

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt, således at delkendelsen er klagenævnets endelige afgørelse.

Visse oplysninger i delkendelsen er på klagerens begæring ikke offentliggjort.

K E N D E L S E

Tunstall A/S
(advokat Asser Rung-Hansen, New Zealand)

mod

Københavns Kommune, Sundheds- og Omsorgsforvaltningen og Socialforvaltningen
(advokat Andreas Christensen, Hellerup)

Klagenævnet har den 23. februar 2018 modtaget en klage fra Tunstall A/S (herefter Tunstall).

Tunstall har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Københavns Kommune, Sundheds- og Omsorgsforvaltningen og Socialforvaltningen, (herefter Københavns Kommune) har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 68, svarskrift med bilag A – D, replik, duplik med bilag E-L, processkrift 1 med bilag 69 og processkrift A med bilag M-P.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder, udover en anmodning om at tillægge klagen opsættende virkning, følgende påstande:

”1) Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at [Københavns Kommune] har handlet i strid med udbudslovens § 2 ved at benytte uklare vilkår vedrørende bl.a.:

- a. ejerskabet til de af udbuddet omfattede låseenheder,
- b. adgangen for Bekey A/S til at tilbyde Bekey A/S’ eksisterende monterede låseenheder som en del af leverancen,
- c. adgangen for andre tilbudsgivere end Bekey A/S til at benytte Bekey A/S’ eksisterende monterede låseenheder som en del af leverancen,
- d. adgangen for leverandøren til at benytte de af udbuddet omfattede låseenheder til andre formål end [Københavns Kommunes] behov,
- e. adgangen for tredjemænd til at benytte de af udbuddet omfattede låseenheder til andre formål end [Københavns Kommunes] behov, og
- f. tilbudsgivers egnethed i forhold til økonomisk og finansiel formåen.

2) Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at [Københavns Kommune] har handlet i strid med udbudslovens §§ 2 og 4 ved at favorisere Bekey A/S ved tilrettelæggelsen af udbudsmaterialet og ved tilbudsevalueringen, herunder ved:

- a. at fastsætte urimeligt korte frister for afgivelse af spørgsmål og tilbud,
- b. at undlade at udarbejde en endelig kravspecifikation og benytte sig af en afklaringsfase efter tildelingsbeslutning, hvor [Københavns Kommune] med trussel om udtræden vil kunne forlange tilføjelser og præciseringer af kravspecifikationen,
- c. at fastsætte en tidsplan med korte frister for opstart og overtagelsesprøve samt med adgang for [Københavns Kommune] til at forlange betydelige bodsbetalinger ved manglende overholdelse af tidsfrister,
- d. at stille specifikke krav til låseenhedens batteriløsning, som svarer til Bekey A/S’ løsning, og ved i den forbindelse på forhånd at udelukke, at [Københavns Kommune] vil benytte sig af muligheden for at genoplade batterier,
- e. at fastsætte lave targetpriser for de elektroniske låseenheder, som ikke måtte overskrides,
- f. at udforme sikkerhedskrav efter Bekey A/S’ specifikke løsning på en sikkerhedsbrist, som øvrige aktører ikke er berørt af,

- g. at undlade at stille mindstekrav til tilbudsgivers egnethed i forhold til økonomisk og finansiell formåen,
- h. at evaluere på implementering og roadmap, og
- i. at lave uforholdsmæssig stor pointforskel på Bekey A/S og [Tunstalls] løsning for så vidt angår implementering og roadmap og uforholdsmæssig lille [...] pointforskel for så vidt angår afstand på den trådløse kommunikation.

3) Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at [Københavns Kommune] har handlet i strid med udbudslovens §§ 2, 4 og 136 ved ikke at udelukke Bekey A/S fra deltagelse i udbuddet på grund af

- a. Bekey A/S' forudgående samarbejde med [Københavns Kommune] i forbindelse med et pilotprojekt i 2014-2015 og den betydelige påvirkning Bekey A/S' løsning har haft på udbudsmaterialets udformning, og/eller
- b. Bekey A/S' manglende egnethed i forhold til økonomisk og finansiell formåen.

4) Klagenævnet for Udbud skal annullere [Københavns Kommunes] beslutning af 13. februar 2018 om at meddele afslag på tildeling af kontrakt til [Tunstall] samt [Københavns Kommunes] eventuelle beslutning om [...] tildeling af kontrakt til Bekey A/S."

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse 2017/S 241-500658 af 12. december 2017 iværksatte Københavns Kommune et offentligt udbud i henhold til udbudsloven om levering og implementering af et elektronisk låsesystem hos de borgere, der ikke selv er i stand til at åbne hoveddøren for kommunens personale. Aftalen har en samlet værdi af 60.000.000 kr. ekskl. moms. Kontraktens varighed er angivet til 8 år med en option på forlængelse to gange med op til 12 måneder pr. gang.

Forud for udbuddet havde Københavns Kommune gennemført et pilotprojekt, ligesom kommunen to gange tidligere havde iværksat lignende udbud, som kommunen dog annullerede undervejs i udbudsprocessen.

Fra 2014 til 2015 gennemførte Københavns Kommune således et pilotprojekt med Bekey A/S, som efter kommunens oplysninger havde til formål at få klarlagt, om anskaffelse og implementering af et elektronisk låsesystem var muligt, og om Københavns Kommune ville opnå en ressourcemæssig besparelse ved en sådan løsning. Projektet havde en varighed af 6 måneder.

Københavns Kommune har oplyst, at kommunen løbende var i dialog med Bekey A/S undervejs i projektet, og Bekey A/S stod for blandt andet oplæring og undervisning af kommunens medarbejdere.

Den 9. december 2015 udsendte Københavns Kommune udbudsmateriale i forbindelse med et udbud af en kontrakt om levering af et elektronisk nøglesystem. Fem virksomheder blev prækvalificeret, herunder Tunstall og Bekey A/S. Af udbudsmaterialet fremgik blandt andet, at "Ejendomsrettigheder, brugsrettigheder og andre rettigheder [til nøglesystemet] overgår på overtagelsesdagen". Under udbudsprocessen besvarede kommunen i januar 2016 blandt andet et spørgsmål (nr. 27) om, hvorvidt "en leverandør, der allerede har monteret låseenheder i hoveddøre og opgangsdøre til private boligforeninger og avisbude, ...[må] anvende disse låseenheder i den samlede tilbudte løsning i udbuddet", med følgende besvarelse:

"På opgangsdøre må allerede monterede låseenheder genbruges og indgå i den samlede tilbudte løsning, hvis dette er muligt. Leverandøren er i så fald ansvarlig for, at eksisterende låseenheder opfylder de opstillede mindstekrav (MK).
..."

Ved brev af 19. januar 2016 klagede Tunstall til Københavns Kommune over uklarheder i udbudsmaterialet, herunder blandt andet usikkerhed omkring ejerskabet til låseenhederne, hvorvidt låseenhederne måtte anvendes til leverandørens egne formål og evt. vilkårene herfor, samt hvordan kommunen ville håndtere forskellige restlevetider ved anvendelse af eksisterende låseenheder.

Den 20. januar 2016 meddelte kommunen tilbudsgiverne, at udbuddet blev annulleret med begrundelse om flere uhensigtsmæssigheder i udbudsmaterialet.

Københavns Kommune har oplyst, at kommunen med henblik på at få input til udbudsmaterialets udformning gennemførte to markedsdialoger med en række leverandører på markedet, herunder Tunstall og Bekey A/S. Markedsdialogerne blev afholdt ad to omgange i december 2016 og i september 2017. Leverandørerne blev inviteret til et fællesmøde på en varighed af to timer og efterfølgende individuelle møder af en times varighed.

I efteråret 2017 offentliggjorde kommunen udbudsbekendtgørelse med tilhørende udbudsmateriale vedrørende anskaffelse af et elektronisk låsesystem. Fristen for afgivelse af spørgsmål var den 6. november 2017, og frist for afgivelse af tilbud var den 17. november 2017.

Af udbudsmaterialets bilag 2, kravsspecifikationen, krav-id 3.3 fremgik blandt andet, at "Låseenhederne skal have minimum et års produktgaranti og lang levetid". Om krav-id 3.15, som var angivet som et mindstekrav, fremgik, at "Låseenheden skal anvende standard batteri af typen A, AA eller AAA".

Af udkast til kontrakt, som var en del af udbudsmaterialet, fremgik i pkt. 5.8 om "Leverandørens egen brug" følgende:

"Leverandøren må ikke anvende nogen del af Kundens programmel, dokumentation, forbrugsartikler og/eller data til andet end opfyldelse af Kontrakten. Anvendelse til egen eller tredjemands brug kan kun finde sted efter forudgående skriftlig aftale med Kunden.

Leverandøren må derimod gerne anvende sit eget udstyr, programmel, egne kommunikationslinjer og forbrugsartikler, der benyttes ved Kontraktens opfyldelse, til egen eller tredjemands brug, så længe de aftalte krav til sikkerhed overholdes, og en sådan brug ikke indebærer en forringelse eller fordyrelse af Leverancerne til Kunden, og det ikke strider mod Kontraktens bestemmelser i øvrigt."

Under spørgsmål/svar-fasen blev kommunen opfordret til at forlænge tilbudsfristen henset til udbudsmaterialets omfang. Kommunen fastholdt tilbudsfristen. Derudover blev der stillet spørgsmål til låseenhedernes batteritype, som kommunen udvidede til, udover at omfatte typen A, AA og AAA, også at omfatte typen C og D. Kommunen begrundede sit valg af batteritype med, at kommunen ønskede at have muligheden for på sigt at hjemtage opgaven vedrørende batteriskift. Der blev ligeledes stillet spørgsmål til, hvordan kommunen ville evaluere leverandørernes økonomiske og organisatoriske forhold og udholdenhed, henset til kontraktens værdi og længde. Kommunen henviste i sin besvarelse heraf til udbudsbetingelserne.

Ved brev af 23. november 2017 klagede Tunstall til kommunen over udbudsprocessen samt over uklarhed omkring ejerskabet til låseenhederne. Af brevet fremgår blandt andet:

”Nedenstående er en foreløbig ikke-udtømmende liste over forhold, som udelukker Tunstall og/eller favoriserer Bekey:

1. Pilotprojekt: Bekey har fået en væsentlig fordel ved at have gennemført et pilotprojekt med kommunen i 2014-2015.

...

2. Batterier: Der er i punkt 3.14 i kravspecifikationen fastsat et mindstekrav om brug af batterier af typen A, AA eller AAA samt C og D. Tunstalls elektroniske låse benytter et Lithium-Ion batteri, som er en langt bedre løsning end de i punkt 3.14 angivne batterityper. Kommunens besvarelse af spørgsmål 32, 33 og 36 må imidlertid forstås således, at et Lithium-Ion batteri ikke accepteres. Det er ganske uforståeligt, at kommunen vælger at udelukke den bedste teknologi på markedet.

...

Bekey er formentlig den eneste væsentlige aktør på det danske marked, som benytter gammeldags batterier, og det forekommer derfor oplagt, at formålet med at stille mindstekrav om gammeldags batterityper er at tilgodese netop Bekey.

...

3. Afstandskrav: Sikkerhed er et meget væsentligt aspekt ved elektroniske låse. Det er derfor fornuftigt, at kommunen lægger vægt på risikoen for hacking og utilsigtet åbning af låse. Kommunen burde imidlertid have taget konsekvensen heraf og udformet et tildelingskrav, som faktisk indebærer, at de tilbudte løsninger bedømmes på den grad af sikkerhed, de har.

...

Kommunen har - ved at indrette ovennævnte krav specifikt til Bekeys specielle problemstilling i stedet for at opstille et generelt underkriterium om sikkerhed - åbenbart favoriseret Bekey.

4. Targetpriser, fast antal batteriskift m.v.:

...

Kommunen kunne og burde i stedet have valgt at bedømme totaløkonomien og kvaliteten i de enkelte løsninger ved at lade tilbudsgiverne konkurrere på en fast service-pris pr. år pr. enhed eller lignende og ved ikke på forhånd at sætte et meget lavt loft over låse-enhedens pris.

5. Ejerskab og brug af låse: Tunstall antager, at hensigten med udbuddet er, at kommunen skal eje de elektroniske låse. Dette fremgår imidlertid ikke utvetydigt af udbudsmaterialet.

...

6. Kort tilbudsfrist og stort udbudsmateriale: I lyset af det meget omfattende udbudsmateriale, og at det har taget mere end 1 ½ år at omarbejde det tidligere udbudsmateriale, er fristerne i den nuværende udbudsproces urimeligt korte, ...

...

7. Kort implementering, ret til udtræden og bod: Efter tidsplanen i udbudsbetingelsernes punkt 5.4 skal kontrakt indgås 23. januar 2018. Allerede den 26. februar 2018 skal der gennemføres overtagelsesprøve...

Dette er et meget kort tidsforløb med betydelig grad af usikkerhed navnlig for en tilbudsgiver, som ikke i forvejen har et tæt samarbejde med kommunen.

..."

Kommunen besvarede Tunstalls klage ved mail af 24. november 2017. Kommunen fastholdt tilbudsfristen og afviste i øvrigt, at udbudsmaterialet var usagligt. Kommunen valgte efterfølgende at annullere udbudsprocessen med begrundelse om en teknisk fejl.

Ved udbudsbekendtgørelse 2017/S 241-500658 af 12. december 2017 iværksatte Københavns Kommune det nu omtvistede offentlige udbud i henhold til udbudsloven om levering og implementering af et elektronisk låsesystem hos de borgere, der ikke selv er i stand til at åbne hoveddøren for kommunens personale.

Det økonomisk mest fordelagtige tilbud skal identificeres på baggrund af tildelingskriteriet "bedste forhold mellem pris og kvalitative krav" med underkriterierne "Pris (40 %)", "Kvalitet (50 %)" og "Implementering (10 %)". Underkriteriet "Pris" er inddelt i ti delkriterier, herunder blandt andet "Hoveddør (25 %)", "Serviceydelser (12 %)" og "Systemvederlag (43 %)". Underkriteriet "Kvalitet" er inddelt i 15 delkriterier, herunder blandt andet "Driftseffektivitet (20 %)", "Roadmap (4 %)", "Levetid af batterierne (5 %)" og "Afstand på den trådløse kommunikation (7 %)".

I udbudsbetingelserne står der blandt andet:

"1. Indledning

...

Antallet af borgere i udbudsmaterialet er alene baseret på estimater fra relevante datakilder og vil alene blive anvendt vurderingsteknisk. Det reelle antal borgere med behov for nøgleadgang vil blive indkøbt efter behov i implementerings- og driftsperioden.

...

2. Beskrivelse af de udbudte komponenter og ydelser

Udbuddet omfatter anskaffelse af et elektronisk låsesystem til Sundheds- og Omsorgsforvaltningen og Socialforvaltningen i Københavns Kommune.

Anskaffelsen består af tre komponenter med tilknyttede ydelser. De tre komponenter er hhv. et It-system, en Applikation og Låseenheder.

...

4.2 Sikkerhedsstillelse

Inden Kontraktens underskrift skal Tilbudsgiver stille en uigenkaldelig anfordringsgaranti på DKK 600.000 kr. til sikkerhed for alle krav, Ordregiver måtte have mod Tilbudsgiver, i forbindelse med Kontrakten.

Anfordringsgarantiens indhold skal forinden være skriftligt godkendt af Ordregiveren og kan stilles af et af Ordregiveren godkendt pengeinstitut, garantiinstitut eller tilsvarende institution.

Tilbudsgiveren skal anvende skabelon for anfordringsgaranti i Bilag 2.9.

Garantien kan ikke opsiges af Tilbudsgiver i kontraktperioden uden Ordregivers forudgående skriftlige accept.

...

5.5 Tidsplan

...

...	...
Deadline for afgivelse af spørgsmål	05-01-2018
...	...
Tilbudsfrist	19-01-2018
...	...

...

5.6.2 Supplerende oplysninger om udbudsmaterialet (spørgsmål)

Økonomiske aktører kan stille spørgsmål til udbuddet; dog kun vedrørende forhold, der er direkte relevante for udarbejdelsen af tilbuddet. Spørgsmål vil blive besvaret skriftligt.

Alle spørgsmål, der stilles senest den 5. januar 2018, vil blive besvaret. Spørgsmål, der stilles efter den 5. januar, vil alene blive besvaret i det omfang, besvarelse kan afgives senest den 12. januar 2018. Spørgsmål, der stilles senere end den 12. januar 2018, kan ikke forventes besvaret. I særlige tilfælde kan Ordregiver vælge at besvare senere indkomne spørgsmål og om fornødent udsætte tilbudsfristen.

...

7.2.1 Egnethed i forhold til økonomisk og finansiell formåen

Tilbudsgiver skal i ESPD'en dokumentere:

- Den samlede årsomsætning for de seneste 3 regnskabsår
- Den specifikke årsomsætning på det forretningsområde, der er omfattet af kontrakten, for de seneste 3 regnskabsår
- Resultat af drift for de seneste 3 regnskabsår (bruttofortjeneste)
- De seneste 3 års soliditetsgrader (egenkapital / Aktiver i alt)

...

8.1.3 Implementering (vægtning 10 %)

Underkriteriet implementering vil blive evalueret ud fra Tilbudsgivers løsningsbeskrivelse i Bilag 2a krav nr. 8.2 Anvendelse af implementeringserfaringer.

Kvaliteten evalueres på baggrund af Tilbudsgivers opfyldelse af det i Kravet angivne. Ordregiver har for hvert krav samt i Bilag 2 angivet, hvad Ordregiver lægger vægt på i Tilbudsgivers opfyldelse af Kravet.

..."

Københavns Kommune udsendte den 12. januar 2018 reviderede udbudsbe-
tingelser af 9. januar 2018, hvoraf blandt andet fremgår, at tilbudsfristen var
ændret til den 24. januar 2018.

Udbudsmaterialet var vedlagt "Kontrakt om anskaffelse af et elektronisk lå-
sesystem". Af kontraktens pkt. 5.8 fremgår følgende:

"Leverandørens egen brug. Leverandøren må ikke anvende nogen del af Kundens programmel, dokumentation, forbrugsartikler og/eller data til andet end opfyldelse af Kontrakten. Anvendelse til egen eller tredjemands brug kan kun finde sted efter forudgående skriftlig aftale med Kunden.

Leverandøren må derimod gerne anvende sit eget udstyr, programmel, egne kommunikationslinjer og forbrugsartikler, der benyttes ved Kontraktens opfyldelse, til egen eller tredjemands brug, så længe de aftalte krav til sikkerhed overholdes, og en sådan brug ikke indebærer en forringelse eller fordyrelse af Leverancerne til Kunden, og det ikke strider mod Kontraktens bestemmelser i øvrigt.”

Af kontraktens pkt. 6.1 om afklaringsfasen fremgår:

”Umiddelbart efter Kontraktens indgåelse igangsættes en Afklaringsfase, hvor det er formålet at undersøge, om det er hensigtsmæssigt at præcisere eller supplere Kravspecifikationen, og andre elementer, jfr. herunder særligt Bilag 14, punkt 2.”

Af kontraktens pkt. 11.4 om rettigheder fremgår:

”Ejendomsrettigheder, brugsrettigheder og andre rettigheder overgår på Overtagelsesdagen. For de dele af Løsningen, hvor Kunden i henhold til Bilag 3 erlægger betaling forud for Overtagelsesdagen, overgår rettighederne dog på betalingstidspunktet. Endvidere overgår rettighederne til systemet på betalingstidspunktet, jf. betalingsplan i Bilag 3.”

Af kontraktens pkt. 21.4 om erstatning fremgår:

”Efter godkendelse af overtagelsesprøven er erstatning og eventuel bod tilsammen pr. år i Kontraktens løbetid begrænset til det højeste af følgende beløb: (i) fakturerede og betalte Systemvederlag samt betalte anlægsudgifter samt serviceydelser og eventuelle tilkøb i 12 måneder med tillæg af moms forud for kravets opståen eller (ii) 5.000.000 kr.”

Af udbudsmaterialets bilag 1, tidsplan, fremgår, at kommunen har fastsat frist for levering af overtagelsesprøve den 24. april 2018, og manglende opfyldelse heraf er bodsbelagt. Derudover fremgår blandt andet:

”2. HOVEDTIDSPLAN

...

Tabel 1. Hovedtidsplanen.

2018	Jan.	Feb.	Mar.	Apr.	Maj	Juni	Juli	Aug.	Sep.	Okt.	Nov.	Dec.
Kontraktindgåelse												
Afklaringsfasen												
Overtagelsesprøve												
Storskalapilotprojekt (AMA)												
Option 1 (SOF)												
2019	Jan.	Feb.	Mar.	Apr.	Maj	Juni	Juli	Aug.	Sep.	Okt.	Nov.	Dec.
Storskalapilotprojekt (AMA)												
Option 2 (AMA)												
Option 3 (IBØ)												
2020	Jan.	Feb.	Mar.	Apr.	Maj	Juni	Juli	Aug.	Sep.	Okt.	Nov.	Dec.
Option 4 (VKV)												
Option 5 (VBH)												
Option 6 (BIN)												

Farvekode	Forklaring
	Evaluering / Beslutning / Bevillingsmæssig hjemmel (SUF)
	Montering af Låseenheder
	Drift - Go Live

...

3. TIDSPLAN FOR AFKLARINGSFASEN OG OVERTAGELSESPRØVEN

Afklaringsfasens formål er, i overensstemmelse med Kontraktens punkt 6, at undersøge, om det er hensigtsmæssigt at præcisere Bilag 2, Kravspecifikationen samt afstemme aktiviteterne i Overtagelsesprøven, hvor Leverandørens System bla. skal testes i Kundens IT-miljø for at kunne opnå en ibrugtagningsgodkendelse. Leverandøren skal i samarbejde med Kunden udarbejde en eventuel revideret løsningsbeskrivelse, Bilag 2a, som skal endeligt godkendes af Kunden.”

Af udbudsmaterialets bilag 2, kravsspecifikationen, krav-id 2.15, som er angivet som et konkurrenceparameter, fremgår:

”Tilbudsgiver skal kunne fremvise et roadmap for deres Løsning frem mod 2023. I denne sammenhæng defineres ”roadmap” som påtænkte udviklingstiltag på Løsningen inden for henholdsvis en 1-årig, 3-årig og 5-årig periode.

Det vægtes højt, at Tilbudsgivers roadmap afspejler kvalitet, modenhed og indsigt inden for den krævede Løsning.”

Af krav-id 3.3, som er angivet som et konkurrenceparameter, fremgår blandt andet, at ”Låseenhederne skal have lang levetid”. Det fremgår end-

videre af krav-id 3.3a, som ligeledes er angivet som et konkurrenceparameter, at "Låseenhederne skal have minimum et års produktgaranti".

Af krav-id 3.15, som er angivet som et mindstekrav, fremgår:

"Batterier til Låseenheden til Borgers hoveddør skal være af en almindelig anvendt type engangsbatterier i Danmark. Ordregiver ønsker ikke at genoplade batterier.

Batteritypen skal være let anvendelig for Ordregivers medarbejdere, da Ordregiver på sigt ønsker selv at varetage batteriskift.
..."

Af krav-id 5.16, som er angivet som et konkurrenceparameter, fremgår blandt andet:

"Ordregiver ønsker en Løsning, hvor afstanden mellem Låseenheden og den Adgangsgivende enhed før oplåsning skal kunne reguleres.

Det vægtes højt, at Ordregiver efter ønske kan få reguleret afstanden på den trådløse kommunikation af Tilbudsgiver, så risiko for utilsigtet oplåsning undgås. Det vægtes endvidere højt, at afstanden kan mindskes til under 30 cm til Borgers hoveddør".

Af krav-id 8.2, som er angivet som et konkurrenceparameter, fremgår:

"Som Leveranceansvarlig bedes Tilbudsgiver redegøre for konkrete erfaringer med implementering af Løsningen. Herunder hvordan disse erfaringer vil blive anvendt i implementeringen af Løsningen i Storskalpilprojektet og KK som helhed, henset til projektets omfang.

Tilbudsgiver bedes komme med forslag til, hvordan en effektiv og succesfuld implementering af Løsningen kan planlægges og gennemføres under hensyntagen til samarbejdsorganisationen beskrevet i Bilag 7. Tilbudsgiver bedes endvidere redegøre for projektmetoden samt anvendelse af interne kvalitetssikringsmetoder, henset til projektets omfang.

Der lægges vægt på robustheden i den af Tilbudsgiveren foreslåede tidsplan, jf. Bilag 1a, samt den måde, Tilbudsgiveren ønsker at gennemføre implementeringen på. I vurderingen vil der endvidere blive lagt vægt på Tilbudsgivers forslag til organisering og en vurdering af Tilbudsgiverens forslag til bemanning."

Tilbudsgiverne skulle i forbindelse med afgivelse af tilbud udfylde udbudsmaterialets bilag 3a, tilbudsliste. Vedrørende udfyldelse af tilbudslisten fremgik det blandt andet af udbudsmaterialets bilag 3:

”1.1 Borgers hoveddør

...

Den gennemsnitlige enhedspris for ovenstående 5 opsætningscases omfatter samtlige omkostninger forbundet med opsætning af adgang til Borgers hoveddør, herunder materialer (Låseenhed, beslag mv.) og serviceydelser (montering, transport mv.). Den gennemsnitlige enhedspris vægtes i Fane 1: 1. Vægtet pris, 2.A Borgers hoveddør.

...

9. DEN SAMLEDE VURDERINGSTEKNISKE PRIS

Tilbudsgivers samlede tilbudte pris er et udtryk for en vurderingsteknisk pris, baseret på en teknisk beregning af prisen for alle Borgeradgange i kontraktens løbetid, og er dermed ikke et udtryk for det faktiske aftag i Kontraktens løbetid. Kunden betaler for det faktisk leverede antal Borgeradgange mv.

Kontraktens løbetid er, i beregningen af den vurderingstekniske pris, estimeret til 10 år. Antallet af Borgeradgange i Kontraktens estimerede løbetid (inkl. optionerne 1-6), antages at udgøre en volumen på 7.980 opsætninger af Borgeradgange.

...”

Tilbudslisten er opdelt i otte faneblade. Af faneblad ”2. Anlæg” fremgår en af kommunen fastsat targetpris for hver enhedspris, som skulle angives af tilbudsgiverne. Targetprisen måtte ikke overskrides.

Det var som tidligere angivet muligt for tilbudsgiverne at stille spørgsmål til udbudsmaterialet. Der blev blandt andet stillet spørgsmål til ejerskabet af låseenhederne, som kommunen besvarede med henvisning til kontraktens pkt. 5.8.

Ved tilbudsfristens udløb havde kommunen modtaget tilbud fra tre tilbudsgivere, herunder Tunstall og Bekey A/S.

Den 13. februar 2018 meddelte kommunen Tunstall, at kommunen havde besluttet at tildele kontrakten til Bekey A/S. Af evalueringsrapporten fremgår blandt andet følgende:

”Anvendelse af It-systemet og Applikationen – Krav 2.3, 2.8, 4.1, 5.10 og 5.16.

...

Phoniro og Tunstall har begge tilbudt den bedst mulige opfyldelse af krav vedrørende afstand på den trådløse kommunikation, idet det vægtes positivt, at afstanden kan reguleres mellem Låseenheden og den Adgangsgivende enhed, samt at afstanden kan reguleres til under 30 cm. Bekey har tilbudt en glimrende opfyldelse af kravet, idet afstanden kan reguleres, men det er ikke muligt at vurdere, hvorvidt afstanden kan reguleres til under 30 cm, idet dette ikke er beskrevet.

...

Roadmap – Krav 2.15

Bekey har samlet set tilbudt den bedst mulige opfyldelse af kravet, idet det vurderes meget positivt, at Bekey har beskrevet et roadmap, der indeholder en plan frem mod 2023. Beskrivelsen definerer udviklingstiltag for de 3 perioder; henholdsvis en 1-årig, 3-årig og 5-årig periode. Det vurderes ligeledes meget positivt, at der er lagt konkrete planer for at videreudvikle kvaliteten inden for den krævede Løsning – gennem et overbevisende strategisk fokus på produktudvikling af hardware og software, der tilsammen afspejler stor indsigt i de teknologiske muligheder inden for Løsningen. Fx ved illustreringer af tidsplaner og fremhævelse af teknologiske muligheder inden for den krævede Løsning, der signalerer høj modenhed i det samlede roadmap.

...

Tunstall har tilbudt en mindre tilfredsstillende opfyldelse af kravet, idet det ikke vurderes positivt, at Tilbudsgiver beskriver et roadmap, der ikke indeholder påtænkte udviklingstiltag på Løsningen inden for henholdsvis en 1-årig, 3-årig og 5-årig periode. Det kan ikke vurderes positivt, at kunderne definerer roadmap for Tunstalls Løsning, idet dette skaber usikkerhed om den fremtidige udvikling af Løsningen for Ordregiver. Det er i mindre grad muligt at vurdere indholdet af de enkelte udviklingstiltag, da det kun er beskrevet i punktform. Det kan ikke vurderes, at Tilbudsgivers roadmap afspejler kvalitet, modenhed og indsigt inden for den krævede Løsning, idet dette ikke er beskrevet.

Implementering 10 %

Samlet har Bekey tilbudt den bedst mulige opfyldelse af anvendelse af implementeringserfaringer med følgende begrundelse. Det vurderes særdeles positivt, at Bekey meget detaljeret har redegjort for aktiviteterne i afklaringsfasen og hele implementeringsprocessen samt gennem forslag til samarbejdsorganisation og bemanning signalerer stor robusthed i forhold til den omfattende implementeringsopgave. Det vurderes ligeledes meget positivt, at Bekey konkret redegør for erfaringer

fra implementering af Løsningen og i tidsplanen har indarbejdet tid til løbende opfølgning af erfaringer både i Storskalapilotprojektet og for KK som helhed. Det vurderes ligeledes positivt, at der præcist beskrives, hvilken projektmodel leverandøren anvender, og der er redegjort for interne kvalitetsmetoder ved beskrivelse af egen mødestruktur og klar struktur for dialog, samarbejde og eskaleringsmodel.

...

Samlet har Tunstall tilbudt en mindre tilfredsstillende opfyldelse af anvendelse af implementeringserfaringer med følgende begrundelse. Det er ikke muligt at vurdere positivt, at Tunstalls beskrivelse af anvendelsen af implementeringserfaringer ikke redegør yderligere for aktiviteter i afklaringsfasen og hele implementeringsprocessen, hvorfor robusthed i organisering og bemanning hos Tunstall ikke kan vurderes, eftersom roller og ansvar ikke er beskrevet, og der primært er fokus på omfanget af Ordregivers ressourcer. Det er alene i begrænset omfang muligt at vurdere, at Tunstall anvender konkrete erfaringer i implementering af Løsningen både i Storskalapilotprojektet og i KK som helhed, da dette ikke beskrives nærmere. Det vurderes positivt, at Tunstall redegør for projektmetoden, mens forslag til bemanning og samarbejdsorganisationen ikke er transparent, da arbejdsdelingen mellem fx Tunstalls [REDACTED]

[REDACTED] Det er kun i begrænset omfang muligt at vurdere positivt, hvordan Tunstall anvender interne kvalitetssikringsmetoder, da det ikke fremgår tydeligt, hvordan dette helt konkret skal foregå i implementeringsprocessen, udover at Tunstall [REDACTED]

...

EGNETHED

Alle tre Tilbudsgivere har indleveret de krævede oplysninger i ESPDen på tilbudstidspunktet. Disse gav ikke anledning til bemærkninger, jf. Udbudsbetingelsernes punkt 7.

Forud for tildeling af Kontrakten har Ordregiver indhentet den krævede egnethedsdokumentation fra ESPDen fra Bekey. Dokumentationen opfyldte de stillede krav.”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

Tunstall har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 a-f, 2 a-i, 3 a-b og 4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Københavns Kommune har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1 a-f, 2 a-i, 3 a-b og 4, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 a-e har Tunstall gjort gældende, at ejerskabet og adgangen til at disponere over låseenheder var en væsentlig oplysning ved udformning af tilbuddene. Det var af betydning for prisen, om der var mulighed for at byde ind med eksisterende låseenheder, der allerede var i brug til andre formål. Det var ligeledes af betydning for tilbudsgiverne at vide, om det var muligt at disponere over låseenhederne i kontraktens løbetid, således at det var muligt at opnå indtjening på enhederne udover kontrakten. Endelig var det væsentligt for tilbudsgiverne at vide, om tilbudsgiverne havde ejendomsretten til enhederne efter kontraktens udløb.

Udbudsmaterialet gav ikke noget klart og entydigt svar herpå, og kommunen har ignoreret alle spørgsmål om præcisering af disse forhold. Det er korrekt, at der er formuleringer i udbudsmaterialet, som peger i retning af, at det har været kommunens ønske at have ejerskabet til låseenhederne, men disse formuleringer fandtes imidlertid stort set tilsvarende i udbudsmaterialet i forbindelse med den første udbudsproces i 2015-2016. I forbindelse med det første udbud opstod der netop tvivl om ejerskab og brugsret som følge af, at kommunen i sin besvarelse af spørgsmål nr. 27 oplyste, at kommunen ville acceptere, at Bekey A/S' eksisterende låseenheder indgik i den tilbudte løsning. Det bestrides, at kontraktens pkt. 5.8 direkte regulerer, om leverandøren kan benytte låseenhederne til andre formål end kommunens behov.

Kommunen har ladet spørgsmålene om ejerskabet til og adgangen til at disponere over låseenhederne henstå som uafklarede, hvilket indebærer en betydelig uklarhed og risiko for forskelsbehandling, idet kommunen har haft et nært samarbejde med Bekey A/S, og kommunen har tilsyneladende haft en forventning om at kunne finde en smidig løsning på disse spørgsmål med Bekey A/S efter afslutning af udbudsprocessen. Kommunen har herved handlet i strid med udbudslovens § 2.

Særligt vedrørende påstand 1 a-e har Københavns Kommune gjort gældende, at det klart fremgik af udbudsmaterialet, at kommunen ønskede at opnå ejerskab over låseenhederne i forbindelse med anskaffelsen. Kommunens formulering i udbudsbetingelsernes pkt. 1, Indledning, om, at kommunen

ønskede ”med denne udbudsproces at anskaffe og implementere et fremtidssikret elektronisk låsesystem”, kunne ikke forstås på anden måde.

Af prislisen fremgik, at tilbudsgiverne skulle angive en enhedspris for opsætning af låseenheden, som skulle omfatte samtlige omkostninger forbundet med opsætningen, herunder låseenheden samt beslag, ligesom låseenheden skulle have minimum et års produktgaranti. Kontraktens pkt. 11.4 angav endvidere, på hvilket tidspunkt ejendomsretten til låseenhederne overgik til kommunen. Det må derfor have stået klart for tilbudsgiverne, at kommunen ønskede at købe og opnå ejendomsretten til de pågældende låseenheder.

Det fremgik endvidere af kontraktens pkt. 5.8, 1. del, at ”leverandøren ... ikke [må] anvende nogen del af Kundens programmel, dokumentation, forbrugsartikler og/eller data til andet end opfyldelse af Kontrakten. Anvendelse til egen eller tredjemands brug kan kun finde sted efter forudgående skriftlig aftale med Kunden”. På denne baggrund fremgik det derved ligeledes klart, at leverandøren eller tredjemand ikke kunne anvende de pågældende låseenheder til andre formål end kommunens behov.

Allerede eksisterende og monterede låseenheder var således ikke omfattet af udbuddet. Kommunen undersøgte derfor forud for udbuddet hverken antallet af eksisterende monterede låseenheder tilhørende Bekey A/S, eller om disse eksisterende låseenheder opfyldte udbudsmaterialets krav. Hvis kommunen ønskede, at allerede eksisterende og monterede låseenheder skulle indgå i udbuddet, havde dette fremgået af udbudsmaterialet.

Københavns Kommune ønskede tilbud på indkøb af nye låseenheder, og at tilbudsgiverne skulle angive en enhedspris for opsætning heraf, da det ikke var muligt for kommunen at oplyse det eksakte antal borgere, som er omfattet af ordningen.

Kommunen har ikke ignoreret de spørgsmål, der er stillet under udbuddet, herunder om ejerskabet til låseenhederne. Kommunen har således inden for rammerne af udbudslovens § 134 besvaret alle spørgsmål. Kommunen har således også besvaret spørgsmål angående ejerskabet til låseenhederne, hvor kommunen har henvist til kontraktens pkt. 5.8, idet svaret på spørgsmålet om ejerskabet efter kommunens opfattelse entydigt fremgår heraf. De

svar, som kommunen kom med ved de tidligere udbud, er i denne sammenhæng irrelevante.

Kommunen har således ikke handlet i strid med udbudslovens § 2.

Særligt vedrørende påstand 1 f har Tunstall henvist til, at det følger af udbudslovens § 142, at når der stilles krav om, at tilbudsgivere opfylder minimumskrav til økonomisk og finansiell formåen, skal ordregiver i udbudsbekendtgørelsen anføre, hvordan tilbudsgiverne skal dokumentere sin opfyldelse af minimumskravene.

Københavns Kommune stillede krav om, at tilbudsgiverne skulle dokumentere deres økonomiske og finansielle formåen ved at dokumentere resultatet af driften for de seneste tre regnskabsår og de seneste tre soliditetsgrader. Kommunen præciserede imidlertid ikke i udbudsmaterialet, hvilke mindstekrav tilbudsgivernes resultater skulle overholde.

Tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen er særdeles væsentlig, når der er tale om en kontrakt med en løbetid på op mod 10 års varighed på et følsomt forvaltningsområde, hvor tilbudsgiverne skal håndtere adgang til de svageste borgeres hjem og data i tilknytning hertil. Kommunen burde have opstillet konkrete minimumskrav til økonomisk og finansiell formåen, og undladelsen heraf var egnet til særligt at tilgodese Bekey A/S.

Den manglende klarhed vedrørende mindstekrav til økonomisk og finansiell formåen indebærer en grov overtrædelse af udbudslovens § 2.

Særligt vedrørende påstand 1 f har Københavns Kommune gjort gældende, at det beroede på en fejl, at kommunen anmodede tilbudsgiverne om de pågældende oplysninger, hvorfor oplysningerne ikke indgik i nogen form for egnethedsvurdering. Det fremgik således heller ikke af udbudsbetingelserne, at kommunen ville foretage nogen form for egnethedsvurdering af tilbudsgiverne baseret på de økonomiske og finansielle oplysninger. Dette blev bekræftet i evalueringsrapporten.

Kommunen har et vidt skøn i forbindelse med fastsættelse af krav til tilbudsgiveres egnethed. Kommunen har i den forbindelse henvist til klagenævnets kendelse af 5. juli 2013, SOS International A/S mod Region Midtjylland, hvoraf fremgår, at "Indklagede har et overordentlig vidt skøn

ved fastsættelse af, hvilke betingelser for deltagelse ansøgere skal opfylde”. Kommunen valgte efter eget skøn ikke at opstille specifikke krav til omsætning mv.

Kravene til økonomisk og finansiel formåen har således ikke haft betydning for udbuddets udfald, og kommunen handlede derved ikke i strid med udbudslovens § 2.

Særligt vedrørende påstand 2 a har Tunstall gjort gældende, at udbudsmaterialet havde et sådant omfang og en sådan kompleksitet og på centrale punkter var uklart, således at kommunen skulle have fastsat længere frister for tilbudsgiverne til at udarbejde tilbud.

Udbudsmaterialet forekommer på den baggrund at være egnet til at favorisere Bekey A/S, som havde et tæt samarbejde med kommunen i forbindelse med kommunens gennemførelse af pilotprojektet. Bekey A/S havde derved et kendskab til kommunens praksis og ønsker, som de øvrige tilbudsgivere ikke havde.

Kommunen valgte at stille en række specifikke krav baseret på Bekey A/S' løsning, som medførte, at Tunstall måtte bruge tid og ressourcer på at udvikle tilpasninger, der kunne sikre, at den løsning, som Tunstall tilbød, opfyldte kravene i udbuddet. Det var hovedsageligt batterivalg samt afstands-krav til den trådløse kommunikation, der krævede tilpasninger.

Tidsfristernes længde skal vurderes i forhold til det konkrete udbud, og det kan ikke begrænse varigheden af tidsfristerne, at der tidligere har været indledt udbud med tilsvarende indhold. Kommunen har derved handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Særligt vedrørende påstand 2 a har Københavns Kommune gjort gældende, at kommunen fastsatte en passende tilbudsfrist set i forhold til udbudsmaterialets omfang og kompleksitet og det forudgående forløb i forbindelse med udbudsmaterialets udformning. Kommunen har ligeledes truffet passende foranstaltninger for at undgå, at Bekey A/S ved udbuddet var i besiddelse af en eventuel konkurrencefordel som følge af Bekey A/S' deltagelse i pilotprojektet. Dette skete ved at gennemføre markedsdialoger, hvor alle leverandører på markedet havde mulighed for at deltage. Kommunen vurderede

derfor ved fastsættelsen af tilbudsfristen, at ingen økonomiske aktører ville opnå en tidsmæssig fordel.

Udbudsmaterialets indhold svarede i det væsentlige til udbudsmaterialet i det tilsvarende udbud, som blev afholdt i december 2017 og annulleret på baggrund af en processuel fejl begået af kommunen. Annullationen medførte ikke væsentlige ændringer i indholdet af udbudsmaterialet i det nuværende udbud. Pilotprojektet er ikke indgået ved udarbejdelsen af kravsspecifikationen eller det øvrige udbudsmateriale, og evalueringsrapporten fra pilotprojektet har hele tiden været offentligt tilgængelig på kommunens hjemmeside. Kommunen har i øvrigt holdt pilotprojektet og udbudsprojektet fuldstændig adskilt, og de medarbejdere, som var en del af pilotprojektet, har - bortset fra en enkelt medarbejder - ikke indgået i arbejdet med udbuddet. Den pågældende medarbejder overtog dog først opgaven pr. 1. januar 2016 og har derfor ikke deltaget i evalueringen af pilotprojektet, som allerede var foretaget, ved hans tiltrædelse. Desuden har den pågældende alene haft en overordnet og koordinerende rolle i pilotprojektet, herunder varetaget administrative opgaver i forbindelse med fakturering. I øvrigt gælder der ikke nogen praksis om, at en medarbejder, som tidligere har været i dialog med en rådgiver og/eller en tidligere leverandør, ikke må være en del af det efterfølgende udbud, og der foreligger ingen interessekonflikt som følge af, at den pågældende medarbejder har været involveret i både pilotprojektet og udbudsprocessen, jf. udbudslovens § 4, jf. § 24, nr. 18.

Kommunen fastsatte de tekniske krav til løsningen under hensyn til kommunens behov og med inddragelse af de input, leverandørerne kom med under de to gennemførte markedsdialoger i 2016 og 2017. Kommunen bestrider på den baggrund, at udbudsmaterialet var udformet i overensstemmelse med Bekey A/S' løsning.

Københavns Kommune handlede således ikke i strid med udbudslovens §§ 2 og 4 ved at fastsatte tidsfristerne som sket.

Særligt vedrørende påstand 2 b har Tunstall gjort gældende, at det må anses som en fordel for Bekey A/S, at der ikke er udarbejdet en endelig kravsspecifikation, og at der efter kontraktindgåelse er planlagt en afklaringsfase, hvor kommunen – under trussel om udtræden – kan forlange supplerende og præcisering af kravsspecifikationen. Dette giver kommunen mulighed for

efter udbudsprocessen at kassere en uønsket leverandør, som har vundet udbuddet.

Særligt vedrørende påstand 2 b har Københavns Kommune gjort gældende, at kontrakten vedrører indkøb af et it-system, hvor det er nødvendigt og helt sædvanligt at anvende en afklaringsfase efter kontraktindgåelse, hvor leverandørens system bliver tilpasset kommunens eget koncern-it-system. Formålet med afklaringsfasen er at teste, om leverandørens system kan opnå ibrugtagningsgodkendelse til kommunens system. Der er intet, der indikerer, at Bekey A/S skulle blive behandlet anderledes end øvrige økonomiske aktører.

Særligt vedrørende påstand 2 c har Tunstall gjort gældende, at det er en fordel for Bekey A/S, at der er fastsat en tidsplan med korte frister for opstart af kontrakten og samarbejdet, herunder særligt afklaringsfasen og overtagesprøven samt adgang for kommunen til at kræve betydelige bodsbetalinger ved manglende overholdelse af tidsfristerne. Bekey A/S har allerede forestået en del af det indledende arbejde omkring forberedelse af tilbuddet ved deltagelse i kommunens pilotprojekt. Erfaringerne herfra er ikke blevet videreformidlet og kunne i øvrigt ikke videreformidles fuldt ud til de øvrige potentielle tilbudsgivere.

Særligt vedrørende påstand 2 c har Københavns Kommune gjort gældende, at en implementeringsfase på 2 ½ år er sædvanligt for it-systemer af udbuddets art, og udbuddets tidsplan er derfor ikke kort.

Tidsfristerne i implementeringsfasen, herunder afklaringsfasen og overtagesprøven, er fastsat under hensyn til, at det hurtigt skal kunne afklares, hvorvidt leverandøren kan opnå ibrugtagningstilladelse. Den videre implementering af låseenhederne kan ikke påbegyndes, førend en sådan godkendelse foreligger. Bodens størrelse er fastsat på baggrund af beregninger af de ressourcer, som kommunen vil skulle afsætte, såfremt fristen for overtagesprøven ikke bliver overholdt. Tidsplanen for implementering og bodens størrelse er derved fastsat på baggrund af saglige hensyn til både kommunen og leverandøren.

Særligt vedrørende påstand 2 d har Tunstall gjort gældende, at kravet om anvendelse af engangsbatterier ved kommunens eventuelle hjemtagelse af batteriskift er usagligt og alene kan have haft til formål at favorisere Bekey

A/S. Det medførte, at det ikke var muligt at tilbyde genopladelige batterier. De batterier, som Tunstall normalt benytter, er en bedre løsning end traditionelle engangsbatterier.

Det bestrides, at der skulle være et stort plads- og ressourcebehov forbundet med håndtering af genopladelige batterier. Kommunen vil også have plads- og ressourcebehov ved opbevaring af ikke-genopladelige batterier. Det er uholdbart at sammenligne håndtering af borgeres nøgler med håndtering af genopladelige batterier. Formålet med at undgå at opbevare fysiske nøgler var at minimere risikoen for, at en medarbejder mistede nøglerne, eller at en nøgle kom i tredjemands uberettigede besiddelse. Der var samtidig besvær og forviklinger forbundet med overdragelse af nøgler mellem medarbejdere ved vagtskifte. Disse hensyn gør sig ikke gældende for anvendelse af genopladelige batterier.

Kommunen handlede i strid med udbudslovens § 2, stk. 2, ved kunstigt at begrænse konkurrencen ved ikke at acceptere genopladelige batterier. Det var muligt for kommunen at opstille krav, således at konkurrencen blev sikret ved for eksempel at stille krav om, at tilbudsgiverne skulle tilbyde en pris for drift og vedligeholdelse pr. lås pr. måned.

Hvis kommunen havde en saglig grund til at ville hjemtage batteriskift, kunne kommunen også have valgt at bede tilbudsgiverne om at tilbyde særskilte optionspriser på levering/afhentning af batterier og udskiftning af batterier. Det havde i den forbindelse også været naturligt, hvis kommunen valgte at belønne tilbudsgivere, der begrænsede affaldsmængden ved genopladning af batterier.

Særligt vedrørende påstand 2 d har Københavns Kommune gjort gældende, at kravet om udskiftelige batterier er begrundet i hensynet til kommunens egne ressourcer til at håndtere batterier af den pågældende art. Kommunen besidder ikke de nødvendige ressourcer, der er forbundet med håndteringen af genopladelige batterier, som blandt andet forudsætter plads til opbevaring under opladning, ligesom det kræver store administrative ressourcer at adskille opladede og ikke-opladede batterier.

Kommunen blev allerede under markedsdialogerne i 2016 og 2017 opmærksom på muligheden for anvendelse af genopladelige batterier. En løsning med gennemopladelige batterier ville nødvendiggøre en klar rolle- og

ansvarsfordeling, ligesom løsningen ville nødvendiggøre koordinering af arbejdsgangen ved batteriskift. Kommunen fandt, at en løsning med udskiftelige batterier var den bedste for kommunen. Kommunen har et frit skøn ved fastlæggelse af de tekniske specifikationer i udbuddet, jf. klagenævnets kendelse af 21. december 2011, Ortos A/S mod Odense Kommune. Kravet om udskiftelige batterier er begrundet i saglige hensyn og har ikke haft til formål at favorisere Bekey A/S.

Særligt vedrørende påstand 2 e har Tunstall gjort gældende, at der ikke har været nogen rimelig grund til at fastsætte en targetpris for de elektroniske låseenheder i prisbilaget, som ikke måtte overskrides. Samtidig var der fastsat et bestemt antal batteriskift, fejlfindinger og reparationer ved opgørelsen af tilbudsprisen. Dette forhindrede tilbudsgiverne i at byde ind med deres sædvanlige og mest konkurrencedygtige løsninger, da løsningerne har en relativ høj indkøbspris men lavere løbende driftsomkostninger grundet færre batteriskift, fejlfindinger og reparationer. Prisloftet indebar i sig selv en væsentlig barriere for tilbudsgiverne til at afgive tilbud med for eksempel en litium ion batteriløsning.

Det er ikke retvisende, når kommunen hævder, at targetpriserne var fastsat under hensyn til det loft på anlægsbevillingen, som projektet havde fået. Der var kun fastsat targetpriser for enhedsprisen på låseenhederne, men f.eks. ikke på opsætning af låseenhederne. Ligeledes kunne anlægsloftet ikke forklare kravet om fastsættelse af et bestemt antal batteriskift, fejlfindinger og reparationer ved opgørelsen af tilbudsprisen.

Kommunen burde have sikret åben konkurrence ved at lade det være op til tilbudsgiverne, om de kunne tilbyde en dyrere låseenhed med en bedre totaløkonomi eller blot med så mange tekniske fordele, at det ville opveje en højere samlet pris på løsningen.

Særligt vedrørende påstand 2 e har Københavns Kommune gjort gældende, at fastsættelse af targetpriser var begrundet i saglige hensyn. Targetpriserne var fastsat under hensyntagen til, at projektet var undergivet et økonomisk loft på en anlægsbevilling. Desuden var modellen fastsat på baggrund af markedsdialogerne, hvor leverandørerne havde mulighed for at komme med input.

Det er ikke korrekt, når Tunstall anfører, at der kun var fastsat targetpriser for enhedsprisen, men ikke for f.eks. opsætning af låseenhederne. Den pågældende targetpris for enhedsprisen skulle således inkludere samtlige omkostninger forbundet med opsætningen af låseenheden.

Modellen for opgørelsen var således saglig og fastsat på baggrund af kommunens behov samt med inddragelse af de input, som markedsdialogen medførte.

Særligt vedrørende påstand 2 f har Tunstall gjort gældende, at afstandskravet i kravsspecifikationens krav-id 5.16 er en beskrivelse af Bekey A/S' løsning. Et krav om at kunne regulere afstanden på den trådløse kommunikation forhindrede de øvrige tilbudsgivere i at byde ind med sikkerhedsstrukturer, hvor app'en identificerer nøjagtig, hvilken borgers dør der åbnes, og således ikke er afhængig af noget afstandskrav. [REDACTED]

Særligt vedrørende påstand 2 f har Københavns Kommune gjort gældende, at krav-id 5.16, om at afstanden mellem låseenheden og den adgangsgivende enhed skal kunne reguleres, er begrundet i sikkerhedsmæssige hensyn samt hensynet til borgernes tryghedsfølelse. Kravet skal sikre, at det ikke er muligt for uvedkommende at skaffe sig adgang til borgerens hoveddør fra længere afstand. Kravet er således begrundet i saglige hensyn.

Særligt vedrørende påstand 2 g har Tunstall gjort gældende, at kommunens undladelse af at stille krav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen var en måde at tilpasse udbudsmaterialet særligt til Bekey A/S' forhold, da Bekey A/S ellers ikke ville kunne blive anset for egnet grundet dårlige regnskabstal de seneste tre regnskabsår.

Kommunen har opgjort sit potentielle tab til 64 mio. pr. år ved misligholdelse. Kravet om en anfordringsgaranti på 600.000 kr. var derfor utilstrækkeligt.

Særligt vedrørende påstand 2 g har Københavns Kommune gjort gældende, at kommunen har et vidt skøn ved fastsættelsen af betingelserne for egnethed, og dette skøn er ikke overskredet. En ordregiver kan fastsætte krav til en tilbudsgivers egnethed, jf. udbudslovens § 140, stk. 1. Der er således

ikke nogen pligt for ordregiver til at fastsætte krav om tilbudsgivernes egnethed.

Kommunen foretog et sagligt skøn og vurderede, at det ikke var nødvendigt at opstille specifikke krav til egnethed. Kommunens valg om at stille krav om en uigenkaldelig anfordringsgaranti på 600.000 kr. til sikkerhed for alle krav, som kommunen måtte have eller få mod leverandøren i forbindelse med kontraktens opfyldelse, erstattede ikke et eventuelt krav om en egnethedsvurdering af tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen. Kravet om en anfordringsgaranti er politisk vedtaget i Københavns Kommune ved indgåelse af større kontrakter.

Kommunen har i øvrigt henvist til det anførte ad påstand 1 f.

Særligt vedrørende påstand 2 h og i har Tunstall gjort gældende, at kommunen favoriserede Bekey A/S ved at tillægge tilbudsgivernes implementering og roadmap betydning ved evalueringen af de kvalitative kriterier. Dette skal ses i sammenhæng med det nære samarbejde, Bekey A/S havde med kommunen i forbindelse med pilotprojektet, det omfattende udbudsmateriale og de korte tidsfrister.

Særligt vedrørende delkriteriet ”roadmap” udelukkede kommunen reelt Tunstall fra at byde ind med sin normale løsning med litium ion batterier, hvilket reelt har skruet udviklingsstadiet mange år tilbage. Det gav ikke mening at beskrive en udvikling i retning af litium ion batterier, når kommunen udtrykkeligt havde tilkendegivet et ønske om traditionelle engangs-batterier.

Tunstalls OPI-tankegang om at udvikle i samarbejde og dialog med kommunen burde have været bedømt positivt, da en sådan løsning var at fortrække frem for at skulle gætte på kommunens udviklingsbehov på sigt.

Københavns Kommune lavede på den baggrund en uforholdsmæssig stor pointforskel på Bekey A/S’ og Tunstalls løsninger for så vidt angår implementering og roadmap. Omvendt var der en uforholdsmæssig lille pointforskel vedrørende afstanden på den trådløse kommunikation, hvor Bekey A/S blev tildelt næsthøjeste pointtal uden at have angivet, hvilken afstand der kunne reguleres til.

Særligt vedrørende påstand 2 h og i har Københavns Kommune gjort gældende, at underkriteriet ”Implementering” og delkriteriet ”roadmap” var fastsat under hensyn til udviklingen på området. Kriterierne skulle sikre en effektiv implementering af det elektroniske låsesystem. Hensynet hertil var sagligt, og kriterierne var ikke fastsat for at favorisere en bestemt leverandør.

En ordregiver har et vidt skøn ved den kvalitative evaluering, herunder særligt bedømmelsen af det antal point en ordregiver vælger at tildele hvert tilbud, jf. klagenævnets kendelse af 8. marts 2017, Stadsing A/S mod Roskilde Kommune.

I relation til delkriteriet ”roadmap”, krav-id 2.15, blev det vægtet højt, at ”Tilbudsgivers roadmap afspejler kvalitet, modenhed og indsigt inden for den krævede Løsning”. Det forhold, at Tunstall ikke i sit tilbud beskrev sine påtænkte udviklingstiltag inden for de krævede perioder, havde betydning for evalueringen af virksomhedens opfyldelse af delkriteriet. Samtidig kunne kommunen ikke tillægge det positiv vægt, at Tunstall havde beskrevet en OPI-tankegang om at udvikle i samarbejde og dialog med kommunen, da formuleringen af delkriteriet ikke gav mulighed herfor. Inddragelse af OPI-tanken i Tunstalls tilbud i evalueringen ville således have været i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Vedrørende tilbuddet fra Bekey A/S var besvarelsen for kravet formuleret således, at det beskrev udviklingstiltag for de krævede perioder.

Vedrørende underkriteriet ”Implementering”, krav-id 8.2, blev der lagt vægt på robustheden i tilbudsgiverens tidsplan og den måde, som tilbudsgiveren ønskede at gennemføre implementeringen på. Tunstalls opfyldelse af kravet blev vurderet til at være mindre tilfredsstillende, hvilket var begrundet i, at virksomhedens beskrivelse af kravet ikke var fyldestgørende. Modsat var aktiviteterne i afklaringsfasen og hele implementeringsprocessen i Bekey A/S’ tilbud beskrevet meget detaljeret, ligesom det blev tillagt positiv vægt, at virksomheden havde redegjort for tidligere erfaringer med implementering af løsningen.

I forhold til delkriteriet ”Afstand på den trådløse kommunikation”, krav-id 5.16, blev det vægtet højt, at kommunen kunne få reguleret afstanden på den trådløse kommunikation, og at afstanden kunne mindskes til under 30 cm til borgerens hoveddør. Tunstall opnåede maksimal antal point ved eva-

lueringen af delkriteriet, da virksomheden havde tilbudt en løsning, hvor afstanden mellem låseenheden og den adgangsgivende enhed kunne reguleres, herunder til under 30 cm. Bekey A/S opnåede næsthøjest antal point ved evalueringen af delkriteriet. Bekey A/S opfyldte kravet om regulering, men havde ikke angivet, om afstanden kunne reguleres til under 30 cm.

Evalueringen er således foretaget inden for rammerne af kravsspecifikationen, og kommunen har ikke overskredet den vide grænse for skønnet, som kommunen er tillagt ved en kvalitativ evaluering.

Særligt vedrørende påstand 3 a har Tunstall gjort gældende, at Bekey A/S skulle have været udelukket fra at deltage i udbudsprocessen i medfør af udbudslovens §§ 4 og 136 på grund af kommunens forudgående samarbejde med Bekey A/S i forbindelse med pilotprojektet og den betydelige påvirkning, Bekey A/S' løsning havde på udbudsmaterialets udformning.

Særligt vedrørende påstand 3 a har Københavns Kommune gjort gældende, at kommunen har truffet passende foranstaltninger som krævet efter udbudslovens § 136 for at udligne den konkurrencefordel, Bekey A/S måtte have opnået ved at deltage i det pilotprojekt, som kommunen gennemførte. Bestemmelsen anfører, at ansøger eller tilbudsgiver alene skal udelukkes fra deltagelse i processen, hvis den pågældende konkurrencefordrejning ikke kan afhjælpes med mindre indgribende foranstaltninger. Som kommunen har anført ad påstand 2 a, var det muligt for kommunen at udligne den eventuelle konkurrencefordel Bekey A/S måtte have fået ved deltagelse i pilotprojektet ved at gennemføre markedsdialoger.

Særligt vedrørende påstand 3 b har Tunstall gjort gældende, at Bekey A/S skulle have været udelukket fra at deltage i udbudsprocessen, henset til Bekey A/S' betydelige negative resultater for de seneste tre regnskabsår samt kontraktens lange varighed og væsentlige betydning i forhold til et forvaltningsområde, der berører adgangen til kommunens svageste borgere og deres data.

Særligt vedrørende påstand 3 b har Københavns Kommune gjort gældende, at der i udbudsmaterialet ikke var stillet krav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen, og der var derfor ikke grundlag for på den baggrund at udelukke Bekey A/S fra at deltage i udbudsprocessen.

Kommunen har i øvrigt henvist til det anførte ad påstand 2 g.

Særligt vedrørende påstand 4 har Tunstall gjort gældende, at det anførte ad påstand 1 a-f, påstand 2 a-i og påstand 3 a-b skal medføre annullation af kommunens beslutning af 13. februar 2018 om at meddele afslag på tildelelse af kontrakt til Tunstall samt kommunens beslutning om at tildele kontrakten til Bekey A/S.

Tunstall har bestridt, at den manglende klarhed om kravet til egnethed i forhold til økonomisk og finansiell formåen skulle være uden betydning for udbuddets forløb og udfald. Ved klare krav til økonomisk og finansiell formåen vedrørende drift i de seneste tre regnskabsår - som kommunen har forlangt dokumentation for - ville Bekey A/S være blevet udelukket med et konstant underskud i tre år.

Særligt vedrørende påstand 4 har Københavns Kommune gjort gældende, at kommunens gennemførelse af udbuddet i det hele er sket i overensstemmelse med bestemmelserne i udbudsloven, og der er derfor ikke grundlag for at annullere kommunens tildelingsbeslutning af 13. februar 2018.

Københavns Kommune har desuden gjort gældende, at såfremt klagenævnet måtte finde, at kommunen i relation til påstand 1 f har overtrådt gennemsigtighedsprincippet, har overtrædelsen ikke haft betydning for udbuddets forløb og udfald, og denne overtrædelse kan således i givet fald ikke medføre annullation af kommunens tildelingsbeslutning af 13. februar 2018.

Ad uopsættelighed

Tunstall har gjort gældende, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt, allerede fordi Tunstall ikke har haft mulighed for at byde ind med sin mest konkurrencedygtige løsning, og det er derfor vanskeligt at opgøre virksomhedens erstatningskrav.

Betingelsen om uopsættelighed er desuden opfyldt, fordi der er tale om en meget betydelig kontrakt på dette marked. Kontraktens varighed på 10 år vil stille leverandøren i en unik konkurrencemæssig position, hvor leverandøren vil kunne benytte kontrakten som reference til det øvrige marked for elektroniske låseenheder i København.

Københavns Kommune har gjort gældende, at opsættende virkning ikke er nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab hos Tunstall. Tunstalls krav kan tilgodeses gennem erstatningsreglerne. Derudover har Tunstall ikke sandsynliggjort, at virksomheden risikerer at lide et alvorligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning

Ad interesseafvejning

Tunstall har gjort gældende, at kontraktens omfang kan være af afgørende betydning for virksomhedens mulighed for fremadrettet at agere på markedet for elektroniske låse i København. Hensynet til Tunstall vejer således tungere end hensynet til kommunen, som allerede har brugt en årrække på at forberede udbudsmaterialet. Derudover har kommunen mulighed for at fortsætte med de hidtidige løsninger med fysiske nøgler og nøglebokse. Samtidig har kommunen mulighed for at opnå en økonomisk mere fordelagtig og miljøvenlig løsning ved en ny fair udbudsproces.

Københavns Kommune har gjort gældende, at interesseafvejningen taler imod at tillægge klagen opsættende virkning, da Tunstall ikke er fremkommet med anbringender til støtte for opsættende virkning og i øvrigt ikke har godtgjort sin interesse heri. Derimod er der et væsentligt hensyn at tage til almenhedens interesse i etablering af et elektronisk låsesystem, som gør det muligt for kommunen at udnytte ressourcerne mere optimalt, og som øger borgernes tryghedsfølelse.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet:

Ad påstand 1

Udbudsmaterialets beskrivelse af krav og ønsker til den udbudte anskaffelse skal være så klar og nøjagtig, at der ikke med rimelighed kan opstå tvivl om, hvad der udbydes, eller hvilke krav og ønsker ordregiver har. Dette medfører ikke nødvendigvis, at udbudsmaterialet skal indeholde en meget detaljeret beskrivelse af den udbudte anskaffelse. Ordregiver har således inden for de rammer, der følger af udbudsreglerne, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, et bredt skøn ved afgørelsen af, hvordan det udbudte beskrives. Klagenævnet kan ikke efterprøve dette skøn, men alene om grænserne for skønnet er overskredet.

Udbudsmaterialets indhold skal vurderes i forhold til det aktuelle udbud og har som udgangspunkt ingen sammenhæng med tidligere afholdte udbud og indholdet heraf.

Tunstall har i relation til påstand 1 a) - e) gjort gældende, at udbudsmaterialet var uklart med hensyn til ejerskabet og adgangen til at disponere over lå-

seenhederne, herunder muligheden for som en del af leverancen at benytte eksisterende låseenheder, der allerede var monteret.

Af udbudsmaterialet fremgår blandt andet, at Københavns Kommune ønsker at "anskaffe og implementere" låseenheder, og tilbudsgiverne skulle ved tilbudsafgivelsen angive en enhedspris for opsætning af en låseenhed omfattende samtlige omkostninger forbundet med opsætningen, herunder låseenheden samt beslag mv., ligesom låseenhederne skulle have minimum et års produktgaranti. Det måtte således have stået klart for tilbudsgiverne, at kommunen ønskede at opnå ejerskab til de tilbudte låseenheder.

Det forhold, at enhedsprisen skulle omfatte samtlige omkostninger forbundet med opsætningen, herunder beslag mv., indikerer ligeledes klart, at allerede eksisterende og monterede låseenheder ikke var omfattet af udbuddet. Det fremgår heller ikke i øvrigt af udbudsmaterialet, at det skulle være muligt - hverken for Bekey A/S eller andre - som en del af leverancen at tilbyde eksisterende låseenheder, der allerede var monteret.

Af pkt. 5.8 i udbudsmaterialets kontrakt fremgår, at "Leverandøren [ikke må] anvende nogen del af Kundens programmel, dokumentation, forbrugsartikler og/eller data til andet end opfyldelse af Kontrakten. Anvendelse til egen eller tredjemands brug kan kun finde sted efter forudgående skriftlig aftale med Kunden". Kommunen har under udbudsprocessen ved besvarelsen af spørgsmål om muligheden for at benytte låseenhederne til opfyldelse af andre formål end kommunens behov fastholdt formuleringen i kontraktens pkt. 5.8.

Der er herefter ikke grundlag for at fastslå, at udbudsmaterialet var mangelfuldt eller upræcist med hensyn til ejerskabet og adgangen til at disponere over låseenhederne, herunder muligheden for som en del af leverancen at benytte eksisterende låseenheder, der allerede var monteret. Det forhold, at Københavns Kommune i januar 2016 i forbindelse med et tidligere udbud, der blev annulleret, ved besvarelsen af et spørgsmål havde oplyst, at allerede monterede låseenheder på opgangsdøre måtte genbruges og indgå i den samlede tilbudte løsning, hvis dette var muligt, kan ikke føre til et andet resultat.

Vedrørende påstand 1 f) må udbudsbetingelserne forstås sådan, at Københavns Kommune i forbindelse med udbuddet ikke stillede særlige krav om

tilbudsgivers egnethed i forhold til økonomisk og finansiell formåen. Kommunens krav om, at tilbudsgiver skulle dokumentere en række tal for de seneste tre regnskabsår, var således meningsløst i og med, at der ikke var beskrevet krav, som regnskabstallene skulle dokumentere var opfyldt. En manglende overholdelse af kravet om indsendelse af regnskabstal ville derfor heller ikke have kunnet begrunde en udelukkelse af en tilbudsgiver, der ikke havde vedlagt den krævede dokumentation. Det må efter indholdet af kravet have stået tilbudsgiverne klart, at kommunen enten reelt ikke stillede nogen krav til økonomisk og finansiell formåen, eller at krav, som kommunen måtte have til hensigt at stille under evalueringen, ikke lovligt ville kunne føre til udelukkelse, da sådanne krav ikke var beskrevet i udbudsbestemmelserne. Det meningsløse krav om vedlæggelse af dokumentation kan herefter ikke anses for en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, og den uklarhed, dokumentationskravet indebærer, har foreløbigt vurderet heller ikke en karakter og betydning, som medfører, at gennemsigtighedsprincippet er overtrådt.

På det foreløbige grundlag, som foreligger, er der derfor ikke udsigt til, at Tunstall vil få medhold i påstand 1. En eventuel overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet ved at stille det meningsløse dokumentationskrav ad påstand 1f vil under alle omstændigheder ikke kunne begrunde annullation, da der som nævnt ikke er grundlag for at antage, at kravet har påvirket tilbudsgivningen eller udfaldet heraf.

Ad påstand 2

Ved tilrettelæggelsen af et udbud har ordregiver inden for visse rammer pligt til at udligne den særlige konkurrencefordel, som en tilbudsgiver måtte have. Dette medfører ikke, at en ordregiver har pligt til at fastsætte sine krav til den ønskede anskaffelse således, at der sikres en bred konkurrence om udbuddet. Ordregiveren skal således ikke sænke sine krav til en ydelse, hvis kravene i øvrigt er stillet på et sagligt grundlag. Omvendt må ordregiver ikke bestemme sine behov eller fastlægge sine krav til den udbudte anskaffelse med det formål at favorisere bestemte leverandører.

Klagenævnet finder, at Bekey A/S' deltagelse i kommunens pilotprojekt, som forløb over seks måneder, må sidestilles med den situation, hvor en hidtidig leverandør deltager i et udbud, og som følge heraf uundgåeligt har en fordel ved at deltage i udbuddet. I Retten i Første Instans' dom af 12. marts 2008, T-345/03, fastslog Retten, at der i så vid udstrækning som mu-

ligt skal ske udligning af ”de eventuelle fordele, den eksisterende kontrahent eller en bydende, som er knyttet til denne gennem en aftale om underleverance, nyder godt af, men kun i det omfang det i teknisk henseende er enkelt at foretage en sådan udligning, hvis udligningen er økonomisk rimelig, og hvis den ikke indebærer en tilsidesættelse af den eksisterende kontrahents eller den nævnte underleverandørs rettigheder”.

Kommunen havde således pligt til ved tilrettelæggelsen af udbuddet i videst muligt omfang at søge at mindske betydningen af den fordel, som Bekey A/S i sagens natur havde opnået i forbindelse med deltagelsen i kommunens pilotprojekt.

Evalueringsrapporten fra pilotprojektet blev gjort offentligt tilgængelig på kommunens hjemmeside, og forud for udbuddet gennemførte kommunen to markedsdialoger, hvor leverandører på markedet havde mulighed for at deltage.

For så vidt angår påstand 2 a) om fastsættelse af urimeligt korte frister for afgivelse af spørgsmål og tilbud fremgår det, at udbudsbekendtgørelsen og det tilhørende udbudsmateriale blev offentliggjort den 12. december 2017. Fristen for indlevering af spørgsmål udløb den 5. januar 2018, og tilbudsfristen udløb den 19. januar 2018. Fristen for afgivelse af tilbud blev forlænget til den 24. januar 2018 ved kommunens fremsendelse af et revideret udbudsmateriale. Fristen for afgivelse af tilbud fra offentliggørelsen af udbudsmaterialet udgjorde således 43 kalenderdage. Udbudslovens § 57, stk. 2, fastsætter en frist på minimum 35 kalenderdage for afgivelse af tilbud ved offentlige udbud. Udbudslovens § 93, stk. 1, bestemmer, at ordregiver skal fastsætte en passende frist, som fastsættes efter en konkret vurdering af udbuddets og kontraktens kompleksitet, omfanget af dokumentation mv. Fristen skal fastsættes således, at ingen leverandører opnår en tidsmæssig fordel. Der er henset til udbuddets karakter og omfang ikke grundlag for at antage, at de fastsatte frister ikke har været passende, herunder i forhold til at udligne den tidsmæssige fordel, som Bekey A/S eventuelt måtte have haft.

Vedrørende påstand 2 b) om kommunens fastsættelse af en afklaringsfase efter kontraktindgåelse har kommunen henvist til, at afklaringsfasen er nødvendig for at sikre, at den tilbudte løsning kan samarbejde med kommunens eksisterende it-løsning. Efter de på nuværende tidspunkt foreliggende

oplysninger er der ikke grundlag for at antage, at der ikke - som det er vanligt ved køb af blandt andet IT-ydelser - er et sagligt behov for en sådan afklaringsfase i relation til købet af låsesystemet. Der er heller ikke grundlag for at antage, at kommunen agter at benytte denne afklaringsfase på usaglig måde i strid med det, som er beskrevet i udbudsbetingelserne.

Vedrørende påstand 2 c) om fristerne for opstart og overtagelsesprøve og kommunens mulighed for at kræve bodsbetaling ved misligholdelse af tidsfristerne, har kommunen oplyst, at tidsfristerne i implementeringsfasen blev fastsat under hensyn til, at det er nødvendigt med en ibrugtagningstilladelse af løsningen, førend det videre forløb af implementering af systemet kan gennemføres. Ibrugtagningstilladelsen er derfor af afgørende betydning for kommunen. Klagenævnet finder på den baggrund og efter det i øvrigt oplyste, at fastsættelsen af tidsfristerne er begrundet i saglige hensyn, og der er ikke grundlag for at antage, at tidsfristerne er fastsat med henblik på at favorisere Bekey A/S. Det samme gør sig gældende for kommunens mulighed for at kunne pålægge tilbudsgiveren en bod ved tilbudsgiverens forsinkelse af processen omkring ibrugtagningstilladelsen, da dette vil forsinke hele projektet.

Med hensyn til påstand 2 d) om kommunens krav til en specifik batteriløsning fremgår det, at kommunen ved udformningen af udbudsmaterialet var bekendt med muligheden for at kræve en løsning med genopladelige batterier. Kommunen foretog imidlertid et bevidst fravalg af en sådan løsning og har som begrundelse herfor henvist til, at kommunen på sigt ville have mulighed for at hjemtage opgaven omkring batteriskift, og at en løsning med genopladelige batterier ikke ville være hensigtsmæssig i den forbindelse.

Det henhører under ordregivers skøn, hvordan kontraktgenstanden skal defineres, og hvilke krav der stilles til ydelserne. Klagenævnet efterprøver ikke dette skøn, men alene om grænserne for skønnet er overskredet, eller om der foreligger usaglige hensyn. På det foreløbige foreliggende grundlag finder klagenævnet, at der ikke er grundlag for at antage, at kommunens fravalg af en løsning med genopladelige batterier har haft til formål at favorisere Bekey A/S, eller at kommunen i øvrigt har overskredet grænserne for sit skøn.

På tilsvarende måde finder klagenævnet vedrørende påstand 2 e) og f) om fastsættelse af targetpriser og afstandskrav, at der ikke er grundlag for at an-

tage, at kommunens krav på disse punkter har haft til formål at favorisere Bekey A/S, eller at kommunen i øvrigt har overskredet grænserne for sit skøn.

Med hensyn til påstand 2 g) om kommunens undladelse af at stille krav til tilbudsgivernes egnethed i forhold til økonomisk og finansiell formåen, følger det af udbudslovens § 140, at ordregiver kan vælge at stille sådanne krav. Der er dog ingen pligt hertil, og kommunen har således været berettiget til ikke at fastsætte krav til egnethed. At kommunen har bedt om dokumentation for tilbudsgivernes seneste regnskabstal ændrer ikke herpå. Der er heller ikke i øvrigt belæg for at antage, at kommunens undladelse af at stille nærmere krav om økonomisk og finansiell formåen skulle være begrundet i et ønske om at favorisere Bekey A/S.

Vedrørende påstand 2 h) og i) om evaluering af kriterierne ”implementering” og ”roadmap” følger det af udbudslovens § 163, at under- og delkriterier skal være forbundet med kontraktens genstand. Dette relaterer sig til ethvert trin i kontraktens livscyklus. Der er ikke grundlag for at antage, at kriterierne er fastsat for at favorisere Bekey A/S eller i øvrigt overskrider grænserne for kommunens skøn.

Ordregiver har et vidt skøn inden for de fastsatte rammer i udbudsmaterialet og principperne i udbudslovens § 2 i forhold til tilbudsevalueringen af kvalitative under- og delkriterier. Klagenævnet kan efter fast retspraksis og klagenævnspraksis alene tilsidesætte ordregiverens skøn, hvis ordregiveren har overskredet den vide grænse, der gælder for evalueringsskønnet, eller har handlet usagligt. Klagenævnet finder ikke grundlag for at antage, at kommunen ved evalueringen af underkriteriet ”implementering” og delkriteriet ”roadmap” har overskredet grænserne for dette skøn eller i øvrigt handlet usagligt.

Klagenævnet finder herefter på det foreløbige foreliggende grundlag, at Tunstall ikke har påvist forhold, som medfører, at Københavns Kommune har undladt at forsøge at mindske - hvor det var muligt - de fordele, som Bekey A/S opnåede som deltager i pilotprojektet, eller at kommunen i øvrigt har tilrettelagt udbuddet med henblik på at favorisere Bekey A/S. Der er således på det foreløbige foreliggende grundlag ikke udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.

Ad påstand 3

Der er ikke i udbudsreglerne noget krav om, at en ordregiver skal udelukke den eksisterende leverandør. Herom henvises til det anførte ad påstand 2. Der er derudover frihed for ordregiver til at udforme sit udbudsmateriale i overensstemmelse med sine ønsker. At ordregiver lader sig inspirere af eksisterende produkter på markedet, er ikke i strid med ordregivers valgfrihed. Om kommunens udligning af konkurrencefordele henvises i det hele til det anførte ad påstand 2.

Særligt vedrørende påstand 3 b) om, at kommunen skulle have udelukket Bekey A/S fra at deltage i udbuddet på grund af Bekey A/S' manglende egnethed i forhold til økonomisk og finansiell formåen, henvises til det, der er anført ad påstand 2 g).

På det foreløbige grundlag, som foreligger, er der derfor ikke udsigt til, at Tunstall vil få medhold i påstand 3.

Ad påstand 4

Klagenævnet finder som anført ovenfor på det foreløbige foreliggende grundlag, at der ikke er udsigt til, at påstand 1 - 3 vil blive taget til følge. Der er herefter på det foreløbige grundlag heller ikke udsigt til, at påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen vil blive taget til følge.

Betingelsen om "fumus boni juris" er derfor ikke opfyldt.

Da betingelserne for opsættende virkning herefter ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Hanne Aagaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Jeanne Schou
chefkonsulent