

Klagenævnet for Udbud

(Niels Feilberg Jørgensen, Christina König Mejl)

J.nr.: 2016-2127

6. februar 2017

K E N D E L S E

(Visse oplysninger i kendelsen er på klagerens begæring ikke offentliggjort)

Tunstall A/S

(advokat Asser Rung-Hansen, København)

mod

Herlev Kommune

(advokat Andreas Christensen, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse af 10. september 2015 udbød Herlev Kommune, Center for Omsorg og Sundhed (Herlev Kommune), som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en rammeaftale med en enkelt aktør vedrørende indkøb og montering af elektronisk nøglesystem til hjemmeplejen i Herlev Kommune.

Udbudsbetingelserne blev udsendt den 17. september 2015, og ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 28. oktober 2015 havde to virksomheder, Tunstall A/S (Tunstall) og Bekey A/S (Bekey), afgivet tilbud. Den 16. november 2015 besluttede Herlev Kommune at indgå kontrakt med Bekey, og kontrakt blev herefter indgået den 7. december 2015.

Den 10. marts 2016 indgav Tunstall, klage til Klagenævnet for Udbud over Herlev Kommune. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Herlev Kommune har handlet i strid med udbudsdirektivets principper om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed ved at benytte uklare krav og mindstekrav, herunder ved ikke tydeligt at skelne mellem krav og mindstekrav.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Herlev Kommune har handlet i strid med udbudsdirektivets principper om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed ved at benytte et tildelingskriterium for kvalitet, som reelt udelukkede konkurrence om kvalitet.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Herlev Kommune har handlet i strid med udbudsdirektivets principper om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed ved at acceptere tilbud fra Bekey og indgå kontrakt med denne virksomhed, uanset at Herlev Kommune forinden havde indhentet og fulgt råd om tilrettelæggelse af udbuddet fra denne virksomhed på en måde, som var egnet til utilbørligt at favorisere netop denne virksomhed.

Påstand 4a

Klagenævnet skal konstatere, at Herlev Kommune har handlet i strid med udbudsdirektivets principper om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed ved at behandle Tunstalls tilbud som ukonditionsmæssigt.

Påstand 4b

Klagenævnet skal konstatere, at Herlev Kommune har handlet i strid med udbudsdirektivets principper om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed ved ikke at stille afklarende spørgsmål til Tunstall om de forhold, som efter Herlev Kommunes opfattelse gav anledning til tvivl om konditionsmæssigheden af Tunstalls tilbud.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at Herlev Kommune har handlet i strid med lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 2, stk. 1, nr. 2, og udbudsdirektivets artikel 41, stk. 1, ved ikke at orientere Tunstall om Herlev Kommunes beslutning om at tildele kontrakt til Bekey.

Påstand 6

Klagenævnet skal annullere Herlev Kommunes beslutning af 16. november 2015 om at indgå kontrakt med Bekey.

Påstand 7

Klagenævnet skal erklære Herlev Kommunes kontrakt med Bekey indgået den 7. december 2015 for uden virkning.

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

Herlev Kommune har vedrørende påstand 1 - 4 og 6 - 7 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Kommunen har erkendt overtrædelsen beskrevet i påstand 5.

Klagenævnet har den 3. oktober 2016 meddelt kommunens kontraktpart, Bekey, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 5.

Bekey har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbetingelserne er anført følgende:

”1 Indledning

1.1 Generel beskrivelse af udbuddet

Herlev Kommune ønsker at indgå aftale på indkøb, montering og service af et elektronisk nøglesystem til estimeret 400 borgere i Herlev Kommune.

Det forventes, at de 400 låseenheder vil blive indkøbt straks efter kontraktstart og der i kontraktperioden herefter løbende vil blive indkøbt låseenheder efter behov, hvilket er estimeret af Herlev Kommune til, at være i niveauet 200-300 låseenheder

Det elektroniske nøglesystem (elektrisk motor) skal kunne monteres ovenpå den eksisterende mekaniske (vrider) dørlås og gør det muligt for Herlev Kommunes medarbejdere, at låse døren op, via deres Ipad, mobiltelefon (smartphone, Iphone) og låse døren igen.

Systemet skal fungere via en applikation og virke også selv om der ikke er internetdækning på den enkelte enhed.

...

Aftalen påbegynder 1.12.2015 og løber i 36 måneder med mulighed for at forlænge aftalen med 1 x 12 måneder.

...

2.9 Tildelingskriterium

Tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud:

Pris 60 %

Kvalitet 20 %

Service 20 %

...

Kvalitet 20 %

Herlev Kommune har valgt, at reaktionstiden i forbindelse med åbning af lås/dør fra det øjeblik medarbejderen placerer sin enhed på det elektroniske nøglesystems "aflæser" / "scanner" og til døren kan åbnes er et væsentligt kvalitetskriterier i nærværende udbud.

Tilbudsgiver skal som mindstekrav beskrive den tekniske proces der igangsættes når en medarbejder låser sig ind til en borger. Døren skal, som mindstekrav, åbnes senest 8 sekunder efter medarbejderen har påsat sin enhed på det elektroniske nøglesystems "aflæser" / "scanner".

Den tilbudsgiver der tilbyder et system, hvor låsen åbnes efter 3 -7 sekunder eller hurtigere tildeles fuldt point i evalueringen af underkriteriet kvalitet.

...

Service 20 %

Herlev Kommune har valgt, at brugervenlighed i forbindelse med brug af systemet, teknisk support og implementeringsplan indgår i evalueringen af underkriteriet service.

Brugervenlighed vægtes med 40 %

Teknisk support vægtes med 40 %

Implementeringsplan vægtes med 20 %

Brugervenlighed 40 %

Mindstekrav:

Løsningen skal administreres af brugere med forskellig forudsætninger, og skal som følge heraf være let tilgængelig og brugervenlig opbygget. Brugergrænsefladen skal være grafisk og på dansk.

Afgørende elementer, såfremt de tilbydes:

Herlev Kommune vægter følgende egenskaber og elementer positivt, såfremt de tilbydes:

Med let tilgængeligt og brugervenligt mener Herlev Kommune, at Herlev Kommunes medarbejdere skal kunne betjene systemet med få (2-3) klik og derved være i stand til, at omkode, oprette og slette. Såfremt dette tilbydes vægtes det positivt i evalueringen af kriteriet.

Tilbudsgiver bedes angive 2 nuværende kunder, hvor Herlev Kommune hos 1 kan teste brugervenligheden. Brugervenligheden vil blive vurderet og scoret ud fra ovennævnte kriterier.

Teknisk support 40 %

Mindstekrav:

Teknisk Support skal dække alt telefonisk support på dansk i dagtimerne på alle hverdage. Her er dagtimerne defineret som minimum værende mandag til fredag fra 8 – 16.

Den telefoniske support skal ydes af konsulenter som er fagligt inde i tilbudsgivers systemer, og som kan yde kompetent rådgivning, så spildtid minimeres.

Udgiften til ”Teknisk support” skal være inklusiv i den tilbudte pris pr. låseenhed. Og gælde i hele kontraktperioden.

Afgørende elementer, såfremt de tilbydes:

Herlev Kommune vægter følgende egenskaber og elementer positivt, såfremt de tilbydes:

- Såfremt der tilbydes adgang til teknisk support uden for tidsrummet kl. 8 – 16 og i weekender og på helligdage.
...

3 Kravspecifikation

Der vil være visse krav tilbudsgiver skriftligt skal beskrive og dokumentere, hvorledes tilbudsgiver vil løse disse/tilbyde en løsning. Det er i nedenstående særligt angivet, hvilke krav der er tale om.

De øvrige krav der er angivet i det samlede udbudsmateriale, herunder bilag, kravspecifikation og kontraktudkast skal tilbudsgiver tilkendegive skriftligt i tilbuddet, at tilbudsgiver kan og vil leve op til i kontraktperioden.

Såfremt tilbudsgiver ikke tilkendegiver skriftligt, at tilbudsgiver kan og vil overholde alle krav i udbudsmaterialet jf. ovenfor nævnt, afvises tilbuddet som værende ikke – konditionsmæssigt.

Såfremt tilbudsgiver ikke beskriver en løsning til de anførte krav der skal beskrives en løsning for, afvises tilbuddet, som værende ikke – konditionsmæssigt.

Følgende ikke rækkefølgeprioriterede mindstekrav er Herlev Kommunes mindstekrav til det tilbudte elektroniske nøglesystem:

Kravspecifikationen og mindstekravene er inddelt i 5 hovedpunkter:

- Krav til løsningen
- Krav til IT – systemet
- Krav til Låseenheden
- Krav til den adgangsgivende enhed
- Krav til batteri

Krav til løsningen:

...

Løsningen skal være kompatibilitet med anden hardware og software i forbindelse med et eventuelt skift til andet låsesystem.

...

Løsningen skal altid kunne driftes og håndtere snitfladerne (overføre data) til det aktuelle EOJ system Herlev Kommune har.

Løsningen skal til enhver tid kunne arbejde sammen med den fælles kommunale rammearkitektur, der også følges i Herlev Kommune. Se mere på kombit.dk

...

Følgende elementer – mindsterkrav skal tilbudsgiver besvarer opfyldelse af:

- A. Beskriv hvordan medarbejdere i Herlev Kommune har adgang til løsningen.
- B. Beskriv hvorledes løsningen, er kompatibilitet med anden hardware og software i forbindelse med et eventuelt skift til andet låsesystem

C. Beskriv, hvor hurtigt Herlev Kommune kan få udbedret fejl i softwaren?

Krav til it-systemet

...

Følgende elementer – mindsterkrav skal tilbudsgiver besvarer opfyldelsen af:

- A. Beskriv anvendelsen og arbejdsgangene i it-systemet, herunder oprettelse og fjernelse af brugere, administration af rettigheder samt håndtering af tabte nøgler?
- B. Beskriv systemets mulighed for at fjernaktivere og fjerneaktivere en eller flere låseenheder?

Krav til låseenheden

...

Følgende elementer – mindsterkrav skal tilbudsgiver besvarer opfyldelsen af:

- A. Beskriv, hvor hurtigt døren låses, efter døren er blevet lukket?
- B. Hvor mange minusgrader kan låseenheden tåle?

Krav til den adgangsgivende enhed

...

Følgende elementer – mindsterkrav skal tilbudsgiver besvarer opfyldelse af:

- A. Tilbudsgiver bedes beskrive, hvilke fejl der kan opstå i nøglen og ved låsen.
- B. Beskriv hvordan akutsituation håndteres, hvor en medarbejder uden adgang til borgeren skal tildeles adgang straks.
- C. Beskriv hvordan løsningen fungerer i opgange, hvor der er aflåst opgangsdør

Batteri:

Løsningen (dørlåsen) skal bruge almindelige standard AA batterier. Herlev Kommune skal til hver en tid selv kunne indkøbe batterierne og ikke være afhængig af leverandøren til låseenhederne.

Hver dørlås skal ved nymontering være inklusive AA batterier

Tid til batteriskift skal automatisk kunne meddeles via systemet til Herlev Kommune, så Herlev Kommune kan iværksætte et batteriskift eller rekvirere et batteriskift ved ekstern leverandør, hos den pågældende dørlås.

Uanset, hvor mange AA batterier der skal bruges i hver dørlås skal hvert AA batteri kunne holde til mindst 2.000 åbninger.

Batteriskift skal være enkelt og kunne foretages af enhver medarbejder ansat hos Herlev Kommune, der efter kort instruktion vil være i stand til, at løse opgaven.

Herlev Kommune skal have et varsel på mindst 65 timer før et batteri løber tør for strøm.

Følgende elementer – mindsterkav skal tilbudsgiver besvarer opfyldelse af:

- Beskriv hvordan et batteriskifte i en dørlås foretages
- Beskriv gennemsnitstid for en medarbejder til, at skifte et batteri
- Beskriv, hvor lang tid varsel der gives til Herlev Kommune før end batteri løber tør for strøm. (Reaktionstid for skift af batteri).

...”

Tunstall stillede under udbuddet følgende spørgsmål 4:

”Krav til adgangsgivende enhed S.16 i Kravspecifikation.

Løsningen (dørlåsen) skal bruge almindelige standard AA batterier. Herlev Kommune skal til hver en tid selv kunne indkøbe batterierne og ikke være afhængig af leverandøren til låseenhederne.

Er det et ufravigeligt krav at batteritypen skal være den gammel kendte AA type (benævnes i folkemunde som transistorradio batteriet). Der er kun en leverandør på markedet som anvender denne batteritype.

Det kan anbefales at gøre kravformuleringen mindre snæver, ved at kravspecificere batteriet til at være tilgængelig i de almindelige salgskanaler (detailhandlen og på nettet). Det vil samtidigt have den effekt at batterieffektiviteten bliver tidssvarende, med en større batterikapacitet der ligefrem flerdobles. På den måde imødekommes samtidigt de stigende kommunale og lovgivningsmæssige krav, til mere miljøoptimeret løsninger.”

Herlev Kommune besvarede spørgsmålet således:

”Det er ikke et ufravigeligt krav, hjemmeplejen i Herlev Kommune ønsker dog nem adgang til køb af batterier, som nemt kan udskiftes, hvor prisen som udgangspunkt ikke bliver mere end ved køb af de traditionelle Standard AA batterier.

Herlev Kommune ønsker desuden, at batterierne skal være tilgængelige i de almindelige salgskanaler.

Se vedhæftede rettelsesblad.”

Af rettelsesbladet fremgår bl.a. følgende:

”Batteri:

Løsningen (dørlåsen) skal bruge almindelige standard AA batterier eller batterier der er sammenlignelig med AA standarden og kravene hertil. Herlev Kommune skal til hver en tid selv kunne indkøbe batterierne og ikke være afhængig af leverandøren til låseenhederne.

Hver dørlås skal ved nymontering være inklusiv AA batterier eller batterier der er sammenlignelig med AA standarden og kravene hertil.

Tid til batteriskift skal automatisk kunne meddeles via systemet til Herlev Kommune, så Herlev Kommune kan iværksætte et batteriskift eller rekvirere et batteriskift ved ekstern leverandør, hos den pågældende dørlås.

Uanset, hvor mange AA batterier eller batterier der er sammenlignelig med AA standarden og kravene hertil, der skal bruges i hver dørlås skal hvert AA batteri eller batteri der er sammenlignelig med AA standarden og kravene hertil kunne holde til mindst 2.000 åbninger.

Batteriskift skal være enkelt og kunne foretages af enhver medarbejder ansat hos Herlev Kommune, der efter en kort instruktion vil være i stand til, at løse opgaven.

Herlev Kommune skal have et varsel på mindst 65 timer før et batteri løber tør for strøm.

Følgende elementer - mindstekrav skal tilbudsgiver besvarer opfyldelse af:

- Beskriv, hvordan et batteriskifte i en dørlås foretages
- Beskriv gennemsnitstid for en medarbejder til, at skifte et batteri
- Beskriv, hvor lang tid varsel der gives til Herlev Kommune før end et batteri løber tør for strøm. (Reaktionstid for skift af batteri)”

Om ”Krav til kompatibilitet” blev der vedrørende ”krav til løsningen” stillet følgende spørgsmål og givet sålydende svar:

”Spørgsmål 8)

Ref. 3, Krav til løsningen, 5. afsnit: Skal afsnittet forstås sådan, at der ønskes en løsning hvor administrationssoftwaren hostes ved leverandøren, og brugen af administrationssoftwaren foregår via webinterface fra kommunens PC’ere.

Svar på spørgsmål 8)

Ja, administrationssoftwaren skal hostes ved leverandøren og at det foregår via webinterface fra kommunens PC. Det er vigtigt at det låsesystem der tilbydes er kompatibelt med Herlev Kommunes omsorgssystem som pt. er KMD Care. Ved udskiftning af omsorgssystem skal det tilbudte låsesystem være kompatibelt med et nyt omsorgssystem hos Herlev Kommune. Det betyder, at det tilbudte låsesystem til hver en tid skal være i stand til, at ”samarbejde” med et eventuelt nyt omsorgssystem Herlev Kommune måtte implementerer.

Spørgsmål 9)

Ref. 3, Krav til løsningen, 7. afsnit: Det vil være vanskeligt at håndtere dette krav som et mindstekrav, med mindre det defineres, hvilken specifik hardware og software løsningen skal være kompatibel med?

Svar på spørgsmål 9)

Se svar på spørgsmål 8. Dette fastholdes for at Herlev Kommune ikke lige pludselig står med et låsesystem som ikke er kompatibelt med et evt. nyt omsorgssystem.

Spørgsmål 10)

Ref. 3, Krav til løsningen, 10. afsnit: 1) Det vil være vanskeligt at håndtere dette krav som et mindstekrav, med mindre det defineres, hvilken specifik drift og håndtering af snitflader der er tale om, ligesom det ønskes oplyst, hvilket aktuelt EOJ system kommunen har? 2) Hvad menes der med ”altid”, i denne sammenhæng? 3) Det vil normalt være forbundet med en udgift, når et af de kendte elektroniske låsesystemer skal udveksle data med et EOJ-system. Hvordan håndteres en sådan udgift i nærværende udbudssammenhæng?

Svar på spørgsmål 10)

- 1) EOJ systemet er KMD Care. Systemet skal kunne håndtere nuværende rammearkitektur i forhold til Serviceplatformen og støttesystemer. Løsningen skal til enhver tid kunne arbejde sammen med den fælles kommunale rammearkitektur, der også følges i Herlev Kommune. Se mere på www.kombit.dk
 - 2) Se svar ovenfor.
 - 3) I forhold til det tilbudte låsesystem skal en eventuel udgift til ”snit-flade” tilpasning til KMD Care være indeholdt i den tilbudte pris.
- ...”

Tunstall sendte den 27. oktober 2015 sit tilbud til Herlev Kommune. Af virksomhedens fremsendelsesskrivelse fremgår:

”...
Vi har ingen forbehold.

Tilbuddet er udarbejdet i henhold til udbudsmaterialet, kravspecifikationen samt besvarelser på indkomne spørgsmål og rettelsesblade.
...”

I tilbuddet er blandt andet anført:

”Carelock løsningen kan både driftes i Herlev Kommunes eget IT-miljø eller vi kan tilbyde at hoste løsningen hos os (som kravspecificeret i nærværende udbud).”

Af Tunstalls ”Forbeholdsliste” fremgår:

”Tunstall A/S har ingen forbehold i forhold til vort tilbud på EU udbud på elektronisk Nøglesystem til hjemmeplejen i Herlev Kommune.”

Der blev ikke af Herlev Kommune stillet krav vedrørende tilbudsgivernes besvarelse af kravspecifikationen. Tunstall udfærdigede sin egen skematiske opstilling og besvarelse af kravspecifikationen. Af besvarelsen fremgår følgende om Herlev Kommunes krav til batteri og Tunstalls besvarelse heraf:

”Batteri:

Løsningen (dørlåsen) skal bruge almindelige standard AA batterier eller batterier der er sammenlignelig med AA standarden og kravene hertil. Herlev Kommune skal til hver en tid selv kunne indkøbe batterierne og ikke være afhængig af leverandøren til låseenhederne.

Kravet fuldt opfyldt	x	Kravet delvist opfyldt		Kravet ikke opfyldt	
----------------------	---	------------------------	--	---------------------	--

Beskrivelse af Tunstalls løsning:

Standard Alkaline eller brunstensbatterier, som dem man kan købe i Tigerbutikken eller Brugsen er ikke den optimale løsning for en dørlås. Både fordi der er forholds-

vis kort holdbarhed i dem (og meget forskellige strømstyrke). En ting er hvad man ønsker i et udbud og hvad man har af planer for indkøb af batterier fremadrettet. En anden ting er dagligdagen, hvor man uvægerligt engang imellem kommer til at løbe tør, og så er den lette (og billige) løsning en økonomipakke fra Harald Nyborg. Det kommer til at give en dårlig og usikker oplevelse for både brugere og borgere.

...

Skulle det vise sig, mod forventning, at nærværende udbud indkøbes uden hensyn til kommunens vedtagne politikker, kan Tunstall også levere en battericontainer til AA batterier, men vi vil fraråde denne løsning da den er unødigt miljøbelastende i forhold til den tidligere beskrevne. Endvidere er strømstyrken på den gamle AA teknologi væsentlig mindre, i hverdagen vil det betyde låseenheden har mindre moment og længere operation/udførelsestider. Med deraf hyppigere batteri udskift/opladninger.

Hver dørlås skal ved nymontering være inklusiv AA batterier eller batterier der er sammenlignelig med AA standarden og kravene hertil.

Kravet fuldt opfyldt	x	Kravet delvist opfyldt		Kravet ikke opfyldt	
----------------------	---	------------------------	--	---------------------	--

Beskrivelse af Tunstalls løsning:

Tunstalls Carelock Ace leveres naturligvis med de tidligere beskrevne Li-Ion batterier, som til hver en tid overhaler AA batterier i holdbarhed, livs længde, levetidspris. Skulle Herlev Kommune have behov for at indkøbe ekstra batterier som backup, er prisen for disse pt. ...

Tid til batteriskift skal automatisk kunne meddeles via systemet til Herlev Kommune, så Herlev Kommune kan iværksætte et batteriskift eller rekvirere et batteriskift ved ekstern leverandør, hos den pågældende dørlås.

Kravet fuldt opfyldt	x	Kravet delvist opfyldt		Kravet ikke opfyldt	
----------------------	---	------------------------	--	---------------------	--

Beskrivelse af Tunstalls løsning:

Låsen melder selv lavt batteri i systemet, og der er, ved denne melding, ... Der er derfor rigeligt tid til at skifte. Det er unødvendigt med en ekstern leverandør, idet selve skiftet er aldeles ukompliceret og kan foretages af enhver medarbejder. Den bedste løsning er at en af de kommende besøg medbringer et opladet batteri, og skifter som en del af besøgsplanen.

Uanset, hvor mange AA batterier der er sammenlignelig med AA standarden og kravene hertil, der skal bruges i hver dørlås skal hvert AA batteri eller batteri der er sammenlignelig med AA standarden og kravene hertil. kunne holde til mindst 2.000 åbninger.

Kravet fuldt opfyldt	x	Kravet delvist opfyldt		Kravet ikke opfyldt	
----------------------	---	------------------------	--	---------------------	--

Beskrivelse af Tunstalls løsning:

... Derved spares der ... af tiden på batterivedligeholdelse i forhold til kravet.

Batteriskift skal være enkelt og kunne foretages af enhver medarbejder ansat hos Herlev Kommune, der efter en kort instruktion vil være i stand til, at løse opgaven

Kravet fuldt opfyldt	x	Kravet delvist opfyldt		Kravet ikke opfyldt	
----------------------	---	------------------------	--	---------------------	--

Beskrivelse af Tunstalls løsning:

Uden forudgående træning vil enhver bruger kunne skifte batteriet. Det kræver blot indtrykning af to "knapper", en på hver side af batterihuset, og så fjernes dækslet. Stikket tages ud, og et nyt batteri sættes i. Stikket kan ikke vendes forkert. Dækslet sættes på, og så er låsen klar til en ny periode.

Herlev Kommune skal have et varsel på mindst 65 timer før et batteri løber tør for strøm.

Kravet fuldt opfyldt	x	Kravet delvist opfyldt		Kravet ikke opfyldt	
----------------------	---	------------------------	--	---------------------	--

Beskrivelse af Tunstalls løsning:

Tunstalls Care Lock giver en advarsel når der er ... oplåsninger tilbage på batteriet. Derved vil der være rig mulighed for at planlægge batteriskiftet. Desuden tager et batteriskifte kun meget kort tid, så enhver bruger vil kunne gøre det, uden brug af værktøj.

Følgende elementer - mindsterkav skal tilbudsgiver besvarer opfyldelse af:

- Beskriv hvordan et batteriskifte i en dørlås foretages
Batteriskift kan foretages på under 30 sekunder, uden brug af værktøj. Udskiftningen kan udføres af enhver bruger. Batteriet's udformning sikre det ikke kan vendes forkert eller fejlmonteres.
- Beskriv gennemsnitstid for en medarbejder til, at skifte et batteri
Maksimalt 1 minut.
- Beskriv, hvor lang tid varsel der gives til Herlev Kommune før end et batteri løber tør for strøm. (Reaktionstid for skift af batteri)
Batteriet er et genopladeligt batteri, batterikapaciteten kan klare ... operationer på en opladning. Batteriet er et ... Ved batterialarm er der fortsat ... operationer "tilbage" og det giver rig mulighed for at planlægge batteriskiftet.
Batteriets levetid ved almindelig anvendelse:
Standby: ...
Load: Gennemsnit ... sekunder, peak ... Gennemsnit forbrug: ...
Gennemsnit arbejdes spænding: ...
Minimum operation spænding ... ved fuld belastning, ... års levetid.
...
Da Tunstalls unikke låsesystem benytter sig af Bluetooth Low Energi (BLE) har vi markedets største antal operationer på en opladning. Det er ikke nødvendigt at have et ekstra batteri til hver låseanordning, da batterierne hurtigt kan genoplades. Vores erfaring er at det er fornuftigt at have ca. ... ekstra batterier på lager i forhold til antal låse. Batteriet er naturligvis overvåget med alarmvisning i App'en og som ekstra dokumentation logges alarmerne i back end systemet.
Carelock låsesystemet tilgodeser med de opladelige og genanvendelige batterier kommunens grønne indkøbspolitik. Der har til formål at fremme bæredygtighed og mindske miljøbelastende produkter.”

Af tilbuddet fremgik blandt andet følgende om kompatibilitet med kommunens it-løsninger:

” ...

Løsningen skal altid kunne driftes og håndtere snitfladerne (overføre data) til det aktuelle EOJ system Herlev Kommune har.

Kravet fuldt opfyldt

x

Kravet delvist opfyldt

Kravet ikke opfyldt

Beskrivelse af Tunstalls løsning:

Tunstall arbejder med flere EOJ-leverandører og kan overføre data jf. givne snitflader. Vi overfører bl.a. borgere og personale for at sikre den rette gruppering.

Løsningen skal til enhver tid kunne arbejde sammen med den fælles kommunale rammearkitektur, der også følges i Herlev kommune. Se mere på www.kombit.dk

Kravet fuldt opfyldt	x	Kravet delvist opfyldt		Kravet ikke opfyldt	
----------------------	---	------------------------	--	---------------------	--

...”

Under overskriften Følgende elementer – mindstekrav skal tilbudsgiver besvare opfyldelse af: fremgik af tilbuddet blandt andet følgende:

” ...

B. Beskriv, hvorledes løsningen, er kompatibilitet med anden hardware og software i forbindelse med et eventuelt skift til andet låsesystem

Beskrivelse af Tunstalls løsning:

Tunstalls TES administrationsprogram og database er kompatibelt med andre systemer på den måde at data kan deles mellem forskellige systemer. Hos Tunstall har vi dagligt stor glæde af at arbejde sammen med andre leverandører i hele Europa omkring deling af data og funktioner, samt ikke mindst om at anvende forskellige typer udstyr til/fra de forskellige systemer. Tunstalls systemer arbejder med både WiFi, BLE, Secure Radio, GSM, NFC og mange andre teknologier.

...”

Herlev Kommunes underretningsskrivelse af 16. november 2015 til Tunstall er sålydende:

” ...

Efter en gennemgang af jeres tilbud har vi konstateret at følgende elementer ikke lever op til de krav, Herlev Kommune har angivet i det samlede udbudsmateriale.

...

I har tilbudt et låsesystem der anvender ”genopladelige batterier” af typen ... som kendes fra mobiltelefoner, hvilket Herlev Kommune skønner, at være en alternativ løsning end den løsning der efterspørges i udbudsmaterialet, da den, af jer, tilbudte løsning forudsætter, at Herlev Kommune f.eks. indkøber opladere for at kunne ”drifte” løsningen. Herlev Kommune har ikke i udbudsmaterialet eller i spørgsmål og svar eller rettelsesblade udtrykt ønske om en løsning der anvender ”genopladelige batterier” med dertilhørende behov for opladere. Herlev Kommune skønner, at jeres tilbudte løsning, vil betyde, at medarbejderne i Herlev Kommune skal bruge flere ressourcer på, at håndtere ”genopladeprocessen” end på en almindelig standard AA batteriløsning. Herlev Kommune finder, at der bl.a. skal bruges flere personaleressourcer på følgende opgaver:

Der skal findes plads til disse opladere (som vi ikke har), opladet og ikke opladet batterier skal opbevares særskilt og der skal derfor afsættes ressourcer af, til at holde styr på det.

Der skal afsættes ressourcer til at sikre opladningerne

Herlev Kommune kan ikke holde styr på hvor lang levetid et opladet batteri har efter et x antal opladninger. Derfor skal der holdes styr på gamle og nyere opladet batterier mm.

Herlev Kommune har derfor skønnet, at den tilbudte løsning (batteritype) ikke lever op til det krav Herlev Kommune har anført i udbudsmaterialet, da Herlev Kommune jf. udbudsmaterialet ikke har anmodet om tilbud på en løsning hvor genopladelige batterier indgår.

Dernæst har Herlev Kommune jf. udbudsmaterialet og svar på spørgsmål 10 i 1 runde spørgsmål og svar anført, at det tilbudte låsesystem skal være kompatibelt med Herlev Kommunes EOJ system, hvilket er KMD Care.

I anfører I jeres tilbud, at I ”arbejder med flere EOJ – leverandører” uden, specifikt, at bekræfte, at jeres løsning kan arbejde sammen med KMD Care.

Det fremgår derfor ikke klart og præcist i jeres tilbud om jeres tilbudte løsning kan samarbejde med og er kompatibelt med KMD Care, hvilket Herlev Kommune skønner, ikke at være tilstrækkelig dokumentation for opfyldelse af mindstekravet herom.

...”

Herlev Kommune orienterede ikke Tunstall om, at kommunen den 16. november 2015 havde besluttet at indgå kontrakt med Bekey, og at standstill-perioden ville udløbe den 26. november 2015. Herlev Kommune indgik kontrakt med Bekey den 7. december 2015. Tunstall blev gennem efterfølgende aktindsigt orienteret herom.

Den 14. december 2015 svarede den af Herlev Kommune antagne udbudsrådgiver således på to spørgsmål, som Tunstall havde stillet:

...”

1) Herlev Kommune ønskede en løsning med almindelige AA standard batterier. Jf udbudsmaterialet punkt 2.19 kunne der ikke afgives alterna-

tive tilbud, hvilket en løsning med genopladelige batterier udbudsretligt anses, at være.

Jf. EF-rettens princip om ligebehandling måtte Herlev Kommune derfor ikke acceptere jeres tilbudte løsning med genopladelige batterier.

...

Såfremt Herlev Kommune havde accepteret jeres tilbud, ville Herlev Kommune have overtrådt Udbudsdirektivets artikel 2.

2) Herlev Kommune anfører i det samlede udbudsmateriale, at den tilbudte løsning SKAL være kompatibel med KMD Care.

Det fremgår ikke tydeligt af jeres tilbud, om jeres løsning er kompatibelt med KMD Care. I tilbuddet er anført ”Tunstall arbejder med flere EOJ-leverandører.....”, hvilket er en usikkerhed og som ikke klart og præcist bekræfter Herlev Kommune i, at jeres tilbudte løsning er kompatibelt med KMD Care.

Det er derfor Herlev Kommunes udbudsretlige vurdering, at jeres tilbud ikke lovligt kunne evalueres.

...”

Der har forud for udbuddets afholdelse mellem Bekey og Herlev Kommune været en maildialog, som Tunstall efter udbuddet har fået aktindsigt i. En ansat hos Bekey skrev i maj 2015 til en ansat i kommunen:

”Hej...

Tak for behageligt møde

Jeg håber meget, at vedlagte kan være startskuddet til, at Herlev Kommune kan få installeret Bekeys elektroniske nøglesystem.

...

Jeg kigger gerne forbi til en snak om det økonomiske, men kig på det og så tager vi den derfra.

...”

I august 2015 skrev en anden ansat hos Bekey blandt andet således til en ansat i kommunen:

”Jeg vil blot følge op på vores tidligere dialog ...

Der er sket meget siden vi mødtes sidst...”

Dagen efter skrev samme ansatte blandt andet:

”Der er sket meget i Bekey siden sidst vi mødtes. Blandt andet kommer der en ny udgave af vores dørlås som jeg meget gerne vil vise jer da den skiller sig meget ud fra det i har set tidligere.”

Kommunen svarede to dage senere:

”Vi har drøftet det videre her, og vil gerne lige se den nye udgave af jeres dørlåse.”

Herlev Kommune antog en udbudsrådgiver, der den 10. september 2015 skrev således til den ansatte hos Bekey:

”Herlev Kommune har engageret mig til at forestå et udbud på elektroniske nøglesystemer ... og jeg kontakter dig, da jeg høfligt vil spørge om du vil oplyse om de egenskaber en typisk serviceaftale har?”

Dagen efter tilbød den ansatte ”at kigge forbi og give[r] dig en præsentation af hele systemet, så du har fuld forståelse for alle aspekter.”

Efter at udbudsrådgiveren havde svaret, at ”udbuddet blev offentliggjort i går, så hvis du har mulighed for at sende mig det på mail blot i headlines, vil det være super”, svarede den ansatte hos Bekey den 14. september 2015 således:

”Hermed som aftalt.

Vi tilbyder en serviceaftale ...

Da ca. 25% af de enheder der sættes op skal pilles ned og sættes op igen årligt...

Bekey har udviklet en montør app,...

Vedlagte datablad...

Yderligere vil jeg anbefale at i finder et produkt der ikke bruger specielle batterier. Kunden skal selv have mulighed for at købe deres batterier og ikke være afhængig af leverandøren. (F.eks. AA eller lign som kan købes alle steder)

Har du yderligere spørgsmål ringer du bare.”

Samme dag svarede udbudsrådgiveren:

” ...

Takker - mange gange.

Såfremt I ønsker udbudsmaterialet tilsendt er du yderst velkommen til, at anmode mig herom i en særskilt e-mail?

...”

Endelig har Tunstall oplyst, at det fremgår af aktindsigtsmaterialet, at udbudsrådgiveren den 28. oktober 2015 var i telefonisk kontakt med Bekey om eftersendelse af et bilag. Herlev Kommune har bekræftet dette og oplyst, at henvendelsen havde baggrund i en henvendelse fra Bekey, der drejede sig om, hvorvidt kommunen med Bekeys tilbud havde modtaget en større mail, som Bekey ønskede bekræftelse på, at kommunen havde modtaget.

Tunstall anmodede Herlev Kommune om at få aktindsigt i Bekeys tilbud. Kommunen gav i meget begrænset omfang Tunstall aktindsigt og begrundede det således:

”Følgende nedenstående bilag er udeladt begrundet med, at dokumenterne indeholder følsomme oplysninger der på sigt kan skade offentlige ordregivere, såfremt Tunstall A/S får kendskab til disse. Markedet er idag præget af en smal konkurrence og det kan derfor få store økonomiske konsekvenser for fremtidige offentlige ordregivere, såfremt Bekey A/S tekniske beskrivelser af løsningen kommer Tunstall A/S til kende.

Herlev Kommune har skønnet, at konkurrencen og den generelle udvikling af de elektroniske nøglelåssystemer kan hindres, såfremt andre aktører i branchen får detaljeret kendskab til Bekey A/S's løsning og at det i den sidste ende vil betyde ringere konkurrence og mindre teknologisk udvikling, til skade for de offentlige ordregivere.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Tunstall har gjort gældende, at udbudsbetingelserne for hvert afsnit i kravspecifikationen indeholder et afsnit med overskriften ”Følgende elementer – mindste[krav] skal tilbudsgiver besvar[e] opfyldelse af”. Kravspecifikationen kan derfor naturligt forstås således, at øvrige elementer i kravspecifikationen er almindelige krav/ønsker, og at kun de forhold, som er særligt oplyst under ovennævnte overskrift, er mindstekrav. Hvis Herlev Kommune er af den opfattelse, at alt anført i kravspecifikationen er mindstekrav, er dette ikke angivet tilstrækkeligt klart, og en sådan forståelse harmonerer i øvrigt heller ikke med kommunens evalueringsnotat, som netop også kun oplistede disse mindstekrav under overskrifterne ”Følgende elementer – mindste[krav] skal tilbudsgiver besvar[e] opfyldelse af”.

Kommunens besvarelse af spørgsmål 4 og det tilhørende rettelsesblad benytter også denne systematik. Først angives nogle almindelige krav og derefter følger nogle mindstekrav. Ved besvarelsen af spørgsmål 4 oplyser kommunen desuden, at der ikke er tale om et ufravigeligt krav, men at kommunen ønsker nem adgang til køb af batterier, som nemt kan udskiftes, og at kommunen ønsker, at batterierne skal være tilgængelige i de almindelige salgskanaler. Hvis kommunen generelt havde ønsket, at kravene i kravspecifikationen skulle være mindstekrav, burde dette være fremgået klart af udbudsbetingelserne.

Herlev Kommune har desuden flere steder i udbudsbetingelsernes afsnit 2.9 "Tildelingskriterium" benyttet udtrykket mindstekrav, selv om der åbenbart er tale om tildelingskriterier af skønsmæssig karakter – f.eks. om brugervenlighed. Således fx: "Mindstekrav: Løsningen skal admini[streres] af brugere med forskellige forudsætninger, og skal som følge heraf være let tilgængelig og brugervenlig opbygget." Brugen af udtrykket mindstekrav i forbindelse med kravet om åbning af låse på 8 sekunder er formentlig også udtryk for en begrebsforvirring, da der reelt ikke er noget at konkurrere om, hvis der er et mindstekrav på 8 sekunder, og alle tilbudsgivere med hurtigere låse skal have fuldt point.

Tunstall har endvidere bestridt, at det klart fremgår af udbudsmaterialet, at der skulle være et mindstekrav om, at tilbudsgiverne i deres tilbud specifikt nævnte kompatibilitet med KMD Care.

Når ovenstående sammenholdes med, at Herlev Kommune har undladt at inkludere et skema til besvarelse af kravspecifikationen, der kunne have sikret større klarhed om kommunens brug af almindelige krav/ønsker og mindstekrav, har kommunen væsentligt tilsidesat de grundlæggende principper om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed.

Herlev Kommune har gjort gældende, at det klart fremgår, hvorvidt de anførte krav er mindstekrav eller "almindelige krav", når man sammenholder overskriften: "Følgende elementer – mindste[krav] skal tilbudsgiver besvar[e] opfyldelse af" med, hvad der står tidligere i kravspecifikationen. Det var i kravspecifikationen gjort klart, at der findes to typer mindstekrav, og at mindstekravene er opdelt i fem kategorier.

Kommunen gjorde det i sin kravspecifikation med den omtalte overskrift for hver kategori klart, at det nu er den anden type mindstekrav, der blev oplyst. Havde det ikke været tilfældet, ville det have været uklart for tilbudsgiverne, hvornår kommunen omtalte 1) mindstekrav, der krævede en beskrivelse, og 2) mindstekrav, som kunne opfyldes ved tilbudsgivernes bekræftelse heraf.

Kommunen har endvidere gjort gældende, at Tunstall overser feltet "Overholdelse af mindstekrav" i evalueringsnotatet. Kommunen har anvendt feltet for de mindstekrav, der er nævnt i kravspecifikationen, der ikke kræver en beskrivelse.

Kommunen har yderligere anført, at evalueringsnotatet er et internt arbejdsdokument, og at notatet derfor ikke har nogen betydning for forståelsen af udbudsbetingelserne og deres klarhed.

I de tilfælde, hvor kommunen har benyttet udtrykket mindstekrav, er det om forhold, som kommunen betragtede som mindstekrav. Det samme gør sig gældende for det mindstekrav, som Tunstall har citeret vedrørende "løsningen skal administreres af brugere med forskellige forudsætninger, og skal som følge heraf være let tilgængelig og brugervenlig opbygget". Der er således ikke tale om, at begrebet mindstekrav er anvendt til at beskrive, hvad der ville blive lagt vægt på under evalueringen efter de opstillede underkriterier.

Kommunen har bestridt, at det ikke fremstod klart, at kommunen havde et mindstekrav om, at den tilbudte løsning skulle være kompatibel med kommunens aktuelle EOJ system, KMD Care. Kommunen har henledt opmærksomheden på det i udbudsbetingelserne anførte, hvorefter "Løsningen skal altid kunne driftes og håndtere snitfladerne (overføre data) til det aktuelle EOJ system Herlev Kommune har."

Herudover har kommunen i sin besvarelse af spørgsmål 10 oplyst, at kommunens aktuelle EOJ system er KMD Care. Det vil sige, at selv hvis mindstekravet måtte have fremstået uklart, så blev uklarheden afklaret gennem kommunens besvarelse af spørgsmål 10.

Endelig har kommunen tilføjet, at der ikke er noget udbudsretligt krav om, at der til besvarelse af en kravspecifikation skal vedlægges et skema. Or-

dregivere har et vidt skøn ved fastsættelsen af udbudsmaterialets indhold. Det faktum, at kommunen ikke har vedlagt et skema til besvarelse af kravspecifikationen, siger intet om, hvorvidt kommunens udbudsmateriale er klart eller uklart.

Ad påstand 2

Tunstall har gjort gældende, at Herlev Kommune i udbudsbetingelserne som det eneste kvalitetskriterium angav reaktionstiden i forbindelse med åbning af lås/dør. Kriteriet blev oplyst til at være ”væsentligt”.

Kommunen har imidlertid reelt elimineret kvalitet som konkurrenceparameter ved at angive et mindstekrav om døråbning på maksimalt 8 sekunder, samtidig med at alle tilbud med løsninger, der åbner fra 3-7 sekunder tildeles fuldt point ved evalueringen. Derved favoriseres tilbudsgivere med løsninger af ringere kvalitet, herunder løsninger med tæt på 8 sekunders reaktionstid. Bekeys tilbud er på denne baggrund blevet favoriseret.

Herlev Kommune har gjort gældende, at kommunen oplyste i udbudsmaterialet, at kommunen ved evalueringen efter underkriteriet "kvalitet" ville lægge vægt på låsenes reaktionstid. Kommunen havde herudover et mindstekrav om, at reaktionstiden skulle være minimum 8 sekunder. Selvom kommunen oplyste, at låse, der åbnes efter 3-7 sekunder eller hurtigere, i forhold til underkriteriet "kvalitet" ville blive tildelt fuldt point, må det have stået klart for tilbudsgiverne, at der var tale om en åbenbar fejl i udbudsmaterialet. Det fremgår af sammenhængen, at løsninger, der havde en åbnings-tid på under 8 sekunder, ville blive evalueret således, at den korteste åbningstid ville blive tildelt det højeste pointtal. Kommunen fik dog aldrig lejlighed til at evaluere på underkriteriet, fordi konkurrencen konkret blev udelukket.

Ad påstand 3

Tunstall har gjort gældende, at Herlev Kommune, som det fremgår af den fremlagte email-korrespondance, har haft en tæt forudgående dialog med Bekey. Dialogen har tilsyneladende omfattet:

1. Flere møder, hvor Bekeys produkter er blevet præsenteret
2. Modtagelse af tilbud og andet materiale fra Bekey

3. Indhentelse af reference fra en anden kommune vedr. Bekey
4. Rådgivning om udformning af servicekontrakt
5. Rådgivning om krav til batteri

Herlev Kommune har efter det oplyste ikke haft tilsvarende dialog med andre potentielle tilbudsgivere. Kravet om brug af standard AA batterier er egnet til at favorisere Bekey, der som den eneste etablerede aktør i branchen anvender disse batterier som standard. Aktindsigtsmaterialet har bekræftet, at netop dette krav er kommet ind i udbudsbetingelserne på Bekeys foranledning. Kravet er meget betydningsfuldt, fordi batteriet er centralt for den samlede løsnings funktion og kvalitet, og fordi kravet eliminerer nogle væsentlige ulemper ved Bekeys løsning sammenlignet med løsninger baseret på genopladelige Lithium-batterier. Kravet er formentlig også medvirkende årsag til, at kun Tunstall og Bekey har afgivet tilbud. Tunstall havde blot forstået besvarelsen af spørgsmålene under udbudsprocessen således, at kommunen tillod brug af andre batterier, og at der ikke var et mindstekrav, som udelukkede brug af genopladelige batterier. Hvis det havde stået klart, at kommunen ikke accepterede genopladelige Lithium batterier som en del af løsningen, havde Tunstall formentlig undladt at afgive tilbud.

Af ovennævnte grunde skulle Herlev Kommune have anset Bekey for inhabil og have udelukket Bekey fra at deltage i udbuddet, ligesom kommunen skulle have undladt at indgå kontrakt med Bekey. Alternativt skulle kommunen have sikret, at udbudsbetingelserne blev udformet uden at favorisere Bekey.

Dialogen mellem Herlev Kommune og Bekey har ud fra det fremlagte aktindsigtsmateriale været omfattende, og Herlev Kommune har vanskeliggjort Tunstalls mulighed for at blive bekendt med eksistensen af og det nærmere omfang af dialogen mellem parterne ved ikke at udlevere en forsvarligt ført journaloversigt og ved først efter Tunstalls gentagne henvendelser at udlevere korrespondance, som afslørede den forudgående dialog med Bekey.

Kommunen har i øvrigt i forbindelse med aktindsigten udeladt tilbud og andet materiale, som kommunen har modtaget fra Bekey, og det er derfor på det foreliggende grundlag umuligt for Tunstall at vurdere, i hvilken udstrækning der i øvrigt måtte eksistere korrespondance, telefonnotater, mødereferater eller lignende, der belyser kommunens dialog med Bekey. Det forhold, at kommunens udbudsrådgiver et halvt år efter udbuddets offent-

liggørelse over for kommunens advokat har bekræftet, at udbudsmaterialet var udarbejdet på tidspunktet for udbudsbekendtgørelsen den 15. september 2015 ændrer – henset til den sparsomme aktindsigt – ikke ved Tunstalls opfattelse om Bekeys indflydelse på udbudsbetingelsernes indhold. Bekræftelsen fra udbudsrådgiveren er i øvrigt udokumenteret. Der er herved også lagt vægt på, at Bekey den 14. september 2015 i en mail anbefalede kommunen at anvende AA batterier, og at udbudsbetingelserne den 17. september 2015 blev udsendt til potentielle tilbudsgivere.

Det er også bemærkelsesværdigt, at Herlev Kommune har valgt at ekstrahe-re stort set alle meningsgivende oplysninger fra Bekeys tilbud og begrundet det som sket. Begrundelsen er opsigtsvækkende, når det tages i betragtning, at kommunen har gennemført en udbudsproces, der kun har resulteret i ét konditionsmæssigt tilbud, og at kommunen alligevel valgte at indgå kontrakt med Bekey i stedet for at gennemføre et nyt udbud – eller blot stille afklarende spørgsmål til Tunstall, hvis der måtte være reel usikkerhed om Tunstalls tilbud. Begrundelsen og den meget begrænsede aktindsigt i Bekeys tilbud, som kommunen har valgt at give Tunstall, bidrager til et billede af, at kommunen har haft en meget nær dialog med Bekey, og at der har været et ønske om at favorisere Bekey og eventuelt skjule ukonditionsmæssigheder, uklarheder m.v. i Bekeys tilbud.

Herlev Kommune har oplyst, at kommunen forud for udbuddets afholdelse har haft to møder med Bekey. Det ene møde var cirka halvandet år før udbuddets afholdelse, og det andet møde var nogle måneder før udbuddets afholdelse. På det første møde præsenterede Bekey deres produkter, og på det andet møde præsenterede Bekey deres opdaterede produkter. Kommunen havde op til udbuddets iværksættelse korrespondance med Bekey angående yderligere et møde. Drøftelserne førte imidlertid ikke til et møde.

Kommunen har gjort gældende, at den dialog, der har været mellem parterne, ikke er gået ud over, hvad der ligger inden for rammerne af en almindelig markedsdialog.

Vedrørende brug af standard AA batterier eller tilsvarende har kommunen anført, at ordregivere har et vidt skøn ved fastlæggelsen af de tekniske specifikationer. Kommunen har herunder henvist til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 21. december 2011, Ortos A/S mod Odense Kommune. Kom-

munen har endvidere bemærket, at det i underretningsbrevet blev uddybet, hvorfor kravet bedst svarede til kommunens behov.

Som det fremgår af underretningsbrevet, har kommunen valgt at stille krav om standard AA batterier eller tilsvarende, da kommunen bedre kan håndtere batterier af denne type. Der har således været en saglig bevæggrund bag denne beslutning.

Kommunen har afvist Tunstalls udsagn om, at "aktindsigtsmaterialet har bekræftet, at netop dette krav [brug af sædvanlige standard AA batterier eller tilsvarende] er kommet ind i udbudsmaterialet på Bekeys foranledning." En sådan fremstilling har intet på sig. Aktindsigtsmaterialet viser intetsteds, at kravet om brug af sædvanlige standard AA batterier eller tilsvarende er blevet tilføjet på Bekeys foranledning. Det eneste, aktindsigtsmaterialet viser, er, at Bekey, efter at udbudsbekendtgørelsen var offentliggjort, anbefalede kommunen at anvende et sådant krav. På dette tidspunkt var udbudsmaterialet udfærdiget og klar til at blive fremsendt til de økonomiske aktører, der måtte vise deres interesse for udbuddet, hvilket kommunens udbudskonsulent har bekræftet i en mail af 30. marts 2016 til kommunens advokat.

Det er derfor kommunens opfattelse, at der ikke har været en retsstridig forudgående teknisk dialog med Bekey, hvorfor påstand 3 ikke skal tages til følge.

Ad påstand 4 a

Tunstall har bestridt, at virksomhedens tilbud var ukonditionsmæssigt. Det må i den forbindelse tillægges betydelig vægt, at kommunen ikke klart har formuleret mindstekrav, som Tunstalls tilbud efter kommunens vurdering ikke opfylder.

Tunstall har gjort gældende, at Herlev Kommunes oplysning om, at det er en brugergruppe, som har fundet Tunstalls tilbud ukonditionsmæssigt, ikke er betryggende. Vurdering af konditionsmæssighed er primært en juridisk og teknisk vurdering, som ikke kan overlades til en brugergruppes skøns-mæssige afgørelse. "Evalueringsnotatet" synes også vedrørende denne påstand at bekræfte, at Tunstall har opfyldt alle mindstekrav, idet disse er op-listet og tjekket af med et "ok" for hvert af de angivne krav. De forhold,

som er angivet som begrundelse for, at Tunstalls tilbud ikke skulle kunne tages i betragtning, indgår slet ikke i ”evalueringsnotatet”.

Tunstall har i sit tilbud tydeligt oplyst, at der ikke er nogen forbehold, og i dokumentet med beskrivelse af opfyldelse af krav har Tunstall tydeligt afkrydset ”Kravet fuldt opfyldt” for hvert krav.

I relation til batterier fremgår kun klart de mindstekrav, som er angivet under overskriften ”Følgende elementer – mindste[krav] skal tilbudsgiver besvar[e] opfyldelse af”. Der er ikke under denne overskrift angivet noget krav om, at der skal anvendes standard AA batterier, eller at der ikke må benyttes genopladelige Lithium batterier.

Kravet om almindelige standard AA batterier fremstår under alle omstændigheder ikke som et ufravigeligt krav, der forhindrer brug af genopladelige batterier. At der ikke er tale om et ufravigeligt krav, fremgår desuden udtrykkeligt af kommunens besvarelse af spørgsmål 4, idet det af kommunens rettelsesblad fremgik, at mindstekravet angik ”almindelige standard AA batterier eller batterier, der er sammenlignelig med AA standarden og kravene hertil”. Det er i det mindste uklart, hvad kommunen ville anse for sammenligneligt med almindelige standard AA batterier. De ønsker, som kommunen har tilkendegivet i den forbindelse, er 1) nem adgang til køb af batterier – tilgængelige i de almindelige salgskanaler, 2) nem udskiftning af batterier, og 3) at prisen som udgangspunkt ikke bliver mere end ved køb af de traditionelle standard AA batterier.

Tunstall’s tilbud opfylder disse ønsker. Tunstall har i sit tilbud redegjort for, at de genopladelige Lithium-batterier kan købes uafhængigt af Tunstall, at de kan udskiftes på 30 sekunder af enhver bruger uden værktøj, og at de kan købes for ca. ... kr., ... da batterierne har en meget længere levetid end standard AA batterier, og da de i øvrigt kan genoplades. Hertil kommer, at det er oplyst, at der kan leveres en battericontainer til AA batterier, hvis kommunen af en eller anden årsag måtte foretrække at benytte AA batterier. Endelig har Tunstall tilbudt at foretage batteriskift uden udgift for kommunen. Det er på den baggrund meget vanskeligt at forstå, at kommunen skulle kunne have bekymringer i forhold til de genopladelige Lithium batteriers opfyldelse af de af kommunen tilkendegivne ønsker.

Herlev Kommune har i sin begrundelse for ikke at tage Tunstalls tilbud i betragtning anført, at der vil blive behov for håndtering af genopladning af batterier, og at dette vil være en uoverkommelig opgave for kommunen. Dette er en søgt begrundelse. De genopladelige batteriers levetid er så lang, at de som udgangspunkt slet ikke vil skulle udskiftes i kontraktperioden, og udfordringen med at håndtere genopladning af batterier er desuden ganske beskeden i forhold til det store antal batteriskift, som vil være nødvendigt med almindelige standard AA batterier. Kommunens arbejde med håndtering af genopladelige batterier kan under alle omstændigheder ikke benyttes som begrundelse for ikke at tage Tunstalls tilbud i betragtning, da der ikke i udbudsbetingelserne er angivet noget, som forhindrer brug af genopladelige batterier, og da kommunen jo blot kan vælge at købe nye genopladelige batterier i stedet for at oplade de brugte og/eller benytte optionen på at lade Tunstall forestå batteriskift gratis.

Selv hvis det skulle lægges til grund, at der var et mindstekrav om brug af almindelige standard AA batterier, må dette i øvrigt anses for opfyldt, da genopladelige Lithium batterier i alle væsentlige henseender er bedre end standard AA batterier, og da der således er tale om en overopfyldelse af mindstekravet.

Udbudsbetingelserne indeholder ikke noget mindstekrav om, at det i tilbuddet skal oplyses, at den tilbudte løsning er kompatibel med KMD Care. Der er et mindstekrav om beskrivelse af, hvorledes løsningen er kompatibel med anden hardware og software i forbindelse med et eventuelt skift til andet låsesystem. Tunstall har givet en sådan beskrivelse. Derudover er der angivet et krav om, at løsningen altid skal kunne driftes og håndtere snitfladerne til det aktuelle EOJ system, som Herlev Kommune har. Tunstall har bekræftet, at dette krav er opfyldt.

Kommunen har ved besvarelse af spørgsmål 10 oplyst, at kommunens nuværende EOJ-system er KMD Care. Men spørgsmålet har ikke givet anledning til, at KMD Care er blevet indsat i kravspecifikationen – hverken under almindelige krav eller mindstekrav. Tunstall har derfor heller ikke specifikt nævnt KMD Care eller andre EOJ-udbydere i sit tilbud, og det har heller ikke med nogen form for klarhed fremstået som et krav eller mindstekrav i udbudsmaterialet, at KMD Care skulle nævnes. Hvis Tunstall specifikt havde angivet en eller flere EOJ-udbydere, kunne Tunstall have risikeret, at kommunen ville anse dette for et forbehold i forhold til alle øvrige

EOJ-udbydere, da kommunens krav jo var, at løsningen altid skal kunne driftes og håndtere snitfladerne til det aktuelle EOJ-System.

Hvis formuleringen af Tunstalls beskrivelse af opfyldelse af kravene gav Herlev Kommune reel anledning til tvivl om, hvorvidt Tunstalls erklæring om fuld opfyldelse også omfattede KMD Care, skulle kommunen have stillet afklarende spørgsmål til Tunstall. Tunstalls besvarelse giver således ikke anledning til en sådan tvivl, at kommunen ville være berettiget eller forpligtet til at afvise Tunstalls tilbud.

Herlev Kommune har gjort gældende, at Tunstalls tilbud ikke opfyldte mindstekravene om 1) brug af standard AA batterier eller tilsvarende og 2) kompatibilitet med kommunens aktuelle EOJ-system, KMD Care.

Kommunens ønske om brug af standard AA batterier eller tilsvarende fremgik af kravspecifikationens afsnit 3, hvoraf mindstekravene fremgår. Der er således ikke tvivl om, at kravet om brug af standard AA batterier eller tilsvarende udgjorde et mindstekrav.

Kravet om brug af "almindelige standard AA batterier" var ikke et ufravigeligt krav. Det var derimod kravet om brugen af "almindelige standard AA batterier eller batterier, der er sammenlignelig med AA standarden og kravene hertil". Det krav blev indsat i udbudsbetingelsernes kravspecifikation gennem et rettelsesblad. Det er dette mindstekrav, som Tunstall ikke formåede at opfylde ved at tilbyde genopladelige Lithium batterier. Allerede derfor var kommunen berettiget til at afvise Tunstalls tilbud.

Herudover opfyldte Tunstall ikke mindstekravet om positivt at tilkendegive, at Tunstalls tilbudte løsning var kompatibel med Kommunens aktuelle EOJ-system, KMD Care. Af de grunde, kommunen har anført i relation til Tunstalls påstand 1, har kommunen bestridt, at det ikke tydeligt fremgik, at der var tale om et mindstekrav.

Tunstall har i dokumentet benævnt "Svar på krav til den udbudte løsning", som blev indleveret sammen med Tunstalls tilbud, oplyst, hvordan Tunstall tilsyneladende opfyldte mindstekravet om kompatibilitet med KMD Care. Her har Tunstall ud for spørgsmålet "Løsningen skal altid kunne driftes og håndtere snitflader (overføre data) til det aktuelle EOJ-system" angivet, at kravet er fuldt opfyldt. I forlængelse heraf har Tunstall beskrevet sin løs-

ning og heri skrevet, at Tunstall ”arbejder med flere EOJ – leverandører” uden specifikt at bekræfte, at Tunstalls løsning kunne arbejde sammen med KMD Care. Det betød, at kommunen betvivlede, hvorvidt Tunstall reelt kunne honorere mindstekravet om kompatibilitet med KMD Care, da Tunstall ikke nævnte dette specifikt. Kommunen skønnede derfor, at Tunstalls tilbud på dette punkt var ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 4b

Tunstall har bestridt, at virksomhedens tilbud var ukonditionsmæssigt. Hvis der måtte have været tvivl om tilbuddets konditionsmæssighed, ville de pågældende forhold under alle omstændigheder have en sådan karakter, at kommunen ville være berettiget og forpligtet til at afklare den pågældende tvivl ved at stille afklarende spørgsmål til Tunstall. Det må i den forbindelse tillægges betydelig vægt, at kommunen i relation til de pågældende forhold ikke klart har formuleret mindstekrav, som Tunstalls tilbud efter kommunens vurdering ikke opfyldt.

Tunstall har vedrørende denne påstand tillige gjort gældende, at Herlev Kommunes oplysning om, at det er en brugergruppe, som har fundet Tunstalls tilbud ukonditionsmæssigt, ikke er betryggende. Vurdering af konditionsmæssighed er primært en juridisk og teknisk vurdering, som ikke kan overlades til en brugergruppes skønsmæssige afgørelse. ”Evalueringsnotatet” synes også vedrørende denne påstand at bekræfte, at Tunstall har opfyldt alle mindstekrav, idet disse er oplistet og tjekket af med et ”ok” for hvert af de angivne krav. De forhold, som er angivet som begrundelse for, at Tunstalls tilbud ikke skulle kunne tages i betragtning, indgår slet ikke i ”evalueringsnotatet”.

Tunstall har i sit tilbud tydeligt oplyst, at der ikke er nogen forbehold, og i dokumentet med beskrivelse af opfyldelse af krav har Tunstall tydeligt afkrydset ”Kravet fuldt opfyldt” for hvert krav.

Herlev Kommune har gjort gældende, at det forhold, at Tunstall i sit tilbud har afkrydset feltet ”Kravet fuldt opfyldt”, ikke i selv fører til, at alle mindstekrav er opfyldt, uanset hvad der ellers står i Tunstalls tilbud.

Hvis Tunstall i sit tilbud har oplyst forhold, der gør, at visse mindstekrav ikke er opfyldt, kan kommunen som ordregiver ikke uden videre ignorere

dette. Det er kommunens opfattelse, at der konkret forelå sådanne forhold i Tunstalls tilbud. På den baggrund havde kommunen ikke pligt til eller anledning til at rette henvendelse til Tunstall om tilbuddets konditionsmæssighed, ej heller på baggrund af, at Tunstall havde afkrydset "Kravet fuldt opfyldt" for hver enkelt krav. Afgørende er, hvad der står i tilbuddet.

Tilbudsgivere bærer selv risikoen for uklarheder i deres tilbud. Det betyder, at kommunen ikke er forpligtet til at fortolke uklarhederne i Tunstalls tilbud til fordel for Tunstall eller søge sådanne uklarheder afklaret.

Eftersom kommunen vurderede, at Tunstalls tilbud ikke opfyldte to mindstekrav, var kommunen berettiget til at afvise Tunstalls tilbud som ukonditionsmæssigt. Tunstalls opfattelse om, at evalueringsnotat bekræfter, at Tunstall opfylder alle mindstekrav, er faktisk forkert. I evalueringsnotatet fremgår det ved feltet "Overholdelse af mindstekrav", at Tunstalls tilbud var "IKKE OPFYLDT".

Ad påstand 5

Tunstall har gjort gældende, at Herlev Kommune den 16. november 2015 meddelte Bekey, at kommunen agtede at indgå kontrakt med virksomheden. Kommunen indgik herefter den 7. december 2015 kontrakt med Bekey, uden at Tunstall forinden havde modtaget den i håndhævelseslovens § 2, stk. 1, nr. 2, og udbudsdirektivets artikel 41 omhandlede underretning.

Herlev Kommune har erkendt overtrædelsen som beskrevet i påstanden.

Ad påstand 6

Tunstall har gjort gældende, at de under påstand 1-5 behandlede overtrædelser af udbudsdirektivets principper om ligebehandling, ikkeforskelsbehandling og gennemsigtighed er væsentlige og har medført, at der ikke har været nogen konkurrence om den udbudte kontrakt, og at Tunstalls tilbud uretmæssigt ikke er blevet taget i betragtning. Herlev Kommune burde have anset Bekey for inhabil og dermed ikke taget Bekeys tilbud i betragtning. Klagenævnet skal derfor annullere kommunens tildelingsbeslutning.

Herlev Kommune har gjort gældende, at kommunen nok har overtrådt en formel regel ved ikke at have overholdt håndhævelseslovens § 2, stk. 1, nr. 2, men at kommunen i øvrigt ikke har overtrådt materielle udbudsregler på en måde, der var væsentlig i forhold til tildelingsbeslutningen. Af den grund har kommunen gjort gældende, at påstand 6 ikke skal tages til følge.

Ad påstand 7

Tunstall har gjort gældende, at virksomheden på tidspunktet for kommunens kontraktindgåelse den 7. december 2015 ikke havde modtaget orientering om Herlev Kommunes tildelingsbeslutning, og kontrakten skal derfor anses for indgået i standstill-perioden eller på en hertil svarende utilbørlig måde med den virkning, at kontrakten skal erklæres uden virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 2. Alternativt bør Klagenævnet erklære kontrakten for uden virkning i medfør af § 16, stk. 1, nr. 1. Det bemærkes i den forbindelse, at baggrunden for håndhævelseslovens krav om underretning, standstill-periode og ”uden virkning” var behovet for at sikre effektiv håndhævelse af udbudsreglerne og dermed leve op til kontroldirektivets krav om effektiv håndhævelse og kravet om effektive retsmidler i artikel 47 i EU’s Charter om grundlæggende rettigheder.

Herlev Kommune har gjort gældende, at Tunstalls anbringender til støtte for påstanden i alt væsentlighed synes at hvile på en antagelse om, at kontrakten er indgået i standstill-perioden, hvorefter klagenævnet enten 1) skal erklære den indgåede kontrakt for uden virkning efter Klagenævnet for Udbud (tidligere lov om håndhævelseslovens) § 17, stk. 1, nr. 2, eller alternativt 2) bør erklære den indgåede kontrakt uden virkning i medfør af håndhævelseslovens § 16, stk. 1, nr. 1.

Det følger af håndhævelseslovens § 17, stk. 1, nr. 2, at en kontrakt omfattet af udbudsreglerne skal erklæres uden virkning, hvis kontrakten er indgået i en standstill-periode, og ordregiveren samtidig har overtrådt EU-udbudsreglerne på en måde, der har påvirket Tunstalls mulighed for at få tildelt kontrakten.

Det følger af lov om Klagenævnet for Udbud § 3, stk. 1, (tidligere håndhævelsesloven) at standstill-perioden udløber 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har afsendt underretningen efter samme lovs § 2, stk. 1, nr. 2, hvis underretningen er sket ad elektronisk vej.

Standstill-perioden løber altså fra det tidspunkt, hvor der underrettes om tildelingsbeslutningen.

Den 16. november 2015 har kommunen ad elektronisk vej underrettet Bekey om sin tildelingsbeslutning og underrettet Tunstall om kommunens vurdering af Tunstalls tilbud. Ved en fejl blev Tunstall imidlertid ikke ved samme lejlighed oplyst om tildelingsbeslutningen.

Denne fejl er beklagelig, men ændrer ikke ved, at standstill-perioden blev iværksat, da kommunen den 16. november 2015 underrettede Bekey om sin tildelingsbeslutning.

I tråd hermed følger det af klagenævnets kendelse af 14. december 2011, Holm & Halby A/S mod Aarhus Universitet, at standstill-perioden løber fra udbyderens meddelelse om tildelingsbeslutningen, uanset udbyderen som følge af en fejl ikke har underrettet en virksomhed om tildelingsbeslutningen.

I forhold til betingelsen om, at overtrædelsen skal have påvirket Tunstalls mulighed for at få tildelt kontrakten, har kommunen bemærket, at kommunens eneste overtrædelse består i en overtrædelse af en formel udbudsregel, som ikke ville have haft nogen betydning for Tunstalls mulighed for at få tildelt kontrakten. Tunstalls tilbud var under alle omstændigheder ukonditionsmæssigt.

Af de ovenfor nævnte grunde har kommunen gjort gældende, at kontrakten ikke er indgået i standstill-perioden, hvorfor klagenævnet ikke har hjemmel til at erklære den indgåede kontrakt for uden virkning i medfør af håndhævelseslovens § 16, stk. 1, nr. 1.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 4a

Af kravspecifikationen fremgår, at tilbudsgiver vedrørende nogle nævnte krav skulle "beskrive og dokumentere hvorledes tilbudsgiver vil løse disse/tilbyde en løsning." Det er angivet, at der er andre krav, bilag m.v., som tilbudsgiver skriftligt skal tilkendegive at kunne og ville leve op til i kon-

traktperioden. Opfyldes kravene ikke, eller beskrives en løsning ikke til de anførte krav, ville tilbuddet blive afvist som ukonditionsmæssigt.

Herlev Kommune har opstillet 5 hovedpunkter, som er mindstekrav. For hvert af hovedpunkterne krævedes ”Følgende elementer – mindste[krav] skal tilbudsgiver besvar[e] opfyldelse af”. Der var i kravspecifikationen for disse mindstekrav oplyst 2 – 3 nærmere beskrivelses- eller oplysningskrav. Vedrørende mindstekravene til ”Krav til løsningen” og ”Krav til Batteri” har Herlev Kommune vurderet, at Tunstalls tilbud var ukonditionsmæssigt.

Vedrørende ”Krav til løsningen” fremgik af kravspecifikationen blandt andet, at løsningen skulle være kompatibel med anden hard- og software i forbindelse med et eventuelt skift til andet låsesystem, at den altid skulle kunne drifte og håndtere snitfladerne til det aktuelle EOJ- system, som kommunen havde, samt at den til enhver tid skulle kunne arbejde sammen med den fælles kommunale rammearkitektur, der også følges i Herlev Kommune. I denne forbindelse oplyste kommunen en hjemmeside.

Der var angivet tre ”Mindsterkrav”, bestående i en beskrivelse af, hvorledes medarbejdere i kommunen har adgang til løsningen, hvorledes løsningen er kompatibel med anden hardware og software i forbindelse med et eventuelt skift til andet låsesystem, og en beskrivelse af hvor hurtigt kommunen kan få udbedret fejl i softwaren.

I udbuddets ”spørgsmål og svar” er der i spørgsmål 10 stillet et spørgsmål om kommunens EOJ-system samt om drift og håndtering af snitflader. Kommunen har svaret, at dens EOJ-system er KMD Care, og at systemet skal kunne håndtere nuværende rammearkitektur i forhold til serviceplatformen og støttesystemer. I øvrigt har kommunen i sit svar gentaget det, der står i kravspecifikationen.

Tunstall har i sit tilbud ikke nævnt, at den tilbudte løsning kan drifte og håndtere snitfladerne til det aktuelle EOJ-system, som Herlev Kommune har, men har oplyst, at kravet er opfyldt, samt at løsningen kan arbejde sammen med den fælles kommunale rammearkitektur, der også følges i Herlev Kommune. I svaret på spørgsmål 10 har kommunen oplyst, at KMD Care anvendes som EOJ-system. Der er i udbudsbetingelserne ikke stillet et mindstekrav om, at tilbudsgiverne skulle bekræfte, at det var muligt at samarbejde med netop dette system, blot at der kunne samarbejdes med det sy-

stem, kommunen anvender. Tunstall har i sit tilbud bekræftet, at det tilbudte system kunne samarbejde hermed. Tunstalls tilbud var derfor på dette punkt konditionsmæssigt.

Vedrørende ”Krav til Batteri” fremgik af kravspecifikationen blandt andet, at løsningen (dørlåsen) skulle bruge almindelige standard AA batterier, og at kommunen til enhver tid selv skulle kunne indkøbe batterierne og ikke være afhængig af leverandøren til låseenhederne.

I udbuddets ”spørgsmål og svar” er der som spørgsmål 4 spurgt, om det var et ufravigeligt krav, at batteritypen skulle være af den gammel kendte AA type. Spørgeren bemærkede, at der kun er en leverandør på markedet, som anvender denne batteritype. Batterikapaciteten ville flerdobles ved anvendelse af en mere moderne batteritype, og endelig ville en løsning med genanvendelige batterier være mere miljørigtig. Kommunen svarede på det stillede spørgsmål, at ”Det er ikke et ufravigeligt krav, hjemmeplejen i Herlev Kommune ønsker dog nem adgang til køb af batterier, som nemt kan udskiftes, hvor prisen som udgangspunkt ikke bliver mere end ved køb af de traditionelle Standard AA batterier.” Kommunen ønskede desuden, at batterierne skulle være tilgængelige i de almindelige salgskanaler. Kommunen udsendte et rettelsesblad, hvori teksten i udbudsmaterialet ændredes, således at der skulle bruges ”almindelige standard AA batterier eller batterier der er sammenlignelig med AA standarden og kravene hertil.” Endvidere skulle hver dørlås ved nymontering være inklusive AA batterier ”eller batterier der er sammenlignelig med AA standarden og kravene hertil.” Endelig blev teksten ændret til ”Uanset hvor mange AA batterier eller batterier der er sammenlignelig med AA standarden og kravene hertil, der skal bruges i hver dørlås, skal hvert AA batteri eller batteri der er sammenlignelig med AA standarden og kravene hertil, kunne holde til mindst 2000 åbninger.” Den øvrige tekst i udbudsmaterialet vedrørende batterier forblev uændret.

Tunstall har i sit tilbud besvaret de tre ”Mindste[krav]”, som kommunen krævede besvaret vedrørende batterierne. Tunstall tilbød et genopladeligt batteri af typen ... Herlev Kommune vurderede, at Tunstall havde afgivet et alternativt tilbud, blandt andet fordi kommunen i udbudsbetingelserne ikke havde anmodet om en løsning, hvor genopladelige batterier indgik.

Herlev Kommune har i udbuddets kravspecifikation stillet krav om, at batteritypen skulle være standard AA batterier, men har senere som anført ovenfor under udbuddet ændret dette til, at der skulle anvendes "AA batterier eller batterier, der er sammenlignelig med AA standarden og kravene hertil." Hvorvidt der findes batterier, der er sammenlignelige med AA standarden og kravene hertil er uklart. Tunstall har tilbudt Lithium batterier, som efter det fremkomne må antages at holde betydeligt længere end AA batterier. Tunstall har endvidere over for kommunen i sit tilbud oplyst, at virksomheden vederlagsfrit vil forestå batteriskifte og opfylde de øvrige krævede betingelser, såfremt det er nødvendigt i kontraktperioden. Henset til, at Tunstall opfylder de øvrigt stillede krav, og at det som nævnt er uklart, hvilke batterier der er sammenlignelige med AA batterier, var virksomhedens tilbud også på dette punkt konditionsmæssigt.

Påstand 4a tages derfor til følge.

Ad påstand 5

Herlev Kommune har erkendt at have begået en overtrædelse som beskrevet i påstanden.

Påstanden tages derfor til følge som nedenfor bestemt.

Ad påstand 6

Under henvisning til det under påstand 4a anførte annulleres Herlev Kommunes tildelingsbeslutning af 16. november 2015.

Ad påstand 1 - 3, 4b og 7

Klagenævnet kan afgøre en sag helt eller delvis, jf. § 10, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud. Hvis klagenævnet alene afgør sagen delvis, tager klagenævnet ikke stilling til alle de påstande, som klageren har nedlagt.

Efter klagenævnets afgørelse ad påstand 4a tager klagenævnet ikke stilling til påstandene 1-3, 4b og 7.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 4a

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets principper om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed ved at behandle Tunstalls tilbud som ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med lov om Klagenævnet for Udbud (tidligere lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v.) § 2, stk. 1, nr. 2, og udbudsdirektivets artikel 41 ved ikke at orientere Tunstall om Herlev Kommunes beslutning om at tildele kontrakt til Bekey.

Indklagedes beslutning af 16. november 2015 om at indgå kontrakt med Bekey A/S annulleres.

Indklagede, Herlev Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Tunstall A/S, betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Der tages ikke stilling til påstand 1 – 3, 4b og 7.

N. Feilberg Jørgensen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig