

Klagenævnet for Udbud

(Søren Holm Seerup, Vibeke Steenberg, Niels Henriksen)

J.nr.: 2010-0023266

20. december 2011

K E N D E L S E

Tabulex ApS

(advokat Jesper Fabricius, København)

mod

Odense Kommune

(advokat René Offersen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2010/S 179-273309 af 13. september 2010 udbød indklagede, Odense Kommune, som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en rammeaftale vedrørende anskaffelse og drift af et IT system til lærer- og elevadministration.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 25. oktober 2010 havde klageren, Tabulex ApS, og KMD A/S afgivet tilbud. Den 25. november 2010 besluttede indklagede at indgå rammeaftale med KMD A/S. Rammeaftalen er indgået.

Den 3. december 2010 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 11. januar 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Beslutningen var begrundet med, at kravet om uopsættelighed ikke var opfyldt.

Klageren meddelte ved brev af 28. januar 2011, at klageren ikke ønskede at afgive yderligere indlæg i sagen. I brevet står der bl.a.:

»I ovennævnte sag har Klagenævnet besluttet, at klagen ikke skal tillægges opsættende virkning.

Odense Kommune er herefter berettiget til at indgå kontrakt med KMD, og det er Tabulex' opfattelse at Odense Kommune også enten har gjort eller ønsker at gøre dette, uanset de skete overtrædelser af Udbudsdirektivet.

Tabulex finder herefter ikke, at der – således som Håndhævelsesloven og Klagenævnets praksis ser ud – er udsigt til, at Tabulex ved en videreførelse af klagen vil kunne opnå noget for Tabulex kommercielt hensigtsmæssigt resultat som følge af klagen.

Tabulex ApS har på den baggrund meddelt mig, at Tabulex ikke ønsker at afgive yderligere indlæg i sagen.«

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 samt med udbudsdirektivets artikel 38 ved at have tilladt alternative bud ved en rettelse af udbudsbekendtgørelsen den 7. oktober 2010, respektive ved en rettelse af udbudsbetingelserne den 11. oktober 2010, på trods af at tilbudsfristen var den 25. oktober 2010.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har overtrådt udbudsdirektivets artikel 24, stk. 3, ved at tillade alternative bud uden udtrykkeligt i udbudsbetingelserne at anføre, hvilke mindstekrav et alternativ tilbud skal opfylde, og hvilke specifikke krav der i øvrigt stilles til alternative tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved på utilstrækkelig måde at have beskrevet den udbudte ydelse, idet det var overladt til tilbudsgiverne at udfylde indholdet af bl.a. den i den udbudte kontrakts bilag 2 omtalte driftsaftale og den udbudte kontrakts bilag 4, bilag 5, bilag 6, bilag 7, bilag 8 og bilag 10.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at give tilbudsgiverne mulighed for at tage forbehold over for centrale elementer i den udbudte ydelse ved udfyldelse af bl.a. den i den udbudte kontrakts bilag 2 omtalte driftsaftale og den udbudte kontrakts bilag 4, bilag 5, bilag 6, bilag 7, bilag 8 og bilag 10, uden at tilbudsgivernes forbehold blev inddraget i indklagedes evaluering.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at evaluere tilbuddene på en måde, der ikke har gjort det muligt på en gennemsigtig måde i overensstemmelse med den i udbudsbetingelserne anførte vægtning at tage hensyn til forskellene mellem de indkomne tilbud.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med den valgte leverandør.

Klageren har taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen af 13. september 2010, at alternative tilbud ikke vil blive taget i betragtning.

I udbudsbetingelserne dateret den 15. september 2010 står der bl.a.:

»2.10 Alternative bud

Der kan ikke afgives alternative bud.«

I et bilag til udbudsbetingelserne hedder det bl.a.:

»2.4.1.4 Driftsmodel

Leverandør skal redegøre for de driftsmodeller, som Odense Kommune vil blive tilbudt. Såfremt leverandøren vælger driftsafvikling på servicebureauniveau gør følgende sig gældende:

- a) Leverandøren har ansvar for og forestår driftsafvikling af systemet (servicebureau). Fysisk placering af den nødvendige serverkapacitet er hos leverandøren eller dennes underleverandør.
- b) Alle udgifter til etablering af servicebureauløsning skal indeholdes i tilbudet, inkl. eventuel anskaffelse af serverkapacitet, kommunikationslinie mv.
- c) Såfremt tilbudsgiver anvender underleverandør til løsning af opgaven, står tilbudsgiver inde for alle kontraktmæssige forhold overfor Kommunen omfattet af nærværende kontrakt.
- d) Løsningen skal inkludere al nødvendig teknisk så den kan benyttes på arbejdsstationer i kommunens netværk.
- e) Leverandør skal beskrive målinger og afrapportering af tilgængelighed, svartid, opetid mv., herunder format for denne afrapportering og frekvens.
- f) Tilbudsgiver skal sikre, at der bliver afgivet en revisionserklæring vedrørende driften.
- g) Tilbudsgiver skal dokumentere, at der er et nødberedskab på driften inkl. backup- og restoreprocedure.

I tilfælde af at Odense Kommune gives mulighed for selv at drifte løsningen ønskes specificeret minimumskraverne til maskinkapacitet, netværkskrav, leverandørens adgang til systemet mv.«

Den 7. oktober 2010 offentliggjorde indklagede en rettelse af udbudsbekendtgørelsen af 13. september 2010. Rettelsen angav, at indklagede ville tage alternative tilbud i betragtning.

I rettelsesblad af 8. oktober 2010 ændrede indklagede udbudsbetingelserne bl.a. for så vidt angår punkt 2.10 vedrørende alternative bud. Punktet fik følgende formulering:

»Odense Kommune ønsker at modtage tilbud på leverance m.v. af et pladsanvisningssystem, der enten driftafvikles af Kommunen eller af tilbudsgiveren. Det er således muligt for tilbudsgiver at afgive et tilbud,

hvor Odense Kommune forestår driftsafviklingen og/eller et tilbud, hvor tilbudsgiver forestår driftsafviklingen.

Såfremt tilbudsgiver vælger at afgive et tilbud på begge driftsformer, skal der udfyldes to fulde og uafhængige besvarelser, som Odense Kommune vil vurdere særskilt.«

I rettelsesblad af 11. oktober 2010 ændrede indklagede igen udbudsbetingelsernes punkt 2.10, idet »et pladsanvisningssystem« blev ændret til »Lærer- og Elevadministrationssystemer«.

Der blev ikke rettet i punkt 2.4.1.4 vedrørende driftsmodel i forbindelse med rettelsesbladene.

Parternes anbringender

Ad påstand 1 – 2

Klageren har gjort gældende, at tilbudsgiverne havde væsentlig kortere tid til at afgive tilbud end den frist, der foreskrives i udbudsdirektivets artikel 38, idet indklagede ikke udskød tilbudsfristen, da indklagede oplyste, at alternative tilbud ville blive taget i betragtning. Det følger af udbudsdirektivets artikel 24, stk. 3, at når den ordregivende myndighed tillader alternative bud, skal det i udbudsbetingelserne udtrykkeligt anføres, hvilke mindstekrav et alternativt tilbud skal opfylde, og hvilke specifikke krav der i øvrigt stilles til alternative tilbud. Indklagede har på ingen måde opfyldt dette krav.

Indklagede har gjort gældende, at rettelsen af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne ikke havde betydning for tilbudsgivernes mulighed for at afgive tilbud, da det fremgik af punkt 2.4.1.4 vedrørende driftsmodel, at tilbudsgiverne frit kunne tilbyde intern eller ekstern drift, dog således at tilbud med ekstern drift skulle opfylde visse funktionelle krav. Da det fremgik af udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne havde valgfrihed mellem en intern eller ekstern drift, er den variation, der gives mulighed for i udbudsbetingelserne, antageligt ikke at betegne som et alternativt tilbud i begrebets sædvanlige forstand. At indklagedes anvendelse af begrebet »alternative tilbud« måtte ligge uden for den sædvanlige anvendelse af begrebet, er uden betydning, da det klart og tydeligt fremgik af udbudsbetingelserne, at tilbudsgi-

verne kun havde adgang til at indgive »alternativt« tilbud for så vidt angår intern/ekstern drift.

Ad påstand 3 – 5

Klageren har gjort gældende, at tilbudsgiverne på en lang række meget centrale punkter skulle udfylde vilkår for den tilbudte ydelse, uden at disse vilkår indgik i indklagedes evaluering af tilbuddene. Den anvendte fremgangsmåde svarer til, at tilbudsgiverne har haft mulighed for at tage forbehold over for en lang række meget centrale elementer i ydelsen, uden at tilbudsgivernes forbehold er inddraget i evalueringen. Det medfører, at det reelt ikke er muligt at sammenligne prisen for de tilbudte løsninger, idet disse løsninger kan være vidt forskellige, og idet der ikke på anden måde i forbindelse med evalueringen har været mulighed for at tage tilstrækkeligt hensyn til forskelligheden i løsningerne.

Indklagede har gjort gældende, at ordregiver er berettiget til at fastsætte, at ordregiver ikke ønsker konkurrence på visse vilkår. Der er ikke grundlag for at konkludere, at tilbudssammenligningen er sket på et usammenligneligt og uigennemsigtigt grundlag.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at indklagedes overtrædelser kan have haft indflydelse på udformningen af tilbuddene og evalueringen heraf. Der er derfor grundlag for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1 – 2

Da det allerede fremgik af de udbudsbetingelser med bilag, som er dateret den 15. september 2010, jf. punkt 2.4.1.4 om driftsforhold, at det var muligt at afgive tilbud med intern eller ekstern drift, var indklagede ikke forpligtet til at forlænge tilbudsfristen. Påstand 1 tages derfor ikke til følge.

Da indklagede ved bekendtgørelse af 7. oktober 2010 besluttede at tage alternative tilbud i betragtning, var indklagede forpligtet til i udbudsbetingelserne bl.a. at fastsætte, hvilke mindstekrav et alternativt tilbud skulle opfylde. Dette gælder, selvom indklagedes beslutning om at tage alternative tilbud i betragtning var forårsaget af en fejlagtig opfattelse af, at valgfriheden mellem at afgive tilbud med intern eller ekstern drift indebar en mulighed for at afgive et alternativt tilbud.

Da indklagede ikke fastsatte krav i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 24, stk. 3, tages påstand 2 til følge.

Ad påstand 3 – 5

To voterende i klagenævnet mener, at nævnet, som sagen foreligger, ikke bør tage stilling til de forhold, som er omfattet af påstand 3-5. Disse voterende lægger vægt på, at klageren efter afgørelsen om ikke at tillægge opsættende virkning ikke har ønsket at bidrage yderligere til sagens oplysning.

En voterende (Niels Henriksen) mener, at klagenævnet efter karakteren af de nedlagte påstande bør tage stilling til påstand 3-5. Denne voterende lægger vægt på, at klagenævnet som underlagt officialmaksimen bør tage stilling til alle nedlagte påstande.

Der træffes afgørelse i overensstemmelse med stemmeflertallet. Klagenævnet har derfor besluttet ikke at træffe afgørelse vedrørende påstand 3-5.

Ad påstand 6

Allerede fordi der ikke blev afgivet alternative bud, giver overtrædelsen ad påstand 2 ikke grundlag for at annullere indklagedes tildelingsbeslutning. Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 24, stk. 3, ved at tillade alternative bud uden udtrykkeligt i udbudsbetingelserne at anføre,

hvilke mindstekrav et alternativ tilbud skal opfylde, og hvilke specifikke krav der i øvrigt stilles til alternative tilbud.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1 og 6.

Klagenævnet træffer ikke afgørelse vedrørende påstand 3 – 5.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales.

Søren Holm Seerup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig