

Klagenævnet for Udbud

(Nikolaj Aarø-Hansen, Gorm K. Elikofer, Erik Hammer)

J.nr.: 2009-0019706

9. juli 2010

K E N D E L S E

Visma Services Odense A/S
(advokat Lotte Hummelshøj, København)

mod

Vesthimmerlands Kommune
(advokat Casper Fahlmann Schmidt, København)

Ved udbudsbekendtgørelse af 19. marts 2009 udbød Vesthimmerlands Kommune som offentlig udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) en kontrakt om varetagelse af kommunens lønadministration.

Ved tilbudsfristens udløb den 5. maj 2009 havde følgende virksomheder afgivet tilbud:

1. KMD A/S
2. Visma Services Odense A/S

Den 29. maj 2009 besluttede indklagede at indgå kontrakt med KMD A/S, og kontrakt blev herefter indgået den 17. juni 2009.

Den 13. juli 2009 indgav klageren, Visma Services Odense A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Vesthimmerlands Kommune. Klagen har været behandlet af Klagenævnet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2, ved at udbyde to forskellige sideordnede kontrakter med forskellige vilkår i samme udbud uden at fastsætte i udbudsbetingelserne, hvorledes tilbud på disse to forskellige kontrakter ville blive sammenlignet med henblik på tildeling af kun én kontrakt til én leverandør.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivet ved i udbudsbetingelserne at fastsætte »Kvalitet og kvalitetssikring» som et underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, uanset at kriteriet »Kvalitet og kvalitetssikring« er et udvælgelseskriterium og derfor ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ved vurderingen af tilbuddene i relation til underkriteriet »Pris« at have lagt vægt på prisen for portalløsningen, uagtet at option på portalløsning ikke var omfattet af den tildelte kontrakt.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ved evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »pris« at have forudsat, at optionen på afstemning alene blev udnyttet i en periode på 4 år, uagtet at det i udbudsbetingelserne var anført, at der ved evalueringen heraf ville blive lagt vægt på prisen for en periode på i alt 6 år.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ved vurderingen af tilbuddene i relation til underkriteriet »Pris« at have lagt vægt på, at KMD A/S tilbød en fast pris uanset udviklingen i antal ansatte, uagtet at det ikke fremgik af udbudsbetingelserne, at indklagede ville lægge vægt på herpå, idet det tværtimod fremgik, at tilbudsgiverne skulle angive meromkostninger/prisreduktion ved flere/færre lønanvisninger, og ved ikke i vurderingen

at have taget hensyn til, at klageren tilbød en lavere afregningspris, hvis antallet af ansatte måtte stige.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 2)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved vurderingen af tilbuddene efter underkriteriet »Kvalitet og kvalitetssikring« at have taget afgørende hensyn til den af KMD A/S tilbudte portalløsning, uagtet at option på portalløsning ikke var omfattet af den tildelte kontrakt og dermed heller ikke omfattet af oversigten i udbudsbetingelserne over de delkriterier, der skulle anvendes ved vurderingen af tilbuddene efter underkriteriet »Kvalitet og kvalitetssikring«.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise tilbudet fra KMD A/S, uagtet at dette tilbud indeholdt et forbehold for pkt. 36.3 i kontrakten, uanset at denne bestemmelse ifølge udbudsbetingelserne udgjorde en ufravigelig bestemmelse, som der ikke kunne tages forbehold for.

Påstand 8

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke ved vurderingen af tilbuddene i relation til delkriteriet »Leverings- og forsyningssikkerhed« at have lagt vægt på, at KMD A/S tog en række forbehold over for kontrakten, som ikke kan anses for bagatelagtige, uagtet at det fremgik af udbudsbetingelsernes pkt. 7, at forbehold over for disse kontraktsbestemmelser ville indgå i tilbudsevalueringen under dette delkriterium.

Påstand 9

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 29. maj 2009 om at indgå kontrakt med KMD A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1-9 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Udbudsbekendtgørelsen af 19. marts 2009 indeholder følgende:

- » Udbuddet omfatter varetagelse af lønadministration samt visse personaleadministrative opgaver for Vesthimmerlands Kommune. Ydelserne omfatter: 1. Lønbehandling 2. Personaleadministration 3. Bogføring 4. Administration af ferie 5. Refusioner 6. Øvrige ydelser 7. Konsulentbistand....
...«

Det fremgik endvidere, af bekendtgørelsen, at leverandøren kunne:

- » vælge mellem følgende 2 kontraktformer: 1. Kontrakt om varetagelse af lønadministration, hvor leverandøren stiller lønsystem til rådighed. 2. Kontrakt om varetagelse af lønadministration, hvor kommunen stiller lønadministration til rådighed. Det er desuden muligt at afgive tilbud på begge kontraktformer.«

Om den første kontraktsform er det blandt andet anført:

- » 1. Varetagelse af lønadministration, hvor leverandøren stiller lønsystem til rådighed: Leverandøren skal varetage de oven for nævnte løn- og personaleadministrative ydelser. Leverandøren skal som basis herfor stille et lønsystem til rådighed for opgavevaretagelsen, der skal opfylde kommunens behov og ønsker til en tidssvarende og fremtidssikret løn- og personaleadministration. De nærmere krav hertil fremgår af udbudsmaterialet. Herudover skal leverandøren levere følgende ydelser: - Uddannelse (Al brugeruddannelse samt uddannelse af superbrugere og systemadministratorer), - Afprøvning, - Udarbejdelse af dokumentation, - Projektledelse, - Fysisk installation og planlægning (hvis relevant), - Datakonvertering, - Driftsafvikling, - Vedligeholdelse, - Brugersupport.«

Om denne kontraktsform fremgår det endvidere af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.2, at tilbudsgiver skal give tilbud på option på »*portalløsning,...it-understøttelse af rekruttering [og] ...forlængelse [af] kontrakt med 2* 1 år for 1 år ad gangen*«.

Om den anden kontraktsform er det blandt andet anført:

»2 Varetagelse af lønadministration, hvor kommunen stiller lønsystem til rådighed: Leverandøren skal varetage de oven for nævnte løn- og personaleadministrative ydelser. Leverandøren skal som basis herfor anvende kommunens nuværende lønsystem. Vesthimmerlands Kommune anvender pt. Lønssystemet KMD Opus, der stilles til rådighed via kommunens eksisterende aftale med KMD. Pris og vilkår for anvendelse af kommunens lønsystem fremgår af udbudsmaterialet.«

Endvidere fremgik det af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.2, at tilbudsgiver vedrørende denne kontraktsform skulle give tilbud på option på »afstemning...[og] forlængelse [af] kontrakt med 2* 1 år for 1 år ad gangen...«

Den udbudte ydelse er i udbudsbetingelserne blandt andet beskrevet således:

»Udbuddet omfatter varetagelse af lønadministration samt visse personaleadministrative opgaver for Vesthimmerlands Kommune. Ydelserne omfatter:

1. Lønbehandling
2. Personaleadministration
3. Bogføring
4. Administration af ferie
5. Refusioner
6. Øvrige ydelser
7. Konsulentbistand

...

Leverandøren kan vælge mellem følgende 2 kontraktformer:

1. Kontrakt om varetagelse af lønadministration, hvor leverandøren stiller lønsystem til rådighed.
2. Kontrakt om varetagelse af lønadministration, hvor kommunen stiller lønsystem til rådighed.

Det er desuden muligt at afgive tilbud på begge kontraktformer.

Varetagelse af lønadministration, hvor leverandøren stiller lønsystem til rådighed:

Leverandøren skal varetage de oven for nævnte løn- og personaleadministrative ydelser.

Leverandøren skal som basis herfor stillet et lønsystem til rådighed for opgavevaretagelsen, der skal sikre kommunens behov og ønsker til en tidssvarende og fremtidssikret løn- og personaleadministration. De nærmere krav hertil fremgår af udbudsmaterialet.

Herudover skal leverandøren levere følgende ydelser:

- Uddannelse (Al brugeruddannelse samt uddannelse af superbrugere og systemadministratorer)
- Afprøvning
- Udarbejdelse af dokumentation
- Projektledelse
- Fysisk installation og planlægning (hvis relevant)
- Datakonvertering
- Driftsafvikling
- Vedligeholdelse
- Brugersupport

Der er desuden følgende optioner, som tilbudsgiver skal give tilbud på:

- Option på portalløsning
- Option på it-understøttelse af rekruttering.
- Option på forlængelse kontrakt med 2 * 1 år for 1 år ad gangen.

Varetagelse af lønadministration, hvor kommunen stiller lønsystem til rådighed:

Leverandøren skal varetage de oven for nævnte løn- og personaleadministrative ydelser.

Leverandøren skal som basis herfor anvende kommunens eksisterende lønsystem. Vesthimmerlands Kommune anvender pt. KMD Opus, der stilles til rådighed via kommunens eksisterende aftale med KMD.

Pris og vilkår for anvendelse af kommunens lønsystem fremgår af udbudsmaterialet.

Der er desuden følgende optioner, som tilbudsgiver skal give tilbud på:

- Option på afstemning
- Option på forlængelse kontrakt med 2*1 år for 1 år ad gangen.

Tidspunktet for forventet driftsstart afhænger af valg af kontraktform:

Således forventes driftsstart for kontrakten, hvor kommunen stiller lønsystem til rådighed, at være den 1. oktober 2009, mens driftsstarten for

kontrakten, hvor leverandøren stiller lønsystem til rådighed, forventes at være den 1. november 2009.«

I udbudsbetingelsernes pkt. 7 er der om tildelingskriteriet og underkriterier hertil anført følgende:

»Tildeling af ordren vil ske på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Vesthimmerlands Kommune vil i den forbindelse lægge følgende kriterier til grund, der er angivet med følgende vægtning:

- Pris (30 %)
- Kvalitet og kvalitetssikring (25 %)
- Leverings- og forsyningssikkerhed (25 %)
- Organisering af samarbejdet (10 %)
- Tidsplan (10 %)

Ved vurdering af pris lægges vægt på:

- Den laveste samlede pris i forhold til den tilbudte kvalitet for varetagelse af lønadministration i kontraktperioden på 4 år samt i en eventuel forlængelsesperiode på op til 2 år (option), dvs. baseret på følgende priser, jf. bilag 7:

I forhold til kontrakten, hvor leverandøren stiller lønsystem til rådighed:

- ❖ Engangsvederlag i tilfælde af kundens opsigelse
- ❖ Det samlede faste årlige vederlag
- ❖ Pris pr lønanvisning
- ❖ Meromkostning/prisreduktion ved flere/færre lønanvisninger
- ❖ Priser for tilknyttede ydelser
- ❖ Pris for option på portalløsning

I forhold til kontrakten, hvor kommunen stiller lønsystem til rådighed:

- ❖ Det samlede årlige faste vederlag
- ❖ Pris pr. lønanvisning
- ❖ Meromkostning/prisreduktion ved flere/færre lønanvisninger
- ❖ Engangsvederlag i tilfælde af kundens opsigelse
- ❖ Pris for option på afstemning

Ved kvalitet og kvalitetssikring forstås for begge kontraktens vedkommende en vurdering af:

- Den tilbudte kvalitet af de af kontrakten omfattede ydelser i relation til de i bilag 1 angivne krav hertil.
- Tilbudsgivers opfyldelse af de angivne kvalitetsmål, jf. bilag 1.
- Graden af administrative lettelser.
- Tilbudsgivers konkrete kvalitetssikringsforanstaltninger, herunder en vurdering af tilbudsgivers kvalitetssikringssystem og egenkontrolprocedurer.

I forhold til kontrakten, hvor leverandøren stiller lønsystem til rådighed, indgår desuden følgende i vurderingen:

- Tilbudsgivers opfyldelse af de angivne servicemål.
- Tilbudsgivers udkast til driftshåndbog, jf. bilag 9.
- Det tilbudte lønsystems opfyldelse af de funktionelle krav, jf. bilag 1.
- Graden af administrative lettelser som følge af øget IT-understøttelse af arbejdsgange.
- En vurdering af kvaliteten af optionen på portalløsning.

I forhold til kontrakten, hvor kommunen stiller lønsystem til rådighed, indgår desuden i vurderingen:

- En vurdering af kvaliteten af optionen på afstemning.

I vurderingen af leverings- og forsyningssikkerhed indgår:

- En vurdering af tilbudsgivers sandsynliggørelse af sin evne til at opfylde sine forpligtelser, herunder tilstedeværelsen af de nødvendige ressourcer til at levere de af kontrakten omfattede ydelser med henblik på sikring af korrekt løn til tiden.
- Hvorvidt og i hvilket omfang tilbudsgiver opfylder de i kontrakten udtrykte forventninger til nedenstående:

I forhold til kontrakten, hvor leverandøren stiller lønsystem til rådighed:

- Pkt. 5.2 (Driftsplaner)
- Pkt. 6.1 (Kvalitetsmål)
- Pkt. 6.2 (Servicemål)
- Pkt. 12 (Samarbejdsorganisation)
- Pkt. 23 (Anfordringsgaranti)
- Pkt. 29.2 (Misligholdelsesbeføjelser – forsinkelse)

- Pkt. 30.2 (Misligholdelsesbeføjelser – mangler)
- Pkt. 32 (Leverandørens forhold i øvrigt)
- Pkt. 33 (Kundens forhold)
- Pkt. 34 (Ophævelse)
- Pkt. 35 (Erstatningspligt og ansvarsfraskrivelser)
- Pkt. 45 (Forhold ved ophør)

I forhold til kontrakten, hvor kommunen stiller lønsystem til rådighed:

- Pkt. 5 (Driftsplaner)
- Pkt. 6.1 (Kvalitetsmål)
- Pkt. 12 (Samarbejdsorganisation)
- Pkt. 23 (Anfordringsgaranti)
- Pkt. 29.2 (Misligholdelsesbeføjelser – forsinkelse)
- Pkt. 30.2 (Misligholdelsesbeføjelser – mangler)
- Pkt. 32 (Leverandørens forhold i øvrigt)
- Pkt. 33 (Kundens forhold)
- Pkt. 34 (Ophævelse)
- Pkt. 35 (Erstatningspligt og ansvarsfraskrivelser)
- Pkt. 45 (Forhold ved ophør)

Ved organisering af samarbejdet forstås en vurdering af tilbudsgivers forslag til samarbejde, herunder de foreslåede procedurer for koordinering og skabelse af et tæt samarbejde mellem Vesthimmerlands Kommune og tilbudsgiver, forslag til vidensdeling samt tilbudsgivers forslag til den løbende kommunikation med og inddragelse af brugerne.

Ved tidsplan forstås en vurdering af, hvorvidt den tilbudte tidsplan i forhold til den tilbudte kontraktform er robust, detaljeret og på realistisk vis tager hensyn til de angivne tidsmæssige rammer, herunder indeholder en sammenhængende, realistisk, robust og detaljeret plan for overdragelsesfasen både for så vidt angår opgaver som medarbejdere.«

Indledende om indklagedes evaluering af de modtagne tilbud (påstandene 3-5 og 8)

Der er i sagen fremlagt 2 notater, der vedrører indklagedes evaluering af de indkomne tilbud. Det drejer sig dels om et notat, med titlen: »*Udbud af lønadministration – indstillingsnotat*«, og som i det følgende betegnes »*indstillingsnotatet*«. Det fremgår indledningsvis af dette notat, at det er udarbejdet på baggrund af blandt andet et »*Notat om valg af leverandør*«, som kommunens forvaltning har udarbejdet i samarbejde med Rambøll Mana-

gement. Sidstnævnte notat omtales i det følgende som »*det interne evalueringsnotat*«.

I indstillingsnotatet har kommunen blandt andet anført, at der ved tilbudsvurderingen som støtteværktøj har været anvendt en pointmodel, som indebærer, at det enkelte tilbuds opfyldelse af kravene i udbudsmaterialet udmøntes i talværdi afhængigt af i hvor høj grad tilbuddet opfylder udbudsmaterialets krav. Modellen indeholdt følgende kategorier:

- I ringe grad 1 point.
- I begrænset grad 2 point
- I middel grad 3 point
- I høj grad 4 point
- Til fulde 5 point

Den samlede pointvurdering så efter indstillingsnotatet således ud:

»

		KMD		VISMA	
Kriterier	Vægtning	Point	Res.	Point	Res.
Pris	30	5	1,50	3,5	1,05
Kvalitet og kvalitets-sikring	25	5	1,25	3	0,75
Leverings- og forsyningssikkerhed	25	5	1,25	5	1,25
Organisering af samarbejdet	10	4	0,40	5	0,50
Tidsplan	10	5	0,50	5	0,50
I alt	100		4,90		4,05

«

Om anvendelsen af pointmodellen er det i notatet videre anført, at den alene har »*tjent som et støtteværktøj for den endelige samlede vurdering, idet der herudover er foretaget en samlet overordnet vurdering af de 2 tilbud på baggrund af tildelingskriterierne.*«

Særligt vedrørende påstand 3-5 om evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »pris«

Indklagede har i det interne evalueringsnotat pkt. 7.1 synoptisk opstillet KMD og klagerens priser. Det fremgår heraf blandt andet:

» ... Fast årligt vederlag

Det faste årlige vederlag samt det samlede faste vederlag kontraktperioden udgør:

	KMD	Visma
2009 – 3 måneder	925.000	1.108.000
2010	3.733.000	3.960.000
2011	3.830.000	3.960.000
2012	3.830.000	3.960.000
2013 – 9 måneder	2.872.000	2.851.200
I alt	15.190.000	15.840.000
OPTION PÅ FORLÆNGELSE		
2013 – 3 måneder	958.000	990.000
2014	3.830.000	3.960.000
2015 – 9 måneder	2.872.000	2.960.000
	7.660.000	7.920.000
Årligt vederlag i alt	22.850.000	23.760.000

...

Prisen pr. lønanvisning udgør:

	KMD	Visma
Pris pr. Lønanvisning	71,68	75

...

Meromkostning/prisreduktion ved flere/færre lønanvisninger

KMD's faste vederlag er fast og ændres således ikke ved flere/færre lønanvisninger.

Visma regulerer derimod det faste vederlag i forbindelse med flere/færre lønanvisninger.

...

Engangsvederlaget ved opsigelse udgør:

	KMD	Visma
Engangsvederlag	100.000	500.000

...

Pris – option på afstemning

Tillæg til det faste årlige vederlag udgør:

	KMD	Visma
Option på afstemning	400.000	234.000

Samlet årlig kontraktsum inklusiv option på forlængelse af kontrakt samt option på afstemning udgør således:

	KMD	Visma
Samlet vederlag	15.190.000	15.840.000
+ option på forlængelse	7.660.000	7.920.000
+ option på afstemning	1.600.000	936.000
I alt	24.450.000	24.696.000

«

Om vurderingen af tilbuddene i relation til underkriteriet »pris« er der i indstillingsnotatet blandt andet anført følgende:

» ...

1.1.6 Vurdering

KMD har isoleret set afgivet det billigste tilbud i forhold til det faste vederlag for varetagelsen af lønadministrationen. Dette gælder også inklusiv optionen på forlængelse af kontrakten med 2* 1 år.

KMD's engangsvederlag ved opsigelse er desuden lavere end Vismas.

Også selvom optionen på afstemning tages i betragtning, er KMDs tilbud lavest. Det skyldes, at optionen tidligst vil kunne komme på tale om 2 år. Det er derfor alene regnet med en eventuel udnyttelse af optionen i 4 år.

Det bør bemærkes, at KMD's pris er fast uanset udviklingen i antal ansatte hos Vesthimmerlands Kommune. Visma's pris ændres i op eller nedadgående retning - afhængig af ændring i antal ansatte.

Såfremt der sker en stigning i antal ansatte, vil Visma's pris blive reguleret i opadgående retning...Men skulle det ske, at antal ansatte bliver reduceret, vil prisen falde.

Endvidere bemærkes, at Visma's pris vil stige, såfremt Vesthimmerlands Kommune vælger at implementere den portal, som Visma p.t. har under udvikling. Prisen herfor kendes ikke p.t., men i forbindelse med besvarelse af spørgsmål under præsentationsrunden blev der nævnt en etableringspris på 40 – 50.000 kr. årligt. (dog gratis, såfremt Vesthimmerlands Kommune vil være testkommune) samt en løbende afgift formentlig på 4 kr. pr. medarbejder pr. måned. P.t. forventer Visma, at portalløsningen – eller dele heraf – kan igangsættes primo 2010. Det er p.t.

usikkert, hvad portalen reelt indeholder – skal den tilbydes en stor kreds af decentrale ledere eller er der alene tale om et begrænset antal decentrale ledere, der skal have adgang til portalen.

I den forbindelse bemærkes, at portalløsningen hos KMD igangsættes pr. 1. oktober 2009 uden yderligere beregning.

Den samlede kontraktsum inklusiv optioner udgør således:

- KMD: 24.450.000 kr.
- Visma: 24.696.000 kr.

KMD's tilbud vurderes prismæssigt som mest attraktivt. Dels er det billigst i kontraktperioden incl. optioner og dels skal der ikke betale ekstra for portalløsningen. Endelig er prisen fast uanset udviklingen i antal ansatte. «

Særligt om påstand 6 om indklagedes evaluering i relation til underkriteriet »kvalitet og kvalitetssikring«

Pkt. 1.2.1 indstillingsnotatet indeholdt følgende vurdering vedrørende kvalitet og kvalitetssikring:

»KMD

Det vurderes, at KMD's tilbudte kvalitet og kvalitetssikring til fulde opfylder kommunens krav.

Der er bl.a. her lagt afgørende vægt på, at LPA-portalen er implementeret fuldt ud pr. 1. oktober 2009. LPA-portalens kvalitet vurderes at give administrative lettelser hos institutionsledere mv., ligesom en indberetning direkte ved kilden – alt andet lige – vil medføre en mindre fejlprocent.

Det bemærkes, at LPA-portalens i øjeblikket er version 2.7. Selve portalen er idriftssat i 2005, hvorfor diverse "børnesygdomme mv." for længst er overstået. Der er således tale om et produkt, som for tiden er "i sikker drift".

Visma

Det vurderes, at der **ikke** vil sker et væsentligt kvalitetsløft ved at Visma overtager opgaven. Opgaven vil stor set blive løst som kommunen gør i dag. Der er stor usikkerhed om, hvordan en evt. portalløsning vil se ud og virke i praksis, da den endnu ikke er udviklet.

Det vurderes derfor, at den af Visma tilbudte kvalitet og kvalitetssikring i middel grad opfylder kommunens krav.«

Særligt om påstand 7 og 8 om evaluering af underkriteriet »leverings- og forsyningssikkerhed« i relation til KMDs forbehold for kontrakt-sudkastet

Af udbudsbetingelsernes pkt. 8 om mindstekrav og forbehold fremgik blandt andet:

»Tilbudsgiver skal respektere følgende mindstekrav:

- ...
- At der **ikke** kan tages forbehold over for kontrakt og bilag, **bortset fra følgende bestemmelser:**
- ...

I forhold til kontrakten, hvor kommunen stiller lønsystem til rådighed:

- o Pkt. 5 (Driftplaner)
- o Pkt. 6.1 (Kvalitetsmål)
- o Pkt. 12 (Samarbejdsorganisation)
- o Pkt. 23 (Anfordringsgaranti)
- o Pkt. 29.2 (Misligholdelsesbeføjelser – forsinkelse)
- o Pkt. 30.2 (Misligholdelsesbeføjelser – mangler)
- o Pkt. 32 (Leverandørens forhold i øvrigt)
- o Pkt. 33 (Kundens forhold)
- o Pkt. 34 (Ophævelse)
- o Pkt. 35 (Erstatningspligt og ansvarsfraskrivelser)
- o Pkt. 45 (Forhold ved ophør)
- o Bilag 1 (Kravspecifikation) – **bortset fra de heri angivne mindstekrav**
- o Bilag 3 (Samarbejdsorganisation)
- o Bilag 4 (Tidsplan)

Såfremt mindstekravene ikke er opfyldt, anses tilbuddet for ukonditionsmæssigt og vil blive afvist.

... «

I udbudsbetingelsernes bilag 1 (Kravspecifikationen vedrørende den kontrakt, hvor kommunen stiller lønsystem til rådighed) var det ikke i pkt. 6 om erstatning ved fejl anført mindstekrav til de deri anførte bestemmelser derne erstatning.

Tilbuddet fra KMD indeholdt en række forbehold for en række bestemmelser i indklagedes kontraktudkast, der var vedlagt udbudsbetingelserne. De

nævnte forbehold er gengivet i tilbuddets pkt. 3 om samlet gengivelse af forbehold:

bilag 14

»...

Kontraktens bestemmelse	Oprindelig ordlyd	Ny ordlyd
Punkt 5, 8. afsnit Driftsplaner	Såfremt processen i forbindelse med leverandørens udarbejdelse af driftsplanerne eller indholdet af driftsplanerne efter kundens opfattelse ikke på tilstrækkelig vis opfylder kundens krav og forventninger, er kunden tillige – og i tillæg til udøvelse af sine misligholdelsesbeføjelser i øvrigt – berettiget til at opsige kontakten med omgående virkning. Ved kundens opsigelse modtager leverandøren til fuld og endelig afgørelse et engangsvederlag som angivet i bilag 7 (dog maksimalt 100.000 kr.) med fradrag for de betalinger, der allerede måtte være foretaget til leverandøren.	Såfremt processen i forbindelse med leverandørens udarbejdelse af driftsplanerne eller indholdet af driftsplanerne efter kundens opfattelse ikke på tilstrækkelig vis opfylder kundens saglige krav og forventninger, er kunden tillige – og i tillæg til udøvelse af sine misligholdelsesbeføjelser i øvrigt – berettiget til at opsige kontakten med omgående virkning. Ved kundens opsigelse modtager leverandøren til fuld og endelig afgørelse et engangsvederlag som angivet i bilag 7 (dog maksimalt 100.000 kr.) med fradrag for de betalinger, der allerede måtte være foretaget til leverandøren.
Punkt 12, 5. afsnit Samarbejdsorganisation	Kunden kan kræve, at leverandørens kontaktperson ikke udskiftes i denne kontrakts løbetid, medmindre dette skyldes kontaktpersonens personlige forhold eller andre udefrakommende omstændigheder, der ikke er under leverandørens kontrol.	Parterne skal af hensyn til kontinuiteten og kvaliteten i arbejdet i videst muligt omfang undgå udskiftning af medarbejdere tilknyttet Kontakten. Leverandørens udskiftning af en medarbejder må ikke påføre Kunden yderligere omkostninger, og den nye medarbejder skal have mindst tilsvarende kvalifikationer. En Part skal orienteres skriftligt om udskiftningen af en projektleder eller en nøglearbejder. Kunden kan kræve, at leverandørens kontaktperson ikke udskiftes i denne kontrakts løbetid, medmindre dette skyldes kontaktpersonens personlige

		forhold eller andre udefrakommende omstændigheder, der ikke er under leverandørens kontrol.
Pkt. 30. 2. 2. afsnit Mangler	Afhjælpning, efterlevering eller omlevering skal ske straks efter, at kravet herom er fremsat eller leverandøren på anden måde er blevet bekendt med en mangel.	Afhjælpning, efterlevering eller omlevering skal ske straks inden for rimelig tid set i forhold til manglens karakter efter, at kravet herom er fremsat eller leverandøren på anden måde er blevet bekendt med en mangel.
Pkt. 32, 4. afsnit Leverandørens forhold i øvrigt	I alle tilfælde sker ophævelse dog ikke med virkning for ydelser, som leverandøren allerede har præsteret, og som opfylder samtlige kontraktens krav og bestemmelser.	I alle tilfælde sker ophævelse dog ikke med virkning for ydelser, som leverandøren allerede har præsteret, og som i rimeligt opfylder samlige kontraktens krav og bestemmelser.
Punkt 33, 3. afsnit Kundens forhold	Kunden betaler, så længe hindringen i kundens forhold består, de af leverandørens dokumenterede omkostninger som følge af kundens forhold, men erlægger ikke andet vederlag, og leverandøren er ikke berettiget til at gøre andre misligholdelsesbeføjelser gældende.	Kunden betaler, så længe hindringen i kundens forhold består i tiden frem til overtagelsesdagen, de af leverandørens dokumenterede omkostninger som følge af kundens forhold, men erlægger ikke andet vederlag, og leverandøren er ikke berettiget til at gøre andre misligholdelsesbeføjelser gældende.
Punkt 33 Kundens forhold		Såfremt kunden i øvrigt væsentlig misligholder sine forpligtelser i medfør af kontraktens bestemmelser, herunder kontraktens bilag, er leverandøren berettiget til at hæve kontrakten og kræve erstatning, såfremt leverandøren overfor kunden har givet skriftligt påkrav om, at kunden på nærmere specificeret måde har misligholdt sine forpligtelser, samt at manglende opfyldelse heraf inden 20 arbejdsdage, vil medføre kontrak-

		tens ophævelse, såfremt kunden ikke har opfyldt sine forpligtelser inden fristens udløb
Punkt 35, 1. afsnit Erstatningspligt og ansvarsfraskrivelser	Parterne er erstatningsansvarlige efter dansk rets almindelige erstatningsregler, idet parterne dog ikke er ansvarlige for driftstab, tabt avance eller andet indirekte tab. Tab af data anses for direkte tab.	Parterne er erstatningsansvarlige efter dansk rets almindelige erstatningsregler, idet parterne dog ikke er ansvarlige for følgeskader, driftstab, tabt avance eller andet indirekte tab. Tab af data samt omkostninger til re-etablering eller rekonstruktion heraf anses for indirekte tab.
Punkt 35, 3. afsnit Erstatningspligt og ansvarsfraskrivelser	En parts samlede erstatningspligt for alle forhold i hele kontraktperioden kan maksimalt udgøre 3 mio. kr.	En parts samlede erstatningspligt og betaling for bod for alle forhold i hele kontraktperioden kan maksimalt udgøre et beløb svarende til 12 måneders vederlag for løbende ydelser, beregnet fra tidspunktet, hvor forholdet, der begrundet erstatning, konstateres. Såfremt der er forløbet mindre end 12 måneder på tidspunktet for forholdets konstatering, udregnes ovennævnte som gennemsnittet af de forgangne kalendermåneder, ganget med 12
Bilag 1, punkt 6 Erstatning ved fejl	Leverandøren er forpligtet til at betale erstatning for kundens direkte tab: • Såfremt leverandøren ikke hjemtager refusioner rettidigt, og dette skyldes leverandørens forhold. • Såfremt leverandøren foretager en forkert indplacering af en lønmodtager eller en forkert indberetning til lønsystemet, og dette medfører, at den pågældende lønmodtager modtager for høj løn, der ikke	Leverandøren er forpligtet til at betale erstatning for kundens direkte tab: • Såfremt leverandøren ikke hjemtager refusioner rettidigt, og dette skyldes leverandørens forhold. • Såfremt leverandøren foretager en forkert indplacering af en lønmodtager eller en forkert indberetning til lønsystemet, og dette medfører, at den pågældende lønmodtager modtager for høj løn,

	kan kræves tilbagebetalt fra lønmodtageren. Det er en forudsætning, at årsagen til fejlen alene kan tilskrives fejl hos leverandøren. Kunden er dog forpligtet til – i forhold til gældende retspraksis – at forsøge at inddrive/tilbagekalde for meget udbetalt løn hos de berørte lønmodtagere, og skal overfor leverandøren kunne dokumentere dette. Denne erstatning er undtaget fra kontaktens erstatningsmaksimering, jf. kontraktens bestemmelser herom.	der ikke kan kræves tilbagebetalt fra lønmodtageren. Det er en forudsætning, at årsagen til fejlen alene kan tilskrives fejl hos leverandøren. Kunden er dog forpligtet til – i forhold til gældende retspraksis – at forsøge at inddrive/tilbagekalde for meget udbetalt løn hos de berørte lønmodtagere, og skal overfor leverandøren kunne dokumentere dette. Denne erstatning er omfattet af kontaktens erstatningsmaksimering, jf. kontraktens bestemmelser herom.
--	---	--

...«

Der var ikke taget forbehold over for kontraktens pkt. 36.3 om materiale.

Af indklagedes interne evalueringsnotat fremgår, at kommunen vurderede, at KMD kun havde taget forbehold inden for de angivne rammer, og at tilbuddet således var konditionsmæssigt.

I bilag 2 om vurdering af underkriteriet »leveringssikkerhed« til det interne evalueringsnotat er der foretaget en opdeling af de enkelte forbehold i 3 kategorier:

- Kategori A: Væsentlige forbehold, der bør være bestemmende ved valg af leverandør.
- Kategori B: Andre forbehold, der ændrer retsstillingen i leverandørens favør.
- Kategori C: Redaktionelle og mindre betydende forbehold.

Det fremgår endvidere, at 5 nærmere angivne forbehold i KMDs tilbud er anset for at tilhøre kategori B, mens 4 af forbeholdene er anset for at tilhøre kategori C. Ingen af forbeholdene er anset for omfattet af kategori A.

Om vurderingen af KMDs forbehold overfor indklagedes kontraktudkast er der i indstillingsnotatet pkt. 1.3. om Leverings- og forsyningssikkerhed, under punkt 1.3.1 anført følgende:

»...

Vurdering

KMD

...KMD har taget nogle forbehold. Ingen af forbeholdene vurderes at have en sådan karakter, at det bør være bestemmende ved valg af leverandør. Enkelte forbehold ændrer retsstillingen i leverandørens favør. Det er dog vurderingen, at kommunens retsstilling alene er blevet minimal forringet – hvilket i praksis ikke vurderes at have den helt store betydning. Herudover er der et par forbehold, som udelukkende er af redaktionel karakter...«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det er i strid med det udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip, at indklagede har udformet udbudsbetingelserne således, at tilbudssammenligning potentielt skal ske på baggrund af to helt forskellige kontrakter, som reelt ikke er objektivt sammenlignelige, idet pris og kvalitet på en kontrakt, der omfatter både system og administration, ikke kan sammenlignes med prisen på en kontrakt, der alene omfatter administration. Klageren har herved blandt andet henvist til, at fremgangsmåden ved sammeligning af tilbud på alle stadier skal overholde princippet om ligebehandling af tilbudsgivere samt princippet om gennemsigtighed, således at alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres tilbud.

Indklagede kunne have udbudt en delaftale om administration og en delaftale på system, men denne fremgangsmåde har indklagede ikke fulgt.

Der er en række leverandører på markedet, der kan levere lønsystemer, og der er en række, der kan levere lønadministration, men kun få (måske reelt kun KMD A/S på det danske marked), der kan levere både lønadministration og lønsystem. Den valgte fremgangsmåde er derved diskriminerende for tilbudsgivere, der kun kan tilbyde en af ydelserne, hvilket skaber ulige

vilkår for tilbudsgiverne i strid med princippet i Udbudsdirektivets artikel 23, stk. 2.

Indklagede har gjort gældende, at kommunen har været berettiget til at udbyde kommunens lønadministration som sket. Den valgte udbudsform har alene været begrundet i kommunens ønske om at sikre størst mulig konkurrence omkring den udbudte opgave. Kommunen ønskede kun at indgå én kontrakt om sin lønadministration, hvorfor udbud af to delkontrakter ikke ville have været hensigtsmæssigt. Udbud af delkontrakter anvendes i øvrigt, når ordregiver ønsker at indkøbe forskellige ydelser, og ikke i tilfælde, hvor ordregiver kun ønsker at købe én ydelse, således som det var tilfældet i det udbud, klagen vedrører.

Kommunen har ikke været underlagt en pligt til at anvende kontrakter, der er reelt objektivt sammenlignelige, således som klageren har anført, idet kommunen ikke har været forpligtet til at vedlægge et kontraktudkast. Kommunen har efter tildelingskriterierne for udbuddet kunnet udføre en saglig vurdering af pris og kvalitet på tilbud, der har dækket lønadministration med kommunens levering af lønsystem og tilbud, der har dækket lønadministration med leverandørens levering af lønsystem på baggrund af de opstillede kriterier. Såfremt klagenævnet accepterer synspunktet om, at den ordregivende myndighed skal kunne »*sammenligne*« modtagne tilbud som beskrevet, vil det udelukke anvendelsen af alternative bud, som netop er tilladt efter Udbudsdirektivets artikel 24.

Der er ikke ved den anvendte fremgangsmåde sket forskelsbehandling mellem tilbudsgiverne, idet disse har haft lige mulighed for at byde på de to kontrakter hver for sig og på begge kontrakter. Tilbudsgivere, der ikke både kunne levere lønadministration og lønsystem, kunne have indgået i et konsortium eller et samarbejde med andre virksomheder med henblik på at få denne mulighed. Endvidere ønskede kommunen under alle omstændigheder ikke at indkøbe et lønsystem, men kun lønadministration.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at en del af underkriteriet »kvalitet og kvalitetssikring« indeholder elementer, der vedrører tilbudsgiverens kvalifikation og dermed ikke den udbudte kontraktsgenstand, jf. artikel 48, stk. 2, litra c, i Udbudsdirektivet. Klageren har herved henvist til, at det

følger af udbudsbetingelserne, at indklagede ved evalueringen af dette underkriterium ville inddrage tilbudsgivers beskrivelse af konkrete kvalitetssikringsforanstaltninger, herunder en vurdering af tilbudsgivers kvalitetssikringssystem og egenkontrolprocedurer, og til, at en ordregiver ikke må inddrage udvælgelseskriterier i tilbudsevalueringen).

Indklagede har navnlig gjort gældende, at kommunen i udbudsbetingelsernes pkt. 7 nærmere har beskrevet indholdet af underkriteriet »kvalitet og kvalitetssikring«. Det fremgår heraf, at underkriteriet alene vedrører elementer, der er egnede til en vurdering af de konkrete løsninger, som tilbudsgiverne har tilbudt, og at underkriteriet således ikke omfatter en vurdering af tilbudsgivernes kvalifikationer generelt.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at det i udbudsbetingelserne er opregnet, hvilke elementer indklagede ville lægge vægt på ved evalueringen af underkriteriet »Pris«. I udbudsbetingelserne i relation til den kontrakt, hvor kommunen skulle stille lønsystem til rådighed, var prisen på en portalløsning ikke nævnt i opregningen, mens det modsatte var tilfældet i den anden kontrakt. Det fremgår af indklagedes indstillingsnotat pkt. 1.1.6, at indklagede ved den nævnte evaluering blandt andet har lagt vægt på, at klageren tilbød en portalløsning, som der ikke skulle betales yderligere for, ligesom indklagede lagde vægt på, at klagerens pris ville stige, såfremt indklagede valgte at implementere den portal, som klageren havde under udvikling.

Indklagede har gjort gældende, at indstillingsnotatet rettelig skal forstås således, at kommunen har konstateret, at klagerens årlige pris ville stige ved implementeringen af en portalløsning, hvilket var lovligt i relation til underkriteriet »*det samlede årlige faste vederlag*«, som også er et af de kriterier for vurderingen af den tilbudte pris, der indgår i udbudsbetingelserne. KMDs tilbud indeholdt ikke en option på en portalløsning.

Ad påstand 4

Klageren har navnlig gjort gældende, at prisen på optionen på afstemning kun blev beregnet med en udnyttelse af optionen på 4 år, idet det i indstillingsnotatet er anført, at »*optionen tidligst vil kunne komme på tale om 2 år*«. Den burde imidlertid have været medregnet ud fra den forudsætning, at

den blev udnyttet i 6 år, da der ikke var belæg for andet i udbudsbetingelserne. Hvis denne option var blevet indregnet i 6 år, ville den samlede kontraktssum for KMDs tilbud med den nævnte option have været 25.250.000 kr., mens klagerens tilsvarende tilbudspris ville være blevet det laveste med i alt 25.164.000 kr.

Som følge heraf burde klagerens tilbud have været tildelt et højere antal point end KMDs tilbud i relation til underkriteriet »Pris«.

Indklagede har erkendt, at den nævnte option burde have været regnet med ud fra den af klageren anførte forudsætning. Indklagede er endvidere enig i, at den samlede kontraktssum for klagerens og KMDs tilbud med optionen for afstemning ville have været som anført af klageren. Denne pris tager dog ikke højde for, at tilbuddet fra klager potentielt ville kunne blive dyrere med implementeringen af klagerens portalløsning, ligesom klagerens tilbud i øvrigt også var dyrere i forhold til f.eks. vederlag ved opsigelse og pris pr. lønanvisning. Klager har således ikke afgivet tilbuddet med den laveste pris.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at KMD tilbød et fast vederlag, som ikke blev ændret ved flere eller færre lønanvisninger i strid med det, som indklagede havde anført i udbudsbetingelserne. Det fremgik således af udbudsbetingelserne, at indklagede ved vurderingen af underkriteriet »Pris« ville lægge vægt på *»meromkostninger/prisreduktioner ved flere/færre lønanvisninger«*. KMD tilbød en fast pris i hele perioden, mens klageren tilbød en fast pris pr. lønanvisning baseret på 4.400 lønanvisninger pr. måned og derudover en prisreduktion ved yderligere anvisninger ud over 5 %. Det er endvidere i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, at indklagede ikke har ladet det indgå i vurderingen, at klageren tilbød prisreduktioner, hvis antallet af ansatte måtte blive reduceret.

Indklagede har anført, at kommunen ikke selvstændigt har lagt vægt på, at KMD tilbød en fast pris. Indklagede har derimod udtrykkeligt taget højde for, at den variable pris, som klageren tilbød, både ville kunne stige og falde afhængigt af udviklingen i antallet af ansatte, hvilket også fremgår af indstillingsnotatet.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at det fremgår af indstillingsnotatet pkt. 1.2.1, at indklagede ved evalueringen af KMDs tilbud i relation til underkriteriet ”»kvalitet og kvalitetssikring” har lagt »*afgørende vægt*« på »*at LPA-portalen er implementeret fuldt ud pr. 1. oktober 2009*«. Hvis indklagede ved kvalitetsvurderingen skulle kunne lægge afgørende vægt på bestemte egenskaber, må tilbudsgiverne med rimelighed kunne forvente, at udbyderen har oplyst herom på forhånd, jf. Klagenævnets kendelse af 12. februar 2007, Dansk Høreteknik mod Københavns Kommune (ad påstand 4). Indklagede har herved groft overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Det fremgik ikke af udbudsbetingelserne i forhold til den kontrakt, som sagen vedrører, at »*graden af administrative lettelser som følge af øget it-understøttelse af arbejdsgange*« ville indgå i tilbudsevalueringen under delkriteriet »Kvalitet og kvalitetssikring«, idet sætningsleddet »*som følge af øget it-understøttelse af arbejdsgange*« netop ikke indgik i udbudsbetingelserne var fremhævet som et element i forhold til kontrakten, hvor leverandøren stiller lønsystem til rådighed.

Indklagede har gjort gældende, at det anførte er udtryk for en naturlig og rimelig sprogbrug i et indstillingsnotat. Indklagede har lagt vægt på de administrative lettelser, den tilbudte løsning indebar, hvilket er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Kommunen vidste ikke, at den ville lægge vægt på portalløsningen, inden udbudsbetingelserne blev lavet, idet den ikke kunne vide, hvilke administrative lettelser leverandørerne, der efter udbudsbetingelserne havde en udstrakt metodefrihed, ville tilbyde den. Kommunen kunne således have lagt afgørende vægt på administrative lettelser, der ville være resultatet af en hvilken som helst anden og bedre løsning, hvis tilbudsgiverne var fremkommet med en sådan. Indklagede har ikke alene har lagt vægt på, at portalløsningen var implementeret den 1. oktober 2009. Kommunen har herved navnlig anført, at det fremgår af indstillingsnotatets pkt. 1.2.1, at kommunen »*bl.a.* « har lagt »*afgørende vægt*« på det nævnte forhold, og at det herudover også er lagt tilsvarende vægt på, at portalen »*vurderes at give administrative lettelser hos institutionsledere mv. ligesom en indberetning direkte ved kilden – alt andet lige – vil medføre en mindre fejlprocent*«.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at KMDs tilbud er ukonditionsmæssigt, såfremt der heri er taget forbehold over for pkt. 36, 3. pkt., i udbudsbetingelsernes kontraktsudkast, da det følger udbudsbetingelsernes punkt 8, »*Mindstekrav og forbehold*«, at tilbudsgiverne ikke kunne tage forbehold over for kontrakt og bilag, bortset fra de bestemmelser, der udtrykkeligt var opregnet..

Indklagede har gjort gældende, at KMDs tilbud ikke indeholdt et forbehold over for den nævnte bestemmelse.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at det fremgår af det interne evalueringsnotat, at det ikke indgik i vurderingen i relation til delkriteriet »Leverings- og forsyningssikkerhed«, at KMD tog 9 forbehold over for kontraktens bestemmelser, uagtet at det fremgik af udbudsbetingelserne, at dette ville indgå i tilbudsevalueringen. Klageren har herved henvist til, at det af udbudsbetingelsernes pkt. 7 fremgår, at det ville indgå i vurderingen, »*hvorvidt og i hvilket omfang, tilbudsgiver opfylder de i kontrakten udtrykte forventninger*«. Da klageren – modsat KMD – ikke tog nogen forbehold, og da klageren ifølge den foreløbige tilbudsevaluering opfyldte begge elementer under dette kriterium »til fulde«, er det udtryk for usaglig tilbudsevaluering, at KMD ikke har fået en lavere score end klageren ved evalueringen af dette delkriterium.

Indklagede har gjort gældende, at kommunen ikke har set bort fra, at KMD har taget de nævnte forbehold. Indklagede har herved henvist til, at disse forbehold omtales i såvel det endelige som det interne evalueringsnotat, og at det fremgår heraf blandt andet, at det var kommunens vurdering, at ingen af forbeholdene blev vurderet til at have en karakter, »*der bør være bestemmende ved valg af leverandør*«. Videre fremgik det, at kommunens retsstilling som følge af visse af forbeholdene »*blev ændret i leverandørens favør*«, men at kommunens retsstilling alene blev »*minimalt forringet - hvilket i praksis ikke vurderes at have den helt store betydning. Herudover er der et par forbehold af redaktionel karakter*«.

Ad påstand 9

Klageren har navnlig gjort gældende, at de overtrædelser, der er omfattet af påstand 1-7, udgør grove og væsentlige overtrædelser af det udbudsretlige ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip. Såfremt indklagede ikke havde begået overtrædelserne i påstand 2-7, ville klager have fået tildelt ordren, idet klager som følge af overtrædelserne i påstand 3 og 4 skulle have haft væsentligt flere point ved evaluering af underkriteriet »Pris«, hvorfor betingelserne for annullation af tildelingsbeslutningen er opfyldt.

Indklagede har gjort gældende, at kommunen ikke har handlet i strid med Udbudsdirektivet. For det tilfælde, at klageren skulle få medhold i de nævnte påstande, har indklagede subsidiært gjort gældende, at de eventuelle overtrædelser af Udbudsdirektivet ikke har en sådan karakter, at det kan medføre annullation af indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til KMD. Særligt i relation til den erkendte fejl i påstand 4 er der kun tale om en meget lille forskel på 86.000 kr. i relation til den samlede tilbudssum på mere end 25 mio. kr. Forskellen kan derfor ikke berettige til, at klageren ved evalueringen af underkriteriet »Pris« burde have fået flere point end KMD. Selv hvis det lægges til grund, at klagerens tilbud ved evalueringen af underkriteriet »Pris« burde have fået 1 point mere end KMDs tilbud, ville KMDs tilbud stadig have fået flest point i den samlede score. På den baggrund, og da den anvendte pointmodel alene har tjent som et støtteværktøj for den endelige samlede vurdering af de to tilbud, har den konstaterede fejl vedrørende prisberegningen ikke haft betydning for den konkrete tildelingsbeslutning.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Indklagede har med den fremgangsmåde, der er fastsat i udbudsbetingelserne, hvorefter der i samme udbudsforretning er mulighed for at afgive tilbud på såvel lønadministration med levering af et lønadministrationssystem som lønadministration uden levering af et lønadministrationssystem, givet mulighed for, at der kunne afgives tilbud, som ikke umiddelbart vil være økonomisk og kvalitetsmæssigt sammenlignelige.

Indklagede har derfor – af hensyn til at sikre gennemsigtigheden i udbuddet – pligt til i udbudsbetingelserne at fastsætte helt nøjagtigt, på hvilket objektivt grundlag tilbuddene vil blive sammenlignet, jf. i den retning Klagenævnets kendelse af 30. november 2004, Murermester Finn Hansen mod Boligselskabet Vendersbo (vedrørende påstand 2). Indklagede har imidlertid intet oplyst herom i udbudsbetingelserne. Tværtimod har indklagede i udbudsmaterialet angivet til dels forskellige underkriterier for vurderingen af de tilbud, hvor det eksisterende kommunale lønadministrationssystem fortsat skulle finde anvendelse, og de tilbud, hvor leverandøren skulle levere et lønadministrationssystem.

Klagenævnet tager derfor klagerens påstand til følge.

Ad påstand 2

Af de grunde, der er anført af indklagede, er der ikke grundlag for at fastslå, at indklagede har tilsidesat Udbudsdirektivet.

Klagenævnet tager derfor ikke denne påstand til følge.

Ad påstand 3

Af indklagedes indstillingsnotat fremgår blandt andet:

»KMD's tilbud vurderes som mest attraktivt. Dels er det billigst i kontraktperioden incl. optioner og dels skal der ikke betales ekstra for portalløsningen. Endelig er prisen fastsat uanset udviklingen i antal ansatte.
«

Det fremgår heraf, at indklagede ved vurderingen af tilbuddene blandt andet har lagt vægt på, at KMDs tilbud indebar, at der ikke skulle betales ekstra for en portalløsning.

En sådan portalløsning var imidlertid ikke omfattet af den udbudte kontrakt, hvor kommunen skulle stille lønsystem til rådighed, og prisen på løsningen indgik heller ikke blandt de opregnede underkriterier vedrørende underkriteriet »Pris« i udbudsbetingelserne vedrørende denne kontrakt.

Indklagede har derfor tilsidesat ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at lægge vægt på et priselement, der ikke indgik i udbudsbetingelserne.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Ad påstand 4

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at der ved evalueringen af underkriteriet »Pris« ville blive lagt vægt på den laveste pris af blandt andet optionen på afstemning: *»...i kontraktperioden på 4 år samt i en eventuel forlængelsesperiode på op til 2 år (option)... «*, dvs. i en periode på i alt 6 år.

Klagenævnet lægger til grund, at indklagede ved evalueringen af de indkomne tilbud i relation til underkriteriet »Pris« forudsatte, at optionen på afstemning alene blev udnyttet i en periode på 4 år.

På den baggrund tager Klagenævnet påstanden til følge.

Ad påstand 5

Af udbudsbetingelserne fremgår blandt andet, at indklagede i relation til underkriteriet »Pris« ville lægge vægt på *»Meromkostninger/prisreduktion ved flere/færre lønanvisninger«*. Indklagede har ikke herved eller i øvrigt i udbudsbetingelserne stillet det som et mindstekrav, at tilbudsgiverne skulle tilbyde en pris, der var afhængig af antallet af lønanvisninger, og indklagede var derfor ved evalueringen berettiget og forpligtet til at lægge vægt på, at KMD tilbød en fast pris, idet dette indebærer, at der ikke ville blive tale om meromkostninger/prisreduktion ved flere/færre lønanvisninger.

Efter det, der er anført i indstillingsnotatet, kan det ikke lægges til grund, at indklagede ikke har lagt vægt på, at klageren tilbød en prisreduktion, hvis antallet af ansatte måtte blive reduceret.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 6

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at indklagede for begge kontrakter ved evalueringen af de indkomne tilbud i relation til underkriteriet »Kvalitet og kvalitetssikring« blandt andet ville lægge vægt på »graden af administrative lettelser«. Uanset, at der i relation til den kontrakt, hvor indklagede skulle stille lønsystem til rådighed - i modsætning til, hvad der var tilfældet for den anden kontrakttype - ikke var udtrykkeligt anført, at man ville lægge vægt på »Graden af administrative lettelser som følge af øget IT-understøttelse af arbejdsgange«, har tilbudsgiverne på den baggrund ikke kunnet være i tvivl om, at der også ville blive lagt vægt på administrative lettelser som følge af øget IT-understøttelse i et tilbud, der vedrørte den kontrakttype, hvor indklagede skulle stille lønsystem til rådighed.

Udbudsreglerne stiller ikke krav om, at en ordregiver i udbudsbetingelserne i alle enkeltheder skal angive, hvad der sigtes til med et underkriterium som kvalitet. Hvis en ordregiver ved tildelingsbeslutningen lægger afgørende vægt på, at den tilbudte ydelse har en bestemt egenskab, må tilbudsgiverne dog med rimelighed kunne forvente, at udbyderen har oplyst herom på forhånd, hvis dette er muligt.

Uanset at det af indklagedes indstillingsnotat fremgår, at indklagede ved vurderingen af, at KMDs tilbud »til fulde« opfyldte kommunens krav, blandt andet har lagt »afgørende vægt« på, at LPA-portalen er implementeret fuldt ud pr. 1. oktober 2009, er der ikke grundlag for at antage, at indklagede på forhånd havde mulighed for at oplyse om de egenskaber ved den af KMD tilbudte LPA-portal, som indklagede ifølge indstillingsnotatet lagde afgørende vægt på ved evalueringen af KMDs tilbud.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 7

Da KMDs tilbud ikke indeholdt et forbehold over for den nævnte kontraktsbestemmelse, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 8

Det fremgår udtrykkeligt af indklagedes indstillingsnotat, at indklagede ved evalueringen har foretaget en nærmere vurdering af de forbehold, som KMD tog over for en række bestemmelser i indklagedes kontraktudkast.

På den baggrund, og idet det bemærkes, at Klagenævnet efter helt fast praksis i sine afgørelser om, hvorvidt et konkret udbud med tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« er blevet korrekt evalueret, ikke tager stilling til, hvilken relativ vurdering af tilbuddene indklagede skulle have foretaget, tages påstanden ikke til følge. Der er ikke herved taget stilling til, om forbeholdene burde have været kapitaliseret og inddraget ved evalueringen af underkriteriet »Pris«.

Ad påstand 9

Efter karakteren af de konstaterede overtrædelser, og da det ikke er godtgjort af overtrædelserne ikke har haft væsentlig betydning for resultatet af udbuddet, tages klagerens påstand til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincip i Udbudsdirektivets artikel 2 ved at udbyde to forskellige sideordnede kontrakter med forskellige vilkår i samme udbud uden i udbudsbetingelserne at fastsætte, hvorledes tilbud på disse to forskellige kontrakter ville blive sammenlignet med henblik på tildeling af kun én kontrakt til én leverandør.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ved vurderingen af tilbuddene i relation til underkriteriet »Pris« at have lagt vægt på prisen for portalløsningen, uagtet at option på portalløsning ikke var omfattet af den tildelte kontrakt.

Ad påstand 4

Indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i Udbudsdirektivets artikel 2 ved ved evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »pris« at have forudsat, at optionen på afstemning alene blev udnyttet i en periode på 4 år, uagtet at det i udbudsbetingelserne var anført, at der ved evalueringen heraf ville blive lagt vægt på prisen for en periode på i alt 6 år.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstandene 2 og 5-8.

Indklagedes beslutning af 29. maj 2009 om at indgå kontrakt med KMD A/S annulleres.

Indklagede, Vesthimmerlands Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Visma Services Odense A/S, betale 50.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig