

Klagenævnet for Udbud

(Margit Stassen, Suzanne Helsteen, Niels Henriksen)

J.nr.: 2008-0016386

12. september 2008

K E N D E L S E

Master Data I/S

(advokat Niels Thestrup, København)

mod

Københavns Kommune

(advokat Andreas Christensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 4. juli 2007 udbød Københavns Kommune 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) indkøbet af et IT-baseret kostberegningssystem til 32 plejehjem.

Efter udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 13. august 2007 havde følgende virksomheder anmodet om prækvalifikation:

1. Master Data I/S (klageren)
2. Maxys ApS
3. Dansk Catering Center A/S
4. Rambøll Informatik A/S.

Den 10. september 2007 besluttede indklagede at prækvalificere de 4 virksomheder og fremsendte herefter udbudsbetingelserne.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 22. oktober 2007 havde virksomhederne, bortset fra Rambøll Informatik A/S, afgivet tilbud. Den

22. november 2007 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Maxys ApS.

Den 15. april 2008 indgav klageren, Master Data I/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Københavns 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 30. april 2008 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Klagen har været behandlet på et møde den 17. juni 2008, hvorefter sagen blev udsat på parternes supplerende bemærkninger til indklagedes vurdering af prisen for tilbudene fra henholdsvis klageren og fra Maxys ApS.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, 1. og 2. afsnit, ved ikke i udbudsbetingelserne at have vægtet underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, idet indklagede i udbudsbetingelserne fastsatte underkriterierne således: »A. Kvalitet 35 - 45 %, B. Teknisk og funktionsmæssig værdi 20 - 30 %, C. Pris 15 % - 25 %, D. Service og teknisk bistand 10 % - 20 %«, hvilket indebar, at under vurderingen af tilbudene kunne underkriterierne B og C begge vægte 20 - 25 %, og underkriterierne C og D begge vægte 15-20 %, og dermed i princippet skifte plads i vægtningsrækkefølgen.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53, 1. og 2. afsnit, ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at underkriterium »C. Pris« til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« alene skal vægtes med 15 % - 25 %, uagtet at der ved en vurdering af tilbudene med anvendelse af denne vægtning ikke kan ske en identifikation af »det økonomisk mest fordelagtige bud.«

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53 ved ikke i udbudsbetingelserne tilstrækkeligt præcist at beskrive, hvad indklagede i relation til underkriterium »A. Kvalitet« ville lægge vægt på ved vurderingen af tilbudene efter tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud.«

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53 ved ikke i udbudsbetingelserne tilstrækkeligt præcist at beskrive, hvad indklagede i relation til underkriterium »B. Teknisk og funktionsmæssigt værdi« ville lægge vægt på ved vurderingen af tilbudene efter tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud.«

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved ved vurderingen af tilbudene efter tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« i relation til underkriteriet »Kvalitet« kun at have lagt vægt på delkriteriet »brugervenlighed«, og uden at have vurderet brugervenligheden af klagerens system.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ved vurderingen af tilbudene efter tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« at have vurderet underkriteriet »Pris« efter et skøn og ikke efter en beregning og ved udøvelsen af dette skøn ikke at have taget hensyn til, at prisen i klagerens tilbud var lavere end prisen i tilbudet fra Maxys ApS

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ved vurderingen af tilbudet fra Maxys ApS ikke at have taget hensyn til, at den ydelse, som denne tilbudsgiver afgav tilbud på, ikke er et standardsystem, uagtet det i

udbudsbetingelserne er anført, at »Leverandøren skal.....tilkendegive om kravet er en del af: Standardsystemet.«

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved vurderingen af tilbudene efter tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« i relation til delkriteriet »brugervenlighed« ikke at have vurderet tilbudene i forhold til dette kriterium, men at have vurderet tilbudene i forhold til hinanden.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med det EU-udbudsretlige gennemsigtighedsprincip ved ikke senest samtidig med, at indklagede den 22. november 2007 besluttede at indgå kontrakt med Maxys ApS, at have udarbejdet en skriftlig redegørelse for indklagedes vurdering af tilbudene.

Påstand 10

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 22. november 2007 om at indgå kontrakt med Maxys ApS.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 – 10 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder:

I 2003 vedtog Københavns Kommune en kostpolitik på ældreområdet indeholdende bl.a. den målsætning, at kommunens plejehjem skulle kunne dokumentere, at maden indeholder tilstrækkelig energi og næring. For at opfylde denne målsætning besluttede Sundheds- og Omsorgsudvalget i 2006, at der skulle købes kostberegningsprogram til kommunens plejehjem. Til gennemførelse af udbudet blev der nedsat en projektgruppe og en styregruppe, den sidstnævnte med den endelige beslutningskompetence.

Af udbudsbekendtgørelsen af 4. juli 2007 fremgår, at tildelingskriteriet er »det økonomisk mest fordelagtige bud«.

I »Prækvalifikationsmateriale«, hvor udbudsbekendtgørelsen var vedhæftet, offentliggjort i EF-tidende den 6. juli 2007, er blandt andet anført:

- » ...2.2 Den udbudte ydelse
EU-udbudet omfatter indkøb af et kostberegningssystem til kommunens plejehjem med produktionskøkkener...

2.3 Aftalens omfang...

1. Levering af et standardsystem med tilpasninger...

2.4 Kontraktperiode og optioner

Københavns Kommune...ønsker at indgå en aftale om en endelig levering af et produkt, der kan leveres...senest den 3. marts 2008, samt en aftale vedrørende vedligeholdelse med videre, som Københavns Kommune...med et skriftligt varsel til leverandøren på 6 måneder kan forlænge med 1 år ad gangen...

Ved udløbet af den oprindelige kontraktperiode...ophører kontrakten uden yderligere varsel...

4.1 Delkriterier

Vurderingen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud vil blive foretaget på baggrund af følgende delkriterier:

- A Kvalitet
- B Teknisk og funktionsmæssig værdi
- C Pris
- D Service og teknisk bistand

<Klagenævnets litrering>

4.2 Definition af delkriterier

Ved »kvalitet« forstås løsningen af de beskrevne funktionelle krav.

Ved »teknisk og funktionsmæssig værdi« forstås omfanget af krav løst med standardapplikation, graden af fremtidssikring samt kundens egen mulighed for konfiguration af applikationen.

Ved »pris« forstås det samlede vederlag og enhedspriser i kontraktperioden tillagt prissætning af eventuelle forbehold og optioner.

Ved »service og teknisk bistand...

4.3 Vægtning af delkriterier

De enkelte delkriterier vil i bedømmelsen blive tillagt følgende vægt.

Kvalitet	35 % - 45 %
Teknisk og funktionsmæssig værdi	20 % - 30 %
Pris	15 % - 25 %
Service og teknisk bistand	10 % - 20 %...«

Af materialet fremgår endvidere, at udbudet omfatter kostberegningssystem til 30 plejehjem med produktionskøkkener og bestillingsmodul til 2 plejehjem med modtagerkøkkener. Sluttelig fremgår af materialet:

»...Brugervenlighed i kostberegningssystemet sættes meget højt. Brugergrensefladen skal være grafisk, og der er forventninger til at funktionaliteten er understøttet af genvejstaster og at disse følger windows standarderne, så vidt det er muligt«.

Af et uddrag af anmodning om prækvalifikation fra Maxys ApS fremgår blandt andet, at selskabet er stiftet i 2005, og at grundlæggerne siden 1987 har været beskæftiget med udvikling og salg af kostberegnings- og madudbringningsprogrammer, FoodMaster og CompuKost, som efter det oplyste anvendes i omkring 80 køkkener. Af anmodningen fremgår videre:

»...Vi søsatte et nyt udviklingsprojekt, Xena... har siden midten af 2006 kunnet de ting, som CompuKost og FoodMaster kan, men er under stadig udvikling...Vi har et solidt og gennemprøvet grundsystem...«

Af selskabets årsrapport for perioden 1. juli 2006 til 30. juni 2007 fremgår, at selskabet i perioden havde en bruttofortjeneste på 106.441 kr., og at årets resultat var 77.227 kr. De tilsvarende tal for året forinden var negative.

Af en referenceliste for klageren fremgår, at selskabet har installeret køkkener i en lang række kommuner, hospitaler m.v.

Udbudsbetingelserne blev den 10. september 2007 sendt til de prækvalificerede virksomheder. I appendiks 1 til betingelserne er underkriterierne defineret og vægtet som i prækvalifikationsmaterialet. I appendikset er indeholdt en udvidelse af definitionen af underkriteriet »kvalitet«, som herefter defineredes således:

»Ved »kvalitet« forstås løsningen af de beskrevne funktionelle og tekniske krav i henhold til kravspecifikationen.«.

Som appendiks 4 til udbudsbetingelserne er vedhæftet »Modelbilag til Standardkontrakt for kortvarigt IT-produkt, KO1«, hvor det af pkt. 13 blandt andet fremgår:

»Leverandøren kan med et skriftligt varsel på 12 måneder til den første i en måned opsige vedligeholdelsesordningen, dog tidligst til udløb 4 år efter overtagelsesdagen...

Kunden kan med et skriftligt varsel på 6 måneder...opsige vedligeholdelsesordningen, dog tidligst til ophør 1 år efter overtagelsesdagen...«

Af appendiks 5 fremgår, at ordregiverne ved besvarelsen af kravene i kravspecifikationen, der er en del af udbudsbetingelserne, skal tilkendegive, om kravet er en del af et standardsystem, eller om der skal ske tilpasning eller udvikling.

I kravspecifikationen er indeholdt 180 kravnumre inddelt i 6 afsnit. I afsnit »5 Generelle krav« understreges det, at sundhedsforvaltningen lægger meget stor vægt på kvaliteten af leverancen.

Af pkt. »5.3 Standardsystem« fremgår:

»Sundhedsforvaltningen ønsker ikke at få udviklet et system til plejehjemskøkkenerne, men ønsker et standardsystem med de nødvendige tilpasninger, der er nødvendige for at leve op til kommunens sikkerhedskrav, specialfunktionalitet m.m.«

I afsnit »5.7.5. Applikations- og databaseserver« anføres indledningsvist blandt andet, at indklagede fortrinsvis benytter MS SQL, og at databasen skal overholde aktuel SQL-standard. I kravnummer 121 ønskes en besvarelse af:

»Redegør for om MS SQL kan benyttes som database«

I afsnit »5.11 Konfigurering« anmodes der i kravnummer 157 om en redegørelse for konfigurationsmulighederne i systemet.

Under afsnit »5.12 Brugervenlighed« gentages forventningerne fra prækvalifikationsmaterialet om brugervenlighed. Afsnittet har 2 kravnumre, 158 og 159. I kravnummer 158 er anført: »Redegør for hvorledes systemet lever op til windows standarder på brugergrænsefladen«, og i kravnummer 159 er anført: »Redegør for, at brugerne selv kan opsætte sine skærbilleder (hvilke kolonner vises etc.) uden at dette har indvirkning på andre brugere«.

Af tilbudet fra Maxys ApS fremgår det, at der er tale om et standardsystem med et begrænset antal tilpasninger og udviklingsopgaver.

I tilbudet fra Maxys ApS er krav nummer 121 om benyttelse af MS SQL som database besvaret således:

»Teoretisk, ja – det vil tage flere hundrede timer at gøre os uafhængige af alle de dejlige features, som Firebird velsigner os med. Som nævnt...er der INGEN som helst problemer med at installere og drifte Firebird, som i modsætning til MS SQL er et robust RDBMS. Installationen tager 30 sekunder...«

Maxys ApS besvarede kravnummer 158 om windows standarder således:

»Alle vigtige funktioner har tilknyttet en F-tast. Også mindre vigtige funktioner har tilknyttet en shortcut eller accelerator. Vi prøver at overholde Windows' standarder for disse, når det ellers er hensigtsmæssigt. Alle vores skærbilleder har ensartede toolbars, der gør det lettere for brugeren at finde rundt i programmets funktioner. F. eks. sidder knapperne »Ny«, »Redigér«, »Slet«, »Luk«, »Gendan« etc. altid de samme steder.

Stort set alle knapper og menuer har tilknyttet ikoner, så man lettere kan genkende de enkelte funktioner.«

I klagerens tilbud er under besvarelsen af kravnummer 158 er anført:

»Systemet er udviklet med det hensyn at lægge sig tæt op af diverse Windows-standarder, det være sig både design og funktionalitet.«

Maxys ApS besvarede kravnummer 159 om opsætning af skærbilleder således:

»Vi benytter et særligt framework, der gør det muligt at gemme hvert skærbilledes størrelse, placering og (hvis man ønsker det) værdien af de enkelte felter på brugerniveau. Frameworket er i øjeblikket ved at

blive tilrettet, så det virker på Citrix. Til datavisning bruger vi et af markedets mest avancerede datagrids, der gør det muligt at gemme sortering/filtrering og kolonnesetup på brugerniveau.«

I klagerens tilbud er under besvarelsen af kravnummer 159 anført:

»Systemet kan for hvad angår de fleste tabeller opsættes således at brugeren bestemmer hvilke felter der skal vises/skjules, samt i hvilken orden felterne skal vises. Denne opsætning gemmes på bruger niveau.«

På møder den 14. og 15. november 2007 vurderede og pointgav projektgruppen de indkomne tilbud, hvorefter der udarbejdedes en indstilling til styregruppen. Der er under sagens behandling ved Klagenævnet opnået enighed mellem parterne om, at der til brug for styregruppens vurdering den 15. november 2007 til gruppens medlemmer sammen med dagsordenen blev fremsendt tre notater: »Vurdering af Kostberegningssystem (Karaktergivning 0-5 af nedenstående emner)«, »Vurdering af fordele og ulemper ved leverandører i kostberegningsprogram til Københavns Kommune« og »Oversigt over pristilbud på Kostberegningssystem«.

Af notatet om »Vurdering af Kostberegningssystem (Karaktergivning 0 - 5...)« fremgår, at klageren blev tildelt karakteren: 3 for kvalitet, 4 for teknik og funktionsmæssig værdi, 4 for pris og 4 for Service og Teknisk bistand, og at summen af klagerens vægtede karakter udgjorde 3,6. Maxys ApS blev tildelt karakterne: 5, 2, 4 og 3, og summen af de vægtede karakterer var 3,75.

I notatet om »Vurdering af fordele og ulemper ved leverandører i kostberegningsprogram til Københavns Kommune« er indeholdt en sammenstilling af fordele og ulemper ved henholdsvis klagerens og Maxys ApS' produkt, hvorefter projektgruppens indstilling til styregruppen følger. Af notatet fremgår blandt andet:

»Master Data...Ulemper... Lav brugervenlighed, og fremstår uoverskuelig. Kræver i højere grad erfaring hos brugerne...
Maxys ...Fordele...Højeste brugervenlighed med en høj grad af intuition og overskuelighed...

Indstilling til styregruppen:

Tre af gruppens medlemmer hælder mest til Maxys, mens et enkelt medlem mest hælder til MasterData...Beslutningen afhænger af vægt-

ningen af det IT-tekniske samt brugervenligheden. Der er tale om svært sammenlignelige løsninger. Hvis man vægter brugervenligheden højest, skal vi vælge Maxys, hvorimod man ved vægtning af det IT-tekniske, bør vælge Masterdata.

Gruppens forbehold:

Medlemmerne har på nuværende tidspunkt afprøvet Maxys produkt. Medlemmerne har dog endnu ikke fået afprøvet MasterData's produkt...«.

Af notatet fremgår endeligt, at tilbudet fra Dansk Center Catering A/S var fravalgt blandt andet på grund af en markant højere pris.

Af en oversigt over »pristilbud på Kostberegningssystem« fremgår, at engangsudgiften for klagerens tilbud udgjorde 957.685 kr. og for Maxys ApS' 830.285 kr. I en note er anført, at det skulle afklares, om »Maxys kræver yderligere investering i SQL (ca. 200.000 kr.)«. Af oversigten fremgår videre, at den samlede udgift for klagerens tilbud baseret på engangsudgiften + 3 henholdsvis 4 års drift udgjorde 1.310.035 kr. og 1.427.485 kr. De tilsvarende tal for tilbudet fra Maxys ApS' var 1.348.685 kr. og 1.521.485 kr.

På et møde i styregruppen den 22. november 2007 var der enighed om at vælge Maxys ApS' tilbud, »overvejende...ud fra, at systemet er lavet meget brugervenligt.« Af et referat af 30. november 2007 fra mødet fremgår blandt andet:

»...Køkkenerne har desuden afprøvet Master Datas og Maxys' standard kostberegninger og har ud fra det vurderet, at Maxys har en høj grad af brugervenlighed, hvor det for Master Datas vedkommende kræver noget mere indsigt og undervisning...

Der var enighed om, at det er et godt system, Master Data har udviklet, men det er forvirrende med mange åbne vinduer og er ikke lige til at gå til...

Der er mulighed for at køre Maxys' program over på MS-SQL, men det vil kræve en betydelig programmeringstilretning. Rent økonomisk vil det koste ca. kr. 200.000,00 + licenser...

Sluttelig blev det besluttet, at Koncernservice skulle kontaktes igen for at give endeligt tilsagn vedrørende brug af Firebird, da den ikke er en del af Københavns Kommunes it-strategi...«

I en mail den 22. november 2007 kl. 13.31 rettede Lars B. Poulsen, Københavns Kommune, Sundheds- og Omsorgsforvaltningen, henvendelse til

KoncernService, Københavns Kommune Leverancecenter IT. Af mailen fremgår:

»Styregruppen for Kostberegningssystemet har besluttet at vælge Maxys som leverandør af et kostberegningssystem til plejehjemskøkkenerne.

Styregruppen vil dog gerne have en skriftlig bekræftelse på, at KS vil drifte Kostberegningssystemet fra Maxys, samt den Firebird database de baserer sig på.

Vi skal, iflg. vores tidsplan, informere tilbudsgiverne senest i morgen fredag d. 23. november 2007, så vi vil gerne om I kunne svare i dag, eller senest i morgen formiddag.«

John Hansen, KoncerService, besvarede senere samme dag kl. 15.54 henvendelsen ved en mail, hvoraf blandt andet fremgår:

»...Det er vanskeligt at give et endegyldigt svar på om KS kan drifte et system som det nævnte, idet vi aldrig tidligere har driftsafviklet en løsning på basis af de omtalte produkter.

Såfremt kostberegningssystemet må klassificeres som vigtig for opgaveløsningen, kan vi ikke anbefale en løsning som den skitserede, der som database benytter en såkaldt fladfilddbasse, som er freeware, og hvortil der ikke knytter sig nogen ansvarlig udvikler.

...

Systemet mangler desuden enhver form for transaktionslog, hvilket betyder at der ved nedbrud uvægerligt mistes data.

Vi skal foreslå, at leverandøren omprogrammerer løsningen til en SQL platform...

Såfremt Sundhedsforvaltningen fastholder ønsket om at få omtalte database driftsafviklet, vil dette forudsætte, at der etableres et fuldstændigt isoleret miljø,...hvilket medfører, at driftsudgiften vil være noget højere end f.eks. drift på en sql-server...«

Ved mail af 23. november 2007 til tilbudsgiverne meddelte indklagede:

»Forvaltningen har den 22. november 2007 besluttet at meddele alle tilbudsgivere, at forvaltningen har til hensigt at indgå kontrakt med **Maxys ApS**, der har leveret det økonomisk mest fordelagtig tilbud. Forvaltningen har i sin vurdering specielt lagt vægt på, at den tilbudte løsning fra **Maxys ApS** er baseret på et færdigudviklet standardsystem, og vurderes at have den højeste brugervenlighed, med en logisk og overskuelig funktionalitet«.

Ved en mail af 30. november 2007 fremsendte Susanne Westergren, medlem af styregruppen, mailen af 22. november 2007 fra KoncernService til Lars B. Poulsen, idet hun anførte:

»...Jeg kan se, at nedenstående mail er sendt til dig efter styregruppemødet i torsdags – og er selvfølgelig (da jeg først orienteres om mailen nu) interesseret i at høre, om det giver anledning til bekymring i forhold til den beslutning – vi har truffet ?«

Senere samme dag besvarede Lars B. Hansen henvendelsen. Det fremgår heraf blandt andet, at han havde »misset« at videresende mailen fra KoncernService til resten af styregruppen.

Den 5. december 2007 begærede klageren aktindsigt, hvilken begæring indklagede besvarede ved brev af 14. december 2007, som var vedlagt blandt andet de tre notater sendt fra projektgruppen til styregruppen den 15. november 2007, referatet af mødet den 22. november 2007 samt et notat udarbejdet den 11. december 2007 om »projektgruppemøde d 14. og 15. november 2007 vedrørende indstilling om tildeling af kontrakt til styregruppen.«

Af notatet udarbejdet den 11. december 2007 fremgår blandt andet, at projektgruppen havde besluttet at vægte underkriterierne, således at »kvalitet« vægtedes med 40 %, »teknisk og funktionsmæssig værdi« med 25 %, »pris« med 20 % og »service og teknisk bistand« med 15 %.

Af notatet fremgår videre, at projektgruppen havde vurderet, i hvilken grad tilbudene levede op til de opstillede underkriterier, og havde tildelt point »på en skala fra 1-5, hvor 3 er, hvad forvaltningen havde forventet, point herudover er bedre end forventet, og point under er dårligere end forventet«.

I et bilag til notatet er point og begrundelse opstillet i skemaform. Af bilaget fremgår, blandt andet:

»...

Definition: Ved kvalitet ...<definitionen fra udbudsbetingelserne>...

Sundheds- og Omsorgsforvaltningen lægger meget stor vægt på kvaliteten af leverancen – både i relation til produkter og tjenesteydelser.

Generel vurdering: Det vurderes, at de 3 leverandører overordnet set opfylder de funktionelle og tekniske krav.

Et overordnet behov for Københavns Kommune er, at løsningen er brugervenlig og understøtter opgaven med kostberegning ... Brugere af systemet i køkkerne er generelt karakteriseret ved at have en lav grad af IT-færdigheder...i en travl hverdag. Med henblik på at øge motivationen til at bruge kostberegningssystemet blandt brugerne, sættes brugervenligheden meget højt (jf. krav 158). Denne er således vægtet højt i bedømmelsen af kvaliteten...«

Af bilaget fremgår videre, at klageren ved delkriteriet »kvalitet« var tildelt 3 point, idet det anførtes:

»Krav om brugervenlighed er ikke tilstrækkelig grundigt beskrevet til at overbevise om en god brugervenlighed. Der vurderes generelt en lav brugervenlighed, der i højere grad kræver erfaring hos brugerne.«

Maxys ApS blev tildelt 5 point for kvalitet, idet det anførtes:

»Krav om genvejstaster og Windows er meget nøjagtigt beskrevet. Der vurderes generelt en god brugervenlighed med en høj grad af intuition og overskuelighed«.

I bilaget er for så vidt angår underkriteriet »pris« anført: »De tre tilbud er vurderet på baggrund af tilbudenenes samlede udgifter herunder udgifter til køb af...Hertil kommer 3 års driftsudgifter...De 3 tilbud er målt op mod den forventede pris på 1,5 mio. kr.« Klageren og Maxys ApS blev begge tildelt 4 point, idet det for begge er anført, at den samlede pris lå »lidt under den forventede pris«.

Indklagede har under sagens behandling ved Klagenævnet oplyst, at det efter konsultation med kommunens leverancecenter for IT, Koncern Service, blev afklaret, at der ikke er behov for at konvertere systemet fra Maxys ApS til MS-SQL, således at der ikke er de omhandlede merudgifter på 200.000 kr. forbundet med systemet.

Indklagede har under sagens behandling videre oplyst, at indklagede har indgået kontrakt med Maxys ApS.

Af en erklæring af 12. juni 2008 afgivet af Jens Scherbeck, Master Data I/S, fremgår blandt andet, at klageren har en skønnet markedsandel på ca. 60 % af alle hospitalskøkkener samt en andel på ca. 40 % af alle plejehjem og centralkøkkener. Af erklæringen fremgår videre, at klagerens system har

»brugervenlighedsfunktioner« som de i tilbudet fra Maxys ApS beskrevne, herunder særligt, at skærm billederne har ensartede toolbars, samt at alle knapper og menuer har tilknyttet ikoner.

Indklagede er i et notat af 18. juni 2008 fremkommet med supplerende bemærkninger, hvoraf blandt andet fremgår:

»...Vedrørende pris...

I <Oversigt over pristilbud på Kostberegningssystem>...vises den samlede udgift over henholdsvis 3 og 4 år...

Grundforudsætningen i pointtildelingen er derimod baseret på engangsudgiften + 3 års drift, da kontrakten løber i 3 år, og da dette svarer til forudsætningen i EU-udbudet, hvor den forventede pris på 1,5 mio. kr. er baseret på engangsudgiften + 3 års drift...

Dette fremgår også af <notatet af 11. december 2007>...«

Vedrørende MS SQL...

Prisen på ca. 200.000kr. til programmeringstilpasning til MS SQL har ikke været relevant ved evaluering af tilbud...Denne e-mail <svaret den 22. november 2007 fra John Hansen>blev ikke blot sendt til Lars B. Hansen, men også til Lisbeth Ravn, System- og Udviklingschef... og medlem af styregruppen,..<og> har således d. 22. november 2007...umiddelbart efter styregruppemødet været forelagt et styregruppemedlem med de relevante IT-faglige kompetencer til at vurdere, om indholdet skulle kunne ændre styregruppens beslutning, således at styregruppen på ny skulle indkaldes.

Økonomisk betyder Firebird løsningen, at der kan påregnes en ekstra udgift til en server...som er lidt dyrere end en standard pc og installation og licens til en firewall. Dette er ikke afgørende udgifter. Ved vurderingen af udgifterne hertil, må der tages hensyn til, at udgiften til en MS SQL server licens ikke er påkrævet til denne løsning, samt at en sådan MS SQL licens er relativ dyr...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at når tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« er valgt, og underkriterierne i tilknytning hertil er fastlagt, skal en ordregiver efter Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, 1. afsnit, angive, med hvilken vægt de pågældende kriterier indgår i vurderingen. Formålet hermed er at sikre, at tildelingskriterierne er udtryk for en realitet og ikke overlader det til ordregiverens frie skøn at træffe afgørelse.

Den i Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, 2. afsnit, indeholdte undtagelse, tillader kun relativt små udsving og kan kun finde anvendelse, hvor der er særlig grund hertil. Der er ikke i dette udbud nogen gyldig grund til, at indklagede har angivet underkriterierne med relativt store udsving, som har indebåret, at indklagede inden for rammerne med samme bedømmelse af de enkelte kriterier kunne nå frem til forskellige vindere af udbudet, idet kriterierne kunne have skiftet plads i prioritetsrækkefølgen. Klageren har endelig anført, at det ikke fremgår, hvornår den endelige vægtning fandt sted.

Indklagede har oplyst, at udbudsbetingelserne er tilsigtet udformet i overensstemmelse med reglen om »vægtning af underkriterierne« i Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, 1. og 2. afsnit, og har anført, at udbudsbetingelserne er udformet på en sådan måde, at de opfylder de krav, der er fastsat i artikel 53, stk. 2, 1. og 2. afsnit.

Indklagede har nærmere gjort gældende, at muligheden efter andet afsnit, stk. 2, for at angive en ramme for det maksimale udsving er begrundet i, at det i artikel 53 anerkendes, at der overlades den ordregivende myndighed et vist skøn. For at det kan lade sig gøre, må et udsving på +/- 5 % være foreneligt med EU udbudsreglerne. Det fremgår ikke af direktivet, at der skal være særlige grunde for at fastsætte rammer for vægtningen.

Indklagede har videre henvist til, at projektgruppen før møderne den 14. og 15. november 2007 forud for evalueringen af tilbudene besluttede, at den procentvise vægtning af de enkelte underkriterier skulle fastsættes til medianen inden for de angivne rammer. Derved er der ingen af underkriterierne, der har skiftet plads, hvilket er afgørende ved vurderingen af, om udbudsreglerne er overholdt. Det er ikke afgørende for vurderingen af nærværende udbud, at kriterierne kunne have skiftet plads, idet de rent faktisk ikke skiftede plads ved den endelige fastlæggelse af den procentvise vægtning.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at prioriteringen af underkriterierne er i strid med EU's udbudsregler, da underkriteriet »Pris«, der kun indgik i vurderingen med 20 %, og som ved vurderingen kunne vægte med kun 15 %, ikke indgår på en sådan måde, at der er et betydeligt økonomisk aspekt,

hvilket der sædvanligvis antages at skulle være, når tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« anvendes.

Indklagede har gjort gældende, at prisen ved evalueringen af de indkomne tilbud blev vægtet med 20 % og således har haft en afgørende betydning for vurderingen af tilbudene. Indklagede har videre anført, at systemet skal anvendes dagligt af personalet på kommunens plejehjem, hvorfor prisen har været af relativ mindre betydning i forhold til kvaliteten.

Ad påstand 3 og 4

Klageren har gjort gældende, at det er i strid med Udbudsdirektivet, når definitionen af underkriterierne »Kvalitet« og »Teknisk og funktionsmæssig værdi« i udbudsbetingelserne er så upræcis, at det ikke har været muligt for tilbudsgiverne at forholde sig til, hvorledes de enkelte punkter i kravspecifikationen, herunder særligt brugervenlighed, indgik i den samlede vurdering, samt om de enkelte punkter i kravspecifikationen ville indgå under underkriteriet »Kvalitet« eller »Teknisk og funktionsmæssig værdi«. Klageren har herved blandt andet anført, at brugervenlighed må opfattes som en del af et systems funktionelle værdi og er nært forbundet med kundens egen mulighed for konfiguration, kravnummer 157, som indgår i definitionen »teknisk og funktionsmæssig værdi«.

Indklagede har gjort gældende, at det har været naturligt at lade brugervenlighed indgå som et kriterium ved vurderingen af kvaliteten af de enkelte tilbud, idet underkriteriet »Teknisk og funktionsmæssig værdi« i overensstemmelse med definitionerne i blandt andet udbudsbetingelserne knytter sig til systemernes it-mæssige funktioner og ikke en vurdering af design og overskuelighed mv., som indgår i en vurdering af systemernes brugervenlighed.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at det er i strid med Udbudsdirektivet, at indklagedes projektgruppe, der havde afprøvet systemet fra Maxys ApS, for så vidt angår klagerens system alene foretog en vurdering af klagerens besvarelse af kravnummer 158, idet medlemmerne fra projektgruppen således ikke afprøvede klagerens system. Indklagede lagde ved pointvurderingen af underkriteriet »Kvalitet« alene vægt på vurderingen af brugervenlighed,

som kun er et krav ud af de 180 kravnumre. I definitionen af underkriteriet »kvalitet« henvises til samtlige kravnumre, hvortil kommer, at indklagede til trods for indvendingerne fra KoncernService om, at tilbudet fra Maxys ApS på flere punkter ikke lever op til de tekniske krav i udbudsbetingelserne, tildelte tilbudet 5 for »Kvalitet«.

Indklagede har gjort gældende, at det udtrykkeligt er angivet i udbudsbetingelsernes kravspecifikation m.v., at brugervenlighed ville blive vægtet højt, ligesom der er angivet detaljerede retningslinjer for, hvordan brugervenligheden ved de enkelte tilbud vil blive vurderet. Indklagede har videre anført, at klageren havde kendskab til systemets brugerkreds, og at samtlige kravnumre er indgået i vurderingen ved pointgivningen vedrørende underkriteriet »Kvalitet«, men at der i notaterne alene er gjort bemærkninger, hvor der er konstateret forskelle mellem tilbudene. Indklagede har endelig anført, at det valgte system på alle væsentlige områder lever fuldt ud op til indklagedes behov i henhold til udbudsbetingelserne, og at de meget få ændringer, som skal foretages i høj grad skyldes indklagedes behov, som ligger ud over, hvad der kan forventes af et standardssystem.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at hverken kontraktperioden eller vedligeholdelsesaftalens varighed er defineret i udbudsmaterialet. Da det af KO1 pkt. 13 fremgår, at leverandøren tidligst kan opsige kontrakten til udløb 4 år efter overtagelsesdagen, må kontraktperioden, der henvises til ved definitionen af »pris«, uanset indklagede kunne opsige vedligeholdelseskontrakten efter 1 år, være 4 år.

Hertil kommer, at det af mailkorrespondancen med KoncernService fremgår, at spørgsmålet om konvertering til MS SQL var uafklaret, da styregruppen traf afgørelse den 22. november 2007, hvorfor indklagede ved vurderingen af tilbudene var forpligtet til at indregne merudgiften på ca. 200.000 kr. i prisen fra Maxys ApS, hvorved klagerens løsning reelt var 17 % billigere.

Indklagede har henvist til indklagedes notat af 18. juni 2007 og har gjort gældende, at grundlaget for pointtildelingen for pris er vurderet på baggrund af engangsudgiften plus 3 år, og at forskellen mellem klagerens pris og prisen for tilbudet fra Maxys ApS er så lille, at der ikke har været grund-

lag for at foretage en differentieret pointtildeling. Såfremt Klagenævnet ikke finder, at det var berettiget at lægge engangsudgiften plus 3 år til grund, så er prisforskellen på en 4-årig drift i de to tilbud så beskeden, at dette ikke burde føre til en pointdifferentiering.

Indklagede har henvist til mailkorrespondancen den 22. november 2007 og har videre anført, at beslutningen om at vælge tilbudet fra Maxys ApS blev truffet under forudsætning af, at KoncernService skulle give endeligt tilsagn om brug af Firebird, hvorfor den yderligere investering på 200.000 kr. ikke var aktuel. Indklagede har videre anført, at tilsagnet fra KoncernService blev sendt til medlem af styregruppen, Lisbeth Ravn.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at det er i strid med EU udbudsreglerne, når indklagede i udbudsbetingelserne har lagt vægt på, at tilbudsgiverne skulle kunne opfylde kravspecifikationen med et standardsystem, men ikke desto mindre har valgt et system, som ikke er implementeret hos andre ordregivere. Klageren har henvist til, at klageren på intet tidspunkt har været i konkurrence med Maxys ApS om tilsvarende opgaver, hvorfor klageren, som forgæves har forsøgt at få udleveret referenceliste fra Maxys ApS, tvivler på, om det af Maxys ApS tilbudte system er et standardsystem i den forstand, at det er implementeret hos andre.

Indklagede har gjort gældende, at det afgørende for klageren var, at der er tale om et eksisterende system og ikke et system, der skulle udvikles til opgaven. Af tilbudet fra Maxys ApS fremgår, at der er tale om et standardsystem, og det er i den forbindelse uden betydning, hvor systemet i øvrigt anvendes. Indklagede har i den forbindelse anført, at det af anmodningen om prækvalifikation fra Maxys ApS og Maxys ApS's referencelister, som under sagen har været undtaget fra klagerens partsaktindsigt, fremgår, at systemet er implementeret andre steder.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at indklagede i strid med EU udbudsreglerne ikke har valgt mellem de tilbudte systemer efter en vurdering af tilbudene i forhold til de fastsatte underkriterier i prioriteret orden, men i stedet har vurderet systemerne i forhold til hinanden, hvilket udtrykkeligt fremgår af

sammenstillingen i notatet om »Vurdering af fordele og ulemper ved leverandører i kostberegningsprogram til Københavns Kommune«.

Indklagede har gjort gældende, at evalueringen af de indkomne tilbud blev foretaget på baggrund af en pointtildeling efter en vurdering af tilbudene i forhold til de fastsatte underkriterier. Gennemgangen i notatet om »Oversigt over pristilbud på Kostberegningssystem« er ikke udtryk for en vurdering af tilbudene i forhold til hinanden, men er en skematisk opstilling af fordele og ulemper ved de to systemer.

Ad påstand 9

Klageren har gjort gældende, at indklagede først efter, at beslutningen var truffet, har udarbejdet en skriftlig tilbudsvurdering. Klageren har herved henvist til, at referatet af styregruppemødet først blev udarbejdet den 30. november 2007, og til at indklagede først den 19. december 2007 udarbejdede notatet, der angiver at være udarbejdet til brug for projektgruppemødet den 14. og 15. november 2007.

Indklagede har gjort gældende, at der senest samtidig med beslutningen blev udarbejdet en skriftlig tilbudsvurdering, og har henvist til, at der under sagens behandling er opnået enighed om, at der den 15. november 2007 til styregruppens medlemmer sammen med dagsordenen blev fremsendt tre notater, der indeholder projektgruppens indstilling til vurdering af tilbudene.

Ad påstand 10

Klageren har gjort gældende, at indklagedes overtrædelse af udbudsreglerne er så grove, at beslutningen om at indgå kontrakt med Maxys ApS skal annulleres.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere indklagedes beslutning om, at Maxys ApS afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indklagede har i udbudsbetingelserne anført, at underkriterierne vægter således: »A. Kvalitet 35 - 45 %, B. Teknisk og funktionsmæssig værdi 20 – 30 %, C. Pris 15 % - 25 %, D. Service og teknisk bistand 10 % - 20 %«.

Ved vurderingen af tilbudene kunne underkriterierne B og C begge vægte 20 – 25 %, og underkriterierne C og D begge vægte 15-20 %. Kriterierne kunne således have skiftet plads i vægtningsrækkefølgen, og den angivne vægtning er derfor i strid med Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, 1. afsnit. De angivne udsving for de fastsatte rammer på +/- 5 % er passende og dermed ikke i strid med Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, 2. afsnit.

Påstanden tages derfor delvist til følge som nedenfor bestemt.

Ad påstand 2

Det fremgår af den i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne beskrevne vægtning af underkriterierne, at »Kvalitet« ville blive tillagt den væsentligste betydning. Da kvaliteten af et produkt vil afspejle sig i prisen, finder Klagenævnet ikke, at angivelsen af vægtningen af underkriteriet »Pris« er i strid med tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud. Det bemærkes i den forbindelse, at det omhandlede system dagligt skal anvendes af personalet på kommunens plejehjem, hvorfor der i vurderingen af »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« indgår flere økonomiske aspekter end prisen for det tilbudte system.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 3 og 4

I udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne indgår i definitionen »Kvalitet« en henvisning til samtlige, herunder også tekniske, krav i kravspecifikationen. I definitionen af »Teknisk og funktionsmæssig værdi« indgår blandt andet »kundens egen mulighed for konfiguration...«. Klagenævnet finder på denne baggrund, at definitionen af disse underkriterier har været så upræcis, at det ikke har været klart for tilbudsgivere, hvilke punkter i

kravspecifikationen, der indgik i underkriteriet »Kvalitet«, og hvilke, der indgik i »Teknisk og funktionsmæssig værdi«.

Påstandene tages herefter til følge.

Ad påstand 5

Af notatet om »Vurdering af fordele og ulemper ved leverandører i kostberegningsprogram til Københavns Kommune« fremgår, at projektgruppens medlemmer forud for indstillingen til styregruppen alene havde afprøvet produktet fra Maxys ApS, men ikke klagerens produkt. Uanset det af referatet af 30. november 2007 fremgår, at »Køkkerne« havde afprøvet begge produkter, finder Klagenævnet, når henses til at vurderingen af brugervenligheden af klagerens produkt alene skete på baggrund af besvarelsen af punkt 5.12, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2.

Påstanden tages herefter delvis til følge som nedenfor bestemt.

Ad påstand 6

Det bemærkes, at det af referatet af styregruppemødet den 22. november 2007 og af den efterfølgende mailkorrespondence fremgår, at det ikke på tidspunktet for indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med Maxys ApS var afklaret, om denne løsning ville indebære en meromkostning på 200.000 kr., hvilket Klagenævnet finder kritisabelt.

Da det af »Modelbilag til Standardkontrakt for kortvarigt IT-projekt, KO« 1 fremgår, at leverandøren tidligst efter 4 år kan opsige vedligeholdelseskontrakten, som skulle indgås i tilknytning til aftalen om kostberegningssystemet, finder Klagenævnet, at den kontraktperiode, som der henvises til i definitionen af underkriteriet »Pris«, og som ikke i øvrigt er defineret, er 4 år. Den relevante pris er herefter engangsudgiften + 4 års drift, hvor klagerens tilbud er under det forventede, mens tilbudet fra Maxys ApS ligger over det forventede. I overensstemmelse med retningslinjerne i notatet af 11. december 2007 burde Maxys ApS være tildelt karakteren 2 i stedet for 4 for kriteriet »Pris. Dette ville have medført, at klager havde opnået højeste pointtal og dermed skulle være tildelt kontrakten.

Påstanden tages herefter delvis til følge som nedenfor bestemt.

Ad påstand 7

Det fremgår af tilbudet fra Maxys ApS, at det tilbudte produkt er et standardsystem, og at der alene på et par begrænsede punkter skal ske tilpasning eller udvikling. Klagenævnet finder ikke, at der i kravet om standardsystem, som anført af klageren, kan indfortolkes et krav om, at systemet skal have været implementeret hos andre.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 8

Af notaterne udarbejdet til brug for projektgruppemøderne den 14. og 15. november 2007 fremgår, at de gennemgåede tilbud hver for sig blev vurderet i forhold til det valgte tildelingskriterium og de fastsatte underkriterier. Det forhold, at der i notatet »Vurdering af fordele og ulemper ...« i skematisk form er foretaget en opstilling af fordele og ulemper ved klagerens tilbud og tilbudet fra Maxys ApS indebærer ikke, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 9

Der er under sagens behandling ved Klagenævnet opnået enighed mellem parterne om, at der til brug for styregruppens vurdering den 15. november 2007 til gruppens medlemmer sammen med dagsordenen blev fremsendt tre notater med indstilling om vurdering af tilbudene.

Påstanden tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 10

Som følge af det, der er anført ad påstand 3 og 4 finder Klagenævnet ikke, at det for ordregiver var muligt at give tilbudene særskilte karakterer for delkriterierne »Kvalitet« og »Teknisk og funktionsmæssig værdi«. Hertil kommer, at det af det, der er anført ad påstand 6 fremgår, at tildelingen til

Maxys ApS af karakteren 4 for delkriteriet »Pris« ikke var korrekt. På denne baggrund annullerer Klagenævnet indstævntes beslutning af 22. november 2007 om at indgå kontrakt med Maxys ApS.

Herefter bestemmes:

Påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, 1. og 2. afsnit, ved ikke i udbudsbetingelserne at have vægtet underkriterierne til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, idet indklagede i udbudsbetingelserne fastsatte underkriterierne således: »A. Kvalitet 35 - 45 %, B. Teknisk og funktionsmæssig værdi 20 – 30 %, C. Pris 15 % - 25 %, D. Service og teknisk bistand 10 % - 20 %«, hvilket indebar, at underkriterierne henholdsvis B og C samt C og D kunne skifte plads i vægtningsrækkefølgen.

Påstand 3

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53 ved ikke i udbudsbetingelserne tilstrækkeligt præcist at beskrive, hvad indklagede i relation til underkriterium »A. Kvalitet« ville lægge vægt på ved vurderingen af tilbudene efter tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud.«

Påstand 4

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 53 ved ikke i udbudsbetingelserne tilstrækkeligt præcist at beskrive, hvad indklagede i relation til underkriterium »B. Teknisk og funktionsmæssigt værdi« ville lægge vægt på ved vurderingen af tilbudene efter tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud.«

Påstand 5

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 ved ved vurderingen af tilbudene efter tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« i relation til underkriteriet »Kvalitet« uden at have vurderet brugervenligheden af klagerens system.

Påstand 6

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved vurderingen af tilbudene efter tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud« ikke at have taget hensyn til, at prisen i klagerens tilbud var lavere end prisen i tilbudet fra Maxys ApS

Påstand10

Indklagedes beslutning af 22. november 2007 om at indgå kontrakt med Maxys ApS annulleres.

Klagen tages ikke til følge for så vidt angår påstand 2 og 7-9.

Københavns Kommune skal i sagsomkostninger til Master Data I/S, betale 75.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Margit Stassen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig