

14. juli 2009. Updata Danmark A/S mod Lyngby-Taarbæk Kommune

Overtrædelse af EU-udbudsreglerne ved efter tilbudsfristens udløb at anmode tilbudsgiverne om nye tilbud med forlænget kontraktperiode og ændret ydelse, at indhente årsrapporter for tilbudsgiverne og at indlede forhandlinger med tilbudsgiverne om finansiering. Overtrædelse ved, at nogle underkriterier angik tilbudsgivernes egnethed eller mindstekrav, og ved, at nogle andre underkriterier var uklare og til dels overlappende. Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 53 ved, at underkriteriernes vægtning var angivet for flere underkriterier under ét. Overtrædelse ved at lægge vægt på forhold, der ikke var nævnt i udbudsbetingelserne, ved uigennemskuelig og inkonsekvent tilbudsvurdering og ved ubegrundet tildeling af lavt pointtal til et tilbud. Overtrædelse ved at tage et tilbud i betragtning, selvom tilbuddet indeholdt forbehold vedrørende grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Overtrædelse af Udbudsdirektivets artikel 39. Overtrædelse af § 6 a i bekendtgørelse nr. 937 af 6. september 2004 ved underretning til tilbudsgivere om, at de ikke havde fået kontrakten, uden samtidig underretning om tildelingsbeslutningen, og ved, at underretningen var telefonisk. En klageberettiget har ret til at klage over et hvilket som helst forhold vedrørende et udbud. Udbyderen havde bevisbyrden for, at nogle underkriterier, der kunne forstås som udvælgelseskriterier, ikke var blevet anvendt som udvælgelseskriterier, og for, at udbyderens grove overtrædelser ikke havde haft betydning for tilbudsvurderingen. Annulation. Ikke opsættende virkning, da der ikke var udsigt til, at dette ville medføre et uopretteligt tab for klageren

En kommune iværksatte et offentligt udbud efter Udbudsdirektivet vedrørende en tjenesteydelse om etablering og drift af en samlet telefon- og datamæssig infrastruktur for alle kommunens arbejdspladser.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende underkriterier: 1. Systemløsning, 2. Funktionalitet, 3. Udstyrets beskaffenhed/formåen, 4. Genbrug af eksisterende udstyr, 5. Fremtidssikring, 6. Systemmæssige forhold, 7. Overholdelse af standarder, 8. Leverandørmæssige forhold, 9. Service- og supportmæssige forhold, 10. Økonomi, anskaffelse, 11. Økonomi, drift, 12. Miljø- og energimæssige forhold, 13. Projektplan, implementering, 14. Kvalitetssikring, projektledelse og 15. Forbehold over for kontrakt.

Ifølge udbudsbetingelserne vægtedes underkriterierne således: Underkriterium 1-7 vægtedes med 60 % under ét, underkriterium 8-9 vægtedes med 5 % under ét, underkriterium 10-11 vægtedes med 20 % under ét, underkriterium 12 vægtedes med 5 %, underkriterium 13-14 vægtedes med 5 % under ét, og underkriterium 15 vægtedes med 5 %

Der indkom tilbud fra 6 virksomheder. Udbyderen foretog forskellige tilbudsevalueringer efter hinanden og besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne. Udbyderen orienterede telefonisk de andre tilbudsgivere om, at de ikke havde fået tildelt kontrakten, men underrettede dem ikke om, hvilken tilbudsgiver der ville blive indgået kontrakt med. Senere, dvs. efter klagen til Klagenævnet, sendte udbyderen de nævnte tilbudsgivere en skriftlig underretning om tildelingsbeslutningen.

Efter den omtalte telefoniske underretning klagede en af de tilbudsgivere, der ikke havde fået kontrakten, til Klagenævnet. En begæring fra klageren om opsættende virkning blev ikke taget til følge med den begrundelse, at der ikke på det foreliggende grundlag var udsigt til et uopretteligt tab for klageren, såfremt der ikke blev tillagt klagen opsættende virkning.

Klageren nedlagde en række påstande gående ud på, at Klagenævnet skulle konstatere, at udbyderen havde overtrådt udbudsreglerne på nærmere angivne punkter, jf. nedenfor. Udbyderen nedlagde påstand om, at klagen ikke blev taget til følge (dog med principal påstand om afvisning på et enkelt punkt, se ligeledes nedenfor). Udbyderen erkendte ganske vist at have overtrådt udbudsreglerne som angivet i en del af klagerens påstande, men gjorde med hensyn til disse påstande gældende, at overtrædelserne havde været uden konkret væsentlig betydning for tilbudsvurderingen.

Klagenævnet udtalte, at en overtrædelses konkrete væsentlighedsgrad alene har betydning for Klagenævnets stillingtagen til, om en tildelingsbeslutning skal annulleres, og er uden betydning for afgørelsen af spørgsmålet af, om der foreligger en overtrædelse. Klagenævnet tog herefter stilling til klagen således:

1) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbudsfristens udløb at have anmodet tilbudsgiverne om et nyt tilbud med en forlænget kontraktperiode (påstand 1):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

2) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbudsfristens udløb at ændre udbudsbetingelserne ved, at nogle af udbyderens institutioner udgik af den udbudte infrastruktur, og ved, at nogle andre institutioner skulle tilkobles infrastrukturen på en anden måde end angivet i udbudsbetingelserne (påstand 2).

Klageren gjorde om dette klagepunkt bl.a. gældende, at ændringerne favoriserede de tilbudsgivere, hvis tilbud havde den højeste anlægsudgift med hensyn til de pågældende institutioner. Udbyderen gjorde heroverfor bl.a. gældende, at der var tale om et teknisk komplekst funktionsudbud, og at den udbudte ydelse derfor måtte kunne tilpasses, men at ændringerne ikke havde haft betydning for tilbudsvurderingen.

Klagepunktet blev taget til følge. Klagenævnet udtalte at udbyderen, selvom der var tale om et funktionsbestemt udbud, hvor løbende justeringer måtte forudses, ikke havde haft ret til efter tilbudsfristens udløb at kræve reviderede tilbud på ændrede betingelser. Det gjorde ingen forskel, hvis ændringerne ikke havde haft betydning for tilbudsvurderingen, men Klagenævnet henviste i denne forbindelse til, at udbyderen ikke havde bestridt klagerens anbringende om, at ændringerne favoriserede tilbudsgiverne med de højeste anlægsudgifter for de pågældende institutioner.

3) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbudsfristens udløb at indlede forhandlinger med tilbudsgiverne om en ændret finansieringsform (påstand 3):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

4) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbuddenes modtagelse at have anmodet

klageren om at ændre sit tilbud med hensyn til fabrikat af tilbudte produkter (påstand 4):

Ikke taget til følge, da udbyderen ikke havde fremsat en sådan anmodning.

5) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbudsfristens udløb at have indhentet årsrapporter for tilbudsgiverne (påstand 5):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

6) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed samt Udbudsdirektivets artikel 44 og artikel 53 (om henholdsvis udvælgelseskriterier m.m. og tildelingskriterier) ved under vurderingen af klagerens tilbud at have lagt vægt på størrelsen af klagerens virksomhed og klagerens økonomiske situation (påstand 6):

Taget til følge. Herved henvist til, at et anbringende fra udbyderen om, at oplysningerne ikke var indgået i tilbudsvurderingen, var urigtigt.

7) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 53 ved under tilbudsvurderingen at have lagt vægt på tilbudsgivernes kendskab til udbyderens netværk (påstand 7).

Udbyderen påstod dette klagepunkt afvist med henvisning til, at klagepunktet var uden relevans for klageren som følge af, at forholdet ikke havde haft negativ betydning for vurderingen af klagerens tilbud.

Klagenævnet tog ikke udbyderens afvisningspåstand til følge med henvisning til, at klageren som klageberettiget var berettiget til at nedlægge påstand om en hvilken som helst overtrædelse af udbudsreglerne. Klagenævnet tog endvidere klagepunktet til følge med henvisning til, at det var uden betydning, om overtrædelsen havde haft indflydelse på udbyderens vurdering af klagerens tilbud.

8) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 53 ved ikke i udbudsbetingelserne at have angivet vægtningen for hvert enkelt af underkriterierne (påstand 9):

Taget til følge med henvisning til, at udbyderen ved tilbudsvurderingen havde vægtet hvert underkriterium for sig i overensstemmelse med kravet i Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, om angivelse af vægtning for de valgte underkriterier, men at udbyderen ikke i udbudsbetingelserne havde angivet vægtningen af hvert underkriterium.

9) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 53 ved at fastsætte underkriteriet »15. Forbehold over for kontrakt« (påstand 10):

Erkendt af udbyderen og taget til følge med henvisning til almindelige principper for en udbyders håndtering af tilbudsforbehold.

10) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 44 ved at fastsætte underkriterierne »8. Leverandørmæssige forhold« og »14. Kvalitetssikring, projektledelse«, selvom disse underkriterier angik tilbudsgivernes egnethed (påstand 11):

Klagenævnet udtalte, at udbyderen havde bevisbyrden for, at de to underkriterier ikke var anvendt til generelt at tage stilling til tilbudsgivernes egnethed og dermed reelt var udvælgelseskriterier,

Klagenævnet tog endvidere klagepunktet til følge med hensyn til underkriteriet »8. Leverandørmæssige forhold«. Klagenævnet henviste herved til, at udbyderen ved vurderingen af klagerens tilbud i relation til dette underkriterium alene havde lagt vægt på klagerens generelle egnethed til at løse opgaven. Som underkriteriet var anvendt, var det derfor et udvælgelseskriterium, der ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Klagepunktet blev derimod ikke taget til følge med hensyn til underkriteriet »14. Kvalitetssikring, projektledelse«, da tilsvarende forhold ikke havde gjort sig gældende vedrørende dette underkriterium.

11) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 53 ved at have fastsat underkriterierne »4. Genbrug af eksisterende udstyr« og »7. Overholdelse af standarder«, selvom disse underkriterier angik mindstekrav, der skulle opfyldes (påstand 12):

Taget til følge. Herved bl.a. henvist til, at tilbud, der ikke opfyldte en forudsætning i udbudsbetingelserne om genbrug af eksisterende udstyr, ville skulle prissættes, hvilket ville påvirke tilbudsvurderingen i relation til underkriterierne om økonomi.

12) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 53 ved at have fastsat underkriterierne »1. Systemløsning, »2. Funktionalitet«, »3. Udstyrets beskaffenhed/formåen« og »6. Systemmæssige forhold«, idet disse underkriterier var uigennemsigtige og til dels indbyrdes overlappende (påstand 13):

Taget til følge. Bl.a. henvist til, at udbyderen ikke havde redegjort for, hvordan de pågældende underkriterier forholdt sig til hinanden, og til, at udbyderens forskellige tilbudsevalueringer ikke var konsekvente i anvendelsen af underkriterierne.

13) Klage over, at udbyderen havde overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og Udbudsdirektivets artikel 53 ved under tilbudsvurderingen i relation til underkriterierne »10. Økonomi, anskaffelse« og »11. Økonomi, drift« at have anvendt en pointmodel, der medførte en vilkårlig og uigennemsigtig pointtildeling (påstand 14):

Taget til følge med henvisning til følgende: De to underkriterier skulle ifølge udbudsbetingelserne vægtes med en samlet vægt på 20 %. I en af de foretagne tilbudsevalueringer, som udbyderen navnlig havde påberåbt sig, var der imidlertid fastsat 6 delkriterier til de to underkriterier. Disse delkriterier var blevet vægtet fra 5 % til 35 %, og de var ikke henført specielt til de to underkriterier. To personer, der i første omgang havde anvendt de omtalte delkriterier, var nået til vidt forskellige points. Tilbudsgiverne havde herefter ikke ved tilbudsafgivelsen haft mulighed for at gennemskue, hvorledes et tilbud skulle sammensættes prismæssigt for at opnå den gunstigst mulige konkurrencesituation.

14) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved uberettiget at have vurderet klagerens tilbud som ringere end de øvrige tilbud i relation til underkriterium »12. Miljø- og energimæssige forhold« (påstand 15):

Taget til følge med henvisning til, at udbyderen ikke havde kunnet redegøre fyldestgørende for tilbudsvurderingen i relation til dette underkriterium, og at det var uklart, hvad udbyderen havde lagt til grund og havde lagt vægt på. Udtalt, at Klagenævnet ikke herved havde taget stilling til, hvilken pointgivning udbyderen skulle være nået frem til.

15) Klage over, at udbyderen havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at tage tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver i betragtning, selvom denne tilbudsgivers tilbud var ukonditionsmæssigt som følge af forbehold (påstand 16).

Udbyderen gjorde bl.a. gældende, at det af adskillige angivelser i udbudsbetingelserne tydeligt fremgik, at der kunne tages forbehold, uden at der blev sondret mellem forbehold vedrørende grundlæggende elementer og andre forbehold, og at den valgte tilbudsgivers tilbud derfor ikke kunne have været afvist med den begrundelse, at tilbuddet indeholdt forbehold om grundlæggende elementer.

Klagepunktet blev taget til følge med henvisning til, at i hvert fald tre forbehold i den valgte tilbudsgivers tilbud (vedrørende forsinkelse, ansvarsfraskrivelse og hævebeføjelser) angik grundlæggende elementer, hvorfor tilbuddet ikke måtte tages i betragtning. Klagenævnet bemærkede herved, at Klagenævnet ikke kunne tiltræde det refererede anbringende fra udbyderen, og at dette anbringende ville have som konsekvens, at en tilbudsgiver kunne tage forbehold for grundlæggende elementer, uden at dette ville påvirke vurderingen af tilbudsgiverens tilbud negativt med mere end 5 %, dvs. den angivne vægtning for underkriterium »15. Forbehold over for kontrakt«, hvilket ville sætte selve udbudssystemet ud af kraft. Klagenævnet bemærkede videre, at anbringendet var i strid med en bestemmelse i udbudsbetingelserne om de krav, som tilbuddene skulle opfylde.

16) Klage over, at udbyderen havde overtrådt Udbudsdirektivets artikel 39 (om bl.a. besvarelse af anmodninger om supplerende oplysninger fra udbyderen) ved at have fastsat en dato, der lå godt en måned før tilbudsfristens udløb, som sidste frist for spørgsmål fra tilbudsgiverne (påstand 17):

Erkendt af udbyderen og taget til følge.

17) Klage over, at udbyderen havde overtrådt § 6 a og 6 b i bekendtgørelse nr. 937 af 4. september 2004 ved telefonisk at have orienteret de tilbudsgivere, der ikke havde fået kontrakten, om, at de ikke havde fået kontrakten, uden at underrette dem om, hvem der havde fået kontrakten med en summarisk begrundelse herfor (påstand 18):

Klagenævnet konstaterede, at udbyderens telefoniske underretning til klageren om, at der ikke ville blive indgået kontrakt med klageren, ikke opfyldte kravene til underretning i den nævnte bekendtgørelses § 6 a. Klagenævnet henviste herved til, at udbyderens underretning til tilbudsgivere om, at udbyderen havde besluttet ikke at indgå kontrakt med vedkommende tilbudsgiver, uden underretning om den tilbudsgiver, der ville blive indgået kontrakt med, ikke opfyldte kravet i bekendtgørelsens § 6 a, stk. 1, om un-

derretning om, hvilke afgørelser, der er truffet med hensyn til tildeling af kontrakt. Desuden henvist til, at udbyderens telefoniske underretning ikke opfyldte kravet i bestemmelsens stk. 2 om fremsendelse af underretning. Ordlyden af Udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2 (som udbyderen havde påberåbt sig) kunne ikke føre til andet resultat.

Klagenævnet bemærkede, at stand-still perioden i henhold til bekendtgørelsens § 6 b ikke løb fra den telefoniske underretning til klageren, men først fra den senere skriftlige underretning, som udbyderen havde afsendt efter klagen til Klagenævnet.

Klagenævnet annullerede udbyderens beslutning om at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver og henviste herved bl.a. til følgende: De overtrædelser, der var konstateret under punkt 16 og 17, kunne ikke føre til annullation. De øvrige konstaterede overtrædelser var alle grove, og udbyderens tilbudsevalueringer var behæftet med grove fejl og mangler. Udbyderen havde bevisbyrden for, at overtrædelser som de pågældende ikke havde haft konkret væsentlig betydning for tildelingsbeslutningen, og denne bevisbyrde var ikke løftet.