespecifik tilretning af program og er ikke indeholdt i den tilbudte leverance. Pris for tilretning anføres såfremt dette er muligt. Alle kode 3-besvarelserne med evt. pris og tidsplan for udvikling skal samles i bilag 13: Optioner og vil efterfølgende blive vurderet som sådan.
4:	Kan ikke løses og er derfor ikke tilbudt.

Som krav 3a, 4 og 34 er blandt de »Generelle krav« i kravspecifikationen anført:

»2.3.2 Lovgivning

(3) *Lovgivning m.v. generelt, aktuelt og fremtidig*

a) MINDSTEKRAV vedr. pkt. a: Systemet skal overholde den til enhver tid gældende lovgivning i Danmark samt de vedtagelser som EU vedtager og pålægger Danmark at få indarbejdet i den danske lovgivning, herunder også overenskomster samt fortolkninger heraf, vejledninger, cirkulærer og bekendtgørelser.

b)

Tilbudsgivers besvarelse (a-b)	Eksempel på løsning	Kode

«

»2.3.3 Sikkerhed

(4) *Persondataloven*

Systemet skal leve op til de sikkerhedskrav, adgangskontrol, registerindsigt, logning m.v., som stilles i persondatoloven.

Tilbudsgiver skal kunne dokumentere, at systemet overholder persondataloven.

Tilbudsgivers besvarelse	Eksempel på løsning	Kode

«

»(34) *Øvrige ydelser – priser*

Leverandøren skal endvidere i bilag 5 anføre timepriser for forskellige relevante typer af ydelser – fx konsulentbistand i forbindelse med ibrugtagning, opfølgende uddannelse, drift, videreudvikling, anvendelse m.v.

Tilbudsgivers besvarelse	Eksempel på løsning	Kode

«

Om »Use-cases« anføres bl.a. nærmere:

»Use-cases:

I forhold til use-casene forventes det, at tilbudsgiver med udgangspunkt i hver enkelt use-case vælger det besvarelsesniveau der bedst tydeliggør det tilbudte systems håndtering af den beskrevne opgave.

Tilbudsgiver skal forholde sig til alle delopgaver, eksempler og generelle krav i hver enkelt use-case.

Til de krav, hvor der er svaret ”3”, anmodes om en vurdering af antal timer samt pris for opfyldelse af de specifikke krav.

...«

Om tidsplanen er i udbudsbetingelserne nærmere anført:

»Tidsplan for implementering

Middelfart Kommune ønsker efter kontraktindgåelse, at kunne implementere systemet til driftsstart pr. 1. januar 2011 således at forsupplementsperioden kan begynde 1. december 2010 og lønudbetaling af forudlønnede kan ske pr. 31. december 2010.«

I Kontraktbilag 1 er om underkriterium 3. »Tidsplan« anført:

»Middelfart Kommune ønsker med udgangspunkt i den konkrete leverance, at tilbudsgiver udarbejder en hovedtidsplan, der indeholder de nødvendige elementer til en sikker og fyldestgørende implementeringsproces.

...

Følgende oplysninger kan i den forbindelse oplyses:

- a) Middelfart Kommune ønsker efter kontraktindgåelse, at kunne implementere systemet til driftsstart pr. 1. januar 2011, således at lønudbetaling kan ske p. 31. december 2010.
- b) Drift og Implementering af systemet skal ske på en servicebureau-løsning – herunder projektledeelse, konvertering, afprøvning, dokumentation og kvalitetssikring i forbindelse med ibrugtagning af systemerne.
- c) Tilbudsgiver skal etablere integration og snitflader til/fra andre systemer som anført i Integrationen skal være etableret og testet i forsvarlig tid inden driften påbegyndes. Evt. forbehold for implementering af enkelte snitflader, skal tydeligt være markeret i tidsplanen med de respektive driftstidspunkter....
- d) Uddannelse skal ske successivt i takt med, at systemernes moduler bliver ibrugtaget. Tidsplan herfor skal fremgå af bilag 1.
- e) Tidsplanen skal også afspejle kundens forventede aktiviteter i implementeringsperioden.
- f) Overtagelsesprøve, inkl. test af systemet skal være afholdt i forsvarlig tid inden drift påbegyndes.

Tilbudsgiver bedes på baggrund af ovenstående fremkomme med forslag til hovedtidsplan udarbejdet i kontraktens bilag 1.

Tilbudsgivers besvarelse – (pkt. a-f)	Eksempel på løsning	Kode

«

Klageren har stillet følgende spørgsmål 1:

»Spørgsmål vedr. kodeangivelse 1: »Er indeholdt i de tilbudte systemer« i udbudsbetingelserne.

Her ønskes det oplyst, hvornår denne kode betyder, at det i kravet efterspurgt skal være indeholdt i det tilbudte system. Er dette når systemet er i drift eller kræves det at kravets indhold skal kunne vises til en præsentation »i morgen«.

Indklagede har den 24. juni 2009 besvaret spørgsmålet således:

»Med kode 1 menes, at kravet er opfyldt ved driftsstart af systemet. Det er dog et krav, at tilbudsgiver ved hhv. tilbudspræsentationen og den efterflg. demonstration, kan præsentere en løsningsmodel og en implementeringsplan der tilkendegiver en forståelse for kundens krav. Herunder en sikker model for, hvorledes kravet kan implementeres i den tilbudte løsning på tidspunktet for driftsstart.«

Spørgsmål 2 af 24. juni 2009 har følgende ordlyd:

»Der ønskes så vidt det er muligt en forklaring på kundens evalueringsmodel dvs hvordan kunden opgør pointtildelingen inden for de enkelte underkriterier i tildelingskriterierne. Med andre ord ønskes det oplyst hvordan det opgøres hvilken leverandør der fx vinder de 5 % i 3 »Servicemål«.

Indklagede besvarede spørgsmålet således:

»Middelfart Kommune vil på projektgruppens møde i august fastlægge de enkelte vægtninger af kravene i kontraktbilag 1-13 opdelt i de fem tildelings-kriterier [underkriterier].

Denne vægtning er ikke aftalt og vil ikke blive meddelt tilbudsgiverne. Dog skal det nævnes, at underkriterium 1 – Kravopfyldelse (45 % vægtning) er opdelt i 4 underopdelinger som tilbudsgiver skal være opmærksom på.

...«

I klagerens tilbud er under bilag 1, »Hovedtidsplan«, bl.a. anført:

»1.2 KMD anbefalinger

...

KMD ønsker derfor i forbindelse med kontraktindgåelsen sammen med Middelfart Kommune at indgå i en dialog om den mest hensigtsmæssige idriftsættelse af den del af tilbuddet, som udgør produktfornyelsen af KMD Opus Personale, baseret på kommunens krav om ressourceønsker. KMD foreslår en idriftsættelse af produktfornyelsen KMD Opus Personale i løbet af 1. halvår 2011 efter idriftsættelsen af de øvrige moduler.«

Klageren anførte i sit tilbud alene kode 1, 2 eller 4.

Som det fremgår af udbudsbetingelsernes tidsplan, blev der i perioden fra den 21. september til den 24. september 2009 gennemført tilbudspræsentationer. Klageren demonstrerede dog ikke de tilbudte debitorsystem, der ikke var færdigudviklet, men et eksisterende debitorsystem. Den 1. og 2. oktober 2009 aflagde indklagede »hands-on« besøg hos de tre tilbudsgivere.

Indklagedes meddelelse om tildelingsbeslutningen af 6. november 2009 indeholder bl.a. følgende:

» På de kvalitative kriterier er KMD's tilbud vurderet i top som værende meget tilfredsstillende, men ikke alene, idet denne vurdering ligeledes er gældende for Fujitsu.

Imidlertid er der på priskriteriet en afgørende forskel, idet KMD's tilbud er væsentligt dyrere end de to andre tilbud.

Den samlede sammenvejede vurdering fører således ikke til tildeling af ordren til KMD, idet den fører til at tilbuddet fra Fujitsu antages som det økonomisk mest fordelagtige, der følgelig udpeges til kontraktindgåelse

...«

Efter begæring fremsendte indklagede den 13. november 2009 en tildelingsvurdering af 6. november 2009 til klageren. Det anføres heri, at de 36 generelle krav er evalueret i følgende 8 grupper:

»...

De generelle krav består af følgende overskrifter:

- Teknisk & funktionel fremtidssikring
- Sikkerhed, herunder brugeradministration og org. data
- Brugergrænseflade
- Drift og support
- Historik
- Tværgående anvendelse af data og snitflader
- Implementering
- Ledelsesinformation

Herefter anføres:

»Underkriterium 1, 3, 4, 5 – de kvalitative kriterier

Ved kriterium 1a og 1b har arbejdsgrupperne tildelt en score til hvert enkelt generelt krav og use-case. Her er beregnet et simpelt gennemsnit, der så er sammenvejet med 1c og 1d til én samlet værdi for underkriterium 1: Kravopfyldelse.

Samlet indgår dette så i den samlede vurdering med de øvrige underkriterier med de anførte vægte.

I vurderingen har følgende principper for tildeling af score været anvendt:

Meget tilfredsstillende: Næsten alle krav og usecases opfyldes fuldt ud (kode 1). Alle krav opfyldes med kun mindre betydende afvigelser herfra. Løsningen fremstår meget hensigtsmæssig og rationel. (karakter 8-10)

Tilfredsstillende: En overvejende del af kravene og use cases får en kode 1 eller 2 med kun mindre betydende afvigelse herfra. Løsningen vurderes at kunne løse opgaven på en god og fornuftig måde. (karakter 6-7)

Mindre tilfredsstillende: De fleste krav og use cases kan opfyldes nu eller på sigt med mindre betydende afvigelser herfra. Løsningen vurderes at kunne fungere. (karakter 3-5)

Ikke tilfredsstillende: En del krav kan ikke opfyldes. Den tilbudte løsning vurderes ikke at kunne løse opgaven. (karakter 1-2)

De samme principper har fundet anvendelse i kriterierne 1c og 1d – hvor tilbudsgiver har beskrevet mere tværgående om løsningens egenskaber ud fra de åbne spørgsmål (krav om information om løsningens egenskaber og muligheder) og tilbudspræsentationen/demonstration.

Underkriterium 2 – priskriteriet

Ved kriterium 2: Økonomi er den samlede sammenlignelige økonomi over 4 år for de tre tilbud beregnet og det relative forhold mellem den beregnede samlede økonomi er omsat til en score, hvor den laveste får tildelt værdien 10, og den højere får tildelt en graderet værdi i forhold hertil.

Det skal bemærkes at optionen vedrørende debitorsystem er medregnet i alle underkriterier.

KMD

Ved vurderingen af KMD's tilbud i forhold til de kvalitative kriterier har følgende delvurderinger af områder i forbindelse med delkriterium 1. Kravopfyldelse medvirket til at KMD er vurderet i kategorien *Tilfredsstillende* - således som dette er udtrykt i den samlede opstilling i afsnit 4.

Følgende punkter har talt positivt i vurderingen af KMD:

- *Integration ti/Ion*: Opus-løsningen giver gode muligheder for at hente data mellem løn og økonomi. Der er automatisk kontering via Los'en.
- *Lønstyring + afregning*: Muligheden for at lave aperiodiske lønkørsler vurderes som en betydelig fordel i arbejdsprocessen. God understøttelse af hele lønprocessen.
- *Fravær*: Løsningen opfylder alle de stillede krav, og løsningen vurderes positivt.
- *Ledige med løntilskud*: Systemet kan udregne løn og timetal elektronisk.

Seniordage. Systemet indeholder gode advismuligheder blandt andet i forhold til, når medarbejder falder ind under seniorordning.

Samlet indtryk af KMD:

Systemet indeholder en række gennemtænkte procesbaserede løsninger. Systemet er sammenlignet med de andre tilbudte systemer relativt ny-

udviklet. Det har talt positivt, at man har forsøgt at nytænke en række forhold i kommunernes administrationssystemer, nogle af de nye løsninger er dog vurderet som mindre hensigtsmæssige, eksempelvis KMD's forslag til ny kontoplan, blandt andet på grund af behovet for en omsættertabel. Som skal oprettes og vedligeholdes for at konvertere mellem den foreslåede Opus-løsning og de omkringliggende systemer.

Funktionalitet og kravopfyldelse er i top for så vidt angår løndelen, men er mindre for så vidt angår økonomi og debitor.«

Om tilbuddet fra Fujitsu Services A/S hedder det i tilbudsevalueringen bl.a.:

»Overordnet er systemet vurderet til at have en høj overensstemmelse med de stillede krav og tilbudsgiveren har været i stand til at vise det fulde system ved tilbudspræsentationerne....«

Indklagede evaluerede herefter de tre tilbud således:

»

Tildelingskriterier samlet	Pct. vægt	Fujitsu/SD		KMD		EG/SD	
		Score	Vægtet Score	Score	Vægtet Score	Score	Vægtet Score
Kravopfyldelse	45	8,34	3,75	7,74	3,46	7,13	3,23
Samlet økonomi	35	10,00	3,50	7,25	2,54	9,94	3,48
Tidsplan	10	10,00	1,00	10,00	1,00	10,00	1,00
Sikkerhed for opfyldelse af servicemål	5	9,00	0,45	9,00	0,45	9,00	0,45
Serviceniveau ift driftsudvikling, vedligeholdelse mv.	5	9,00	0,45	9,00	0,45	9,00	0,45
RESULTAT			9,15		7,92		8,59

«

Klagerens kundeforf, Ruth Wisborg, har til brug for sagen afgivet en erklæring.

Klagerens juridiske konsulent, Joachim Møller Andersen, har forklaret, at klageren ville have indrettet sit tilbud anderledes, såfremt klageren havde kendt den gruppering af krav, som indklagede foretog i forbindelse med evalueringen.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53 ved at fastsætte underkriteriet »3. Tidsplan«, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det ville kun kunne lade sig gøre at besvare indklagedes krav om angivelse af en kode 1 - 4 med 1.

Indklagede har gjort gældende, at driftsstart pr. 1. januar 2011 alene var et »ønske« fra kommunen, ikke et krav. Tilbudsgiverne skulle i kontraktbilaget angive en besvarelseskode fra 1-4 samt en beskrivelse evt. tillige med et eksempel også ud for dette »ønske«. Der var ikke krav om, at der ud for a) driftsstart skulle anføres »1«, svarende til, at ønsket var imødekommet i tilbuddet. Alle tilbudsgiverne imødekom i øvrigt ønsket om driftsstart den 1. januar 2011.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med gennemsigthedsprincippet ved i kravspecifikationen at sammenblande mindstekrav, der skal opfyldes, med krav, som ikke er mindstekrav.

Indklagede har erkendt, at krav 3, litra a), har karakter af mindstekrav. At Klagenævnet for Udbud i kendelse af 12. april 2010, KMD A/S mod Frederiksberg Kommune (påstand 2) har statueret, at identiske krav som krav 4 og krav 34 ligeledes er mindstekrav, medfører ikke, at indklagede under denne sag er afskåret fra at gøre gældende, at det ikke er tilfældet.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke har oplyst, at det tilbudte IT-system skulle leve op til visse krav allerede inden opfyldelsestidspunktet. Tværtimod fremgår det af indklagedes svar på spørgsmål 1, at det ikke var tilfældet. Imidlertid fremgår det af evalueringsrapporten, at indklagede har tillagt det positiv betydning, at tilbuddet fra Fujitsu Systems A/S var færdigudviklet på demonstrationstidspunktet.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ved vurderingen af klagerens tilbud har tillagt det betydning, at klageren hverken ved en præsentation af et færdigudviklet system eller ved en præsentation af en løsningsmodel og implementeringsplan har været i stand til på bedst tænkelig vis at illustrere en tilbudt løsning med optimal forståelse for indklagedes krav. Dette er ikke i strid med udbudsbetingelserne. Udbudsforretningen er ikke tilrettelagt som et udviklingsprojekt, og indklagede har tilkendegivet et ønske om at kunne implementere det nye system til driftsstart pr. 1. januar 2011. Deraf følger, at det var indklagedes forventning, at de tilbudte funktioner havde karakter af standardløsninger, som blot krævede begrænset tilpasning forud for idriftsættelsen hos indklagede.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at det af udbudsbetingelserne fremgik, at hvert generelt krav skulle vurderes for sig og vægtes med 1/36. Det er imidlertid ikke sket. Tværtimod har indklagede valgt at lade visse krav evaluere særskilt, mens andre har været samlet i grupper. Det var ikke på forhånd oplyst, hvilke krav der ville blive vurderet særskilt. Indklagede har derfor haft mulighed for vilkårligt at tillægge elemener særlig vægt, uden at tilbudsgiverne har kunnet indrette deres tilbud herpå.

Indklagede har gjort gældende, at de 36 generelle krav alene vægtede med sammenlagt 9 % og hverken var underkriterier eller delkriterier til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. På et sådant niveau har det ikke været i strid med udbudsbetingelserne, at indklagede gruppere de kravene som sket.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at det ikke af evalueringsnotatet fremgår, hvorledes angivelse af kode 3 eller 4 i tilbuddene evalueres. Kodeangivelsen 4 – det vil sige »Kan ikke løses og er derfor ikke tilbudt« - må skulle betyde, at tilbuddet tillægges 0 point. Ligeledes må angivelse af koden 1 - »Er indeholdt i det tilbudte system« - skulle betyde, at tilbuddet tillægges 10 point. Af evalueringsnotatet fremgår, at det ikke synes at være tilfældet, ligesom der ikke angives hvordan karaktererne 8, 9 og 10 adskiller sig fra hinanden.

Indklagede har gjort gældende, at tilbudsgiverne – ud over kodeangivelsen – tillige skulle oplyse »Tilbudsgivers besvarelse« og »eksempel på løsning« ud for hvert enkelt generelt krav og hver enkelt »use-case«. Evalueringen er således ikke sket alene på grundlag af de anførte koder. Der er ikke derfor grundlag for at fastslå, at angivelsen af kode 1 i to forskellige tilbud automatisk skulle medføre, at begge tilbud fik 10 point for så vidt angår det pågældende krav. Indklagede har ikke tildelt point for uopfyldte krav, det vil sige, når kode 4 er angivet.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at det tillæg, som indklagede har foretaget, ikke blot er en påregnelig prissætning af forbehold. Klageren har intetsteds angivet kode 3 i sit tilbud og har ikke taget forbehold.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede har foretaget »kapitalisering« af alle tre tilbud og indregnet de omkostninger, der ikke var anført. Kapitaliseringen har ikke haft indvirkning på udfaldet af tilbudsvurderingen.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at indklagedes overtrædelser af udbudsreglerne er så grove og af så konkret væsentlig betydning, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at de overtrædelser af udbudsreglerne, som Klagenævnet måtte konstatere, ikke har været så grove og af så konkret væsentlig betydning, at tildelingsbeslutningen skal annulleres.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indklagede har gjort gældende, at det for så vidt angår underkriterium 3. »Tidsplan«, var anført som et »ønske«, at der skulle være driftsstart den 1. januar 2011. Tidsplanen er dermed noget, som tilbudsgiverne kunne konkurrere på, idet tilbudsgiverne da også – i lighed med, hvad der var tilfældet ved de øvrige krav – i kontraktbilagt skulle anføre et af tallene 1-4 fra be-

svarelseskoden ud for de 6 underpunkter a-f vedrørende dette underkriterium.

Efter Klagenævnets vurdering giver denne besvarelseskode, som er anført ovenfor, ikke mening i forbindelse med en tidsplan. Det er heller ikke på anden måde klart, hvorledes indklagede skulle være i stand til at evaluere forskellige angivelser af koder og besvarelser i de forskellige tilbud i denne sammenhæng.

I hvert fald under disse omstændigheder har underkriteriet 3. »Tidsplan« ikke været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 2

Udbudsbetingelserne er fastsat således, at tilbudsgiverne med hensyn til de 36 generelle krav kunne vælge at angive, om kravet er indeholdt i det tilbudte system (1), om kravet kræver tilretning, men omkostningsmæssigt er indeholdt i tilbuddet (2), om kravet ikke er indeholdt i tilbuddet, fordi det kræver kundespecifik tilretning (3), eller om kravet ikke kan løses og derfor ikke er tilbudt (4).

En sådan angivelse giver ikke nogen mening for så vidt angår krav 3 a, krav 4 og krav 34. Eksempelvis giver det ikke nogen som helst mening at anføre, at den tilbudte løsning lever - eller ikke lever - op til Persondatalovens krav (krav 4).

De 3 krav (krav 3 a, krav 4 og krav 34) er mindstekrav, som skal opfyldes, for at tilbuddet kan tages i betragtning. De er derfor ikke egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 3

Klagenævnet lægger til grund, at Fujitsi Services A/S ved tilbudspræsentationen var i stand til mere overbevisende end klageren at redegøre for det tilbudte system. Dette har ifølge tilbudsevalueringen haft betydning for eva-

lueringen af de to tilbud. Indklagede har imidlertid ikke i den forbindelse handlet i strid med udbudsbetingelserne, herunder besvarelsen af spørgsmål 1.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 4

Indklagede har ikke i udbudsbetingelserne fastsat nogen indbyrdes vægtning mellem de 36 generelle krav eller fastsat, hvilke af kravene indklagede ville lægge særlig vægt på. Tilbudsgiverne måtte således gå ud fra, at hvert enkelt krav vægtede lige meget. Under evalueringen har indklagede imidlertid opstillet nogle grupperinger af kravene og har herefter evalueret tilbuddene uden entydig sammenhæng med de 36 generelle krav.

Indklagede har herved handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2. Det gør under de beskrevne omstændigheder ikke nogen forskel, at de generelle krav sammenlagt alene vægtede 9 %.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 5

Det bemærkes, at indklagede har anvendt en anden pointmodel end den, der er beskrevet i Klagenævnets kendelse af 13. april 2010, KMD A/S mod Frederiksberg Kommune (påstand 6 a). Den anvendte model giver ikke så vidt ses point for uopfyldte krav eller for overopfyldelse.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 6

Indklagede har først i et processkrift afgivet den 10. maj 2010 til brug for mødet i Klagenævnet den 17. maj 2010 redegjort for de beløb, som er tillagt tilbuddene i forbindelse med evalueringen.

Klageren har ikke i sit tilbud angivet koden 3, hvilket ville kunne have ført til pristillæg. Indklagede har heller ikke påvist, at tillæggene dækker pris-sætning af forbehold.

Det forhold, at tilbuddene muligt vanskeligt kunne sammenlignes uden de pristillæg, som indklagede har skønnet nødvendige, skyldes uklarheder i udbudsbetingelserne, herunder kravspecifikationens formulering, og kan ikke retfærdiggøre tillæggene.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 7

Under hensyn til karakteren af de overtrædelser af udbudsreglerne, som er fastslået, tages påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53 ved at fastsætte underkriteriet »3.Tidsplan«, uanset underkriteriet ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (gennemsigtighedsprincippet) ved fastsættelsen af delkriterium A1). »Generelle krav« til underkriteriet »Kravopfyldelse«, idet tre af de opstillede krav under dette delkriterium var mindstekrav (krav 3 a, krav 4 og krav 34) og således ikke egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet), idet indklagede ved evalueringen af tilbuddene i relation til delkriterium A1) »Generelle krav« til underkriteriet »Kravopfyldelse« ikke har evalueret de opstillede krav enkeltvis, men har foretaget en gruppering af kravene, der ikke forud var oplyst i udbudsbetingelserne, og som medfører en forskellig vægtning af de enkelte krav, uagtet der ikke i udbudsbetingelserne var anført vægtfordeling mellem de enkelte krav.

Ad påstand 6

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet) ved i forbindelse med vur-

deringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »Økonomi« at have tillagt klagerens tilbud et skønsmæssigt beløb.

Indklagedes beslutning af 6. november 2009 om at tildele kontrakten til Fujitsu A/S annulleres.

Indklagede, Middelfart Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, KMD A/S, betale 60.000 kr., der betales inden 4 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Lillian Sivertsen
kontorfuldmægtig