

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Niels Henriksen, Kent Petersen)

J.nr.: 2009-0018647

14. juli 2009

K E N D E L S E

Updata Danmark A/S
(advokat Jesper Fabricius, København)

mod

Lyngby-Taarbæk Kommune.
(advokat René Offersen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2008/S 215-286577 af 31. oktober 2008 udbød Lyngby-Taarbæk Kommune som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Udbudsdirektivet) levering af en tjenesteydelse bestående af én samlet infrastruktur til sammenbinding af alle kommunens arbejdspladser telefoni- og datamæssigt.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 23. december 2008 havde 6 virksomheder afgivet tilbud, nemlig

1. Axxcess A/S
2. Comendo A/S
3. Conscia A/S
4. Danske Telecom A/S
5. TDC A/S
6. Updata Danmark A/S

Den 26. januar 2009 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Conscia A/S med Dong Energy som underleverandør, og kontrakt blev herefter indgået den 6. april 2009.

Den 27. januar 2009 rettede indklagede telefonisk henvendelse til de 5 tilbudsgivere, der ikke havde fået tildelt kontrakten, og meddelte dem, at de ikke havde fået kontrakten, men ikke udfaldet af tildelingsbeslutningen.

Den 4. februar 2009 indgav klageren, Updata Danmark A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Lyngby-Taarbæk Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning.

Den 13. marts 2009 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet begrundede sin afgørelse med, at kravet om uopsættelighed ikke var opfyldt, idet der ikke på det foreliggende grundlag var udsigt til, at klageren ville lide et uopretteligt tab, såfremt der ikke blev tillagt klagen opsættende virkning.

Klagen har været behandlet på et møde den 16. juni 2009.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbudsfristen at have opfordret tilbudsgiverne til afgivelse af et nyt tilbud med en forlænget kontraktperiode på 50 %, idet indklagede ved e-mail af 8. januar 2009 stillede følgende spørgsmål til tilbudsgiverne: »Hvilken indflydelse har det på den samlede pris, såfremt kommunen ønsker at indgå en 6-årig aftale med en option på 2 gange 1 år?«

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbudsfristen at ændre udbudsbetingelserne, således at 4 forbindelser udgik, og der blev stillet ændrede krav til 6 forbindelser.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbudsfristen at indlede forhandling med tilbudsgiverne om finansiering, idet indklagede ved e-mail af 8. januar 2009 stillede følgende spørgsmål til tilbudsgiverne: »Kommune[n] vil være interesseret i at finde en finansieringsmodel der passer bedst til kommunens nuværende økonomiske situation og vil derfor gerne vide om en tilbudsgiver har nogen særlige præferen-

cer til finansieringsmodel ud over hvad tilbudsgiver allerede har angivet i tilbuddet.«

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbudsfristen at rette henvendelse til klageren, der havde afgivet tilbud på udstyr fra Telco, men med option på udstyr fra Cisco med en prisfaktor på 1,75, med krav om, at klageren skulle tilbyde en løsning baseret på Cisco.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbudsfristen at indhente tilbudsgivernes årsrapporter, uanset at der ikke i udbudsbetingelserne var fastsat krav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2, artikel 44 og artikel 53 ved i sin evaluering af klagerens tilbud at have lagt vægt på størrelsen af klagerens virksomhed samt klagerens økonomiske situation på trods af, at der ikke i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne var fastsat krav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen.

Påstand 7

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved i sin evaluering af tilbuddene at have lagt vægt på tilbudsgivernes forudgående kendskab til indklagedes WAN og LAN.

Påstand 8 (subsidiær i forhold til påstand 7)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved at inddrage kendskab til kommunens LAN i evalueringen, uagtet der ikke i udbudsbetingelserne var stillet krav om LAN, idet der var tale om et WAN-tilbud.

Påstand 9

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved ikke at have angivet vægtningen for

hvert af de anvendte underkriterier, men derimod alene at have fastsat en samlet vægtning af underkriterierne 1-7, 8-9, 10-11 og 13-14.

Påstand 10

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved at have fastsat underkriteriet »15. Forbehold over for kontrakt«, idet dette underkriterium ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 11

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed og artikel 44 ved at have fastsat underkriterierne »8. Leverandørmæssige forhold« og »14. Kvalitetssikring, projektledelse« til trods for, at disse forhold angår tilbudsgivernes egnethed og under de foreliggende omstændigheder ikke er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 12

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed og artikel 53 ved som underkriterier have fastsat »4. Genbrug af eksisterende udstyr« og »6. Overholdelse af standarder« til trods for, at disse underkriterier ikke er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet de angår forhold, der i indklagedes kravspecifikation er anført som krav.

Påstand 13

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed og artikel 53 ved at fastsætte underkriterierne »1. Systemløsning«, »2. Funktionalitet«, »3. Udstyrets beskaffenhed/formåen« og »6. Systemmæssige forhold«, idet disse underkriterier er uigennemsigtige i forhold til udbudsbetingelserne og til dels indbyrdes overlappende.

Påstand 14

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed og artikel 53 ved under evalueringen tilbuddene i henhold til underkriterierne »10. Økonomi, anskaffelse« og »11. Økonomi, drift« at have anvendt en pointmodel, som medførte en vilkårlig og uigennemsigtig pointtildeling.

Påstand 15

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling ved uberettiget at have evalueret klagerens tilbud som ringere end de øvrige tilbud i relation til underkriteriet »12. Miljø- og energimæssige forhold«.

Påstand 16

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling ved ikke at have afvist tilbuddet fra Conscia A/S, uagtet Conscia A/S' tilbud indeholdt forbehold, som medførte, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt.

Påstand 17

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med artikel 39 ved i udbudsbetingelserne at fastsætte en frist for tilbudsgivernes spørgsmål til indklagede til den 17. november 2008 og ved at have afvist at besvare spørgsmål fra tilbudsgiverne, som blev stillet efter denne frist, uagtet fristen for afgivelse af tilbud var fastsat til 23. december 2008.

Påstand 18

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med § 6 a og 6 b i bekendtgørelse nr. 937 af 4. september 2004 ved telefonisk at orientere tilbudsgiverne om, hvorvidt de var blevet tildelt kontrakten eller ej, men ikke om, hvem der havde fået kontrakten tildelt, og en summarisk begrundelse for denne afgørelse.

Påstand 19

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 26. januar 2009 om at indgå kontrakt med Conscia A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 – 6 og 8 - 19 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. Indklagede har vedrørende påstand 7 nedlagt påstand om afvisning og har subsidiært nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Udbudsbekendtgørelsen indeholder i pkt. II.1.5. »Kortfattet beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/ene« følgende beskrivelse:

- » En samlet infrastruktur, der sammenbinder alle kommunens arbejdspladser telefoni og datamæssigt, en mere tidssvarende løsning, der giver en øget fleksibilitet med hensyn til fremtidige udvidelser eller omlægninger af kommunens datakommunikation, en fremtidig infrastruktur, der – med udgangspunkt i de i øjeblikket kendte teknologiske muligheder – bedst muligt tilgodeser kommunens aktuelle og forventede fremtidige kommunikationsbehov, en løsning der er skalérbar og fleksibel, således at den på en let og hensigtsmæssig måde løbende kan tilpasses udviklingen i kommunens kommunikationsbehov«.

Om ordrens omfang er i udbudsbekendtgørelsens punkt. II.2.1) anført:

»Opkobling af ca. 90 adresser i et samlet infrastruktur system«.

I udbudsbetingelserne er anført følgende vedrørende:

»

.....

2. Tilbudsmaterialer

2.1. Priser

Alle ydelser, der indgår i tilbuddet, skal være til en fast pris.

De tilbudte priser ekskl. moms skal omfatte told, andre importafgifter, evt. andre afgifter samt udgifter til transport og forsikring m.v. i forbindelse med installation/aflevering, og de skal angives i danske kroner.«

.....

3. Behandling af tilbudsmateriale

3.1. Levandørhenvendelser

Udbyder forbeholder sig ret til at kontakte enhver af leverandørerne med henblik på uddybning af tilbuddet.

Henvendelser fra leverandøren kan ske ved skriftlig fremstilling af spørgsmål, som skal være fremsendt senest den 17. november 2008 til følgende adresse:

...

Alle spørgsmål og besvarelser vil tilgå alle leverandører.

.....

3.3. Tildelingskriterier

Tildelingen af ordren vil ske på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og der vil i den forbindelse blive lagt følgende kriterier til grund:

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
15. Forbehold overfor kontrakt

De nævnte kriterier vægtes med:

1-7	60 %	
8-9	5 %	
10-11	20 %	
12	5 %	
13-14	5 %	og
15	5 %	

.....

3.4. Tidsplan for udbudsforretning

Afleveringsfrist for tilbud er 23. december 2008, kl. 12.00 (fristdagen).

Skriftlige spørgsmål skal stilles inden den 17. november 2008, kl. 12.00.

Besvarelse af spørgsmål sker senest den 21. november 2008.

Leverandørrunde forventes i perioden [12. januar – 16. januar 2009].

Lyngby-Taarbæk Kommune forbeholder sig ret til at ændre ovennævnte foreløbige tidsplan. Ændrede tidsfrister vil blive meddelt tilbudsgiverne hurtigst muligt.

.....

6. Kontraktforhold

Den endelige kontrakt skal tage udgangspunkt i vedlagte udkast til hovedkontrakt med bilag. Kontrakten skal affattes på dansk og være undergivet dansk ret.

Kontraktudkast og udkast til kontraktbilag er bilagt.

Såfremt leverandøren har forbehold over for denne kontrakt, skal det udtrykkeligt anføres med forbeholdenes faktiske indhold og omfang.

7. Krav i udbudsmaterialet

Lyngby-Taarbæk Kommune gør opmærksom på, at EU-udbudsregler forpligter en ordregivende myndighed til at undlade at tage tilbud i betragtning, såfremt tilbuddet ikke opfylder udbudsbetingelsernes mindstekrav.

Lyngby-Taarbæk kommune har i udbudsmaterialet stillet en række af sådanne krav, som tilbudsgiverne herefter vil skulle omfatte for at komme i betragtning.

8. Optionsklausul

Lyngby-Taarbæk Kommune anmoder i forbindelse med kravspecifikationen en enkelte tilbudsgiver om at angive, hvorvidt de enkelte krav i kravspecifikationen kan opfyldes af en standardløsning, eller om det vil være nødvendigt at udvikle elementer særligt til kommunen.

I tilfælde, hvor leverandøren finder, at der er behov for udvikling, gælder det, at kommunen ikke på forhånd vil tilkendegive, at man ønsker at anskaffe det element, der skal opfylde det pågældende krav.

Lyngby-Taarbæk Kommune ønsker i sådanne tilfælde et tilbud (en option) på hvert af de enkelt elementer, der måtte kræve udvikling«.

Kravspecifikationen, der er opbygget med angivelse af »info(nummer)«, krav(nummer)« og »option(nummer)«, indeholder bl.a. følgende:

»...

Krav(8) Kommunikationsnettet skal være en standardydelse fra leverandøren, således, at den almindelige udvikling inden for teknik og omkostninger følges.

...

Krav(10) Leverandøren skal basere sin infrastruktur på standardkomponenter.

...

Krav(19) Kommunen skal have leverandørens bud på en samlet IP og VLANs plan for hele kommunens infrastruktur.

...

Info(23) Kommunen har i dag et IP-telefoni anlæg fra Cisco der baserer sig på Cisco Unified Call Manager med en netwisw omstillingsløsning ovenpå. Der er i dag 4+30 ISDN forbindelser fra anlægget og det er meningen at alle medarbejdere i hele kommunen (ca. 4.700) bliver tilknyttet dette system

...

Info(26) Lyngby-Taarbæk kommune har gennem flere år investeret i netværkskomponenter af fabrikaterne HP og Cisco til brug i infrastrukturen. En lang række af disse komponenter skal genanvendes i den nye løsning.

Krav (39) Kommunen har en Cisco 6509 som central komponent i hele infrastrukturen. Den forudsættes genanvendt.

...

Krav (57) Leverandøren bedes definere hvilke standarder og normer den tilbudte løsning overholder.

Krav (58) udstyret skal være EMC godkendt (CE-mærket) til UTP kategori 5E (evt.option på cat. 6).

...

Krav (78) Det skal angives hvor stor miljøbelastning de enkelte komponenter i løsningen udgør. Strømforbrug over en normaluge bedes angivet i Kwh. pr. enhed.

...

Krav (90) Tilbudsgiver bedes angive forbehold overfor den vedlagte kontrakt inkl. bilag

...«

Foruden kravspecifikationen indeholdt udbudsbetingelserne en oversigt over eksisterende programmer i kommunens it-infrastruktur, en liste over genanvendt udstyr og lister over lokationer, indeholdende en liste på ca. 90 lokationer omfattet af udbuddet samt totallister over kommunens lokationer, sorteret efter vigtighed og adresse.

Tilbuddet fra Conscia A/S angav, at der var taget følgende forbehold [Klagenævnets omskrivning]:

1. Prisen på det tilbudte Cisco hardware er baseret på USD kurs 5,45.
2. Forbehold for intern kabling, der ikke er en del af leverancen
3. Forsinkelse (nærmere beskrevet)
4. Forbehold om, at kommunen skal tegne vedligeholdelsesaftale

5. Regulering af ansvarsfraskrivelsen
6. Undtagelser fra dansk rets generelle hævebeføjelser skal bortfalde
7. Forbehold for Krav 61
8. Forbehold for Krav 21
9. Forbehold for Krav 37
10. Forbehold for Krav 70
11. Forbehold for Krav 72

Klageren angav i sit tilbud ingen forbehold.

Den 28. december 2009 foretog indklagede en foreløbig evaluering, der dog alene byggede på underkriterierne vedrørende »løsning« (underkriterium 1-7) og »økonomi« (underkriterium 10-11), således at underkriterier vægtet med 20 % ikke indgik. Det har ligeledes senere vist sig, at evalueringen af nogle af tilbuddene, herunder klagerens, var behæftet med regnefejl for så vidt angår et underkriterium benævnt »Økonomi, implementering«. Evalueringen gav følgende samlede pointscore til de 6 tilbudsgivere:

»

1. Axxess	6,77
2. Comendo	5,41
3. Dong [Conscia]	6,88
4. Danske tele	6,67
5. TDC	6,06
6. Updata	5,87

«

Ved e-mail af 8. januar 2009 sendte indklagede invitationer til alle tilbudsgiverne til præsentation af tilbuddene. E-mailen indeholder bl.a. følgende spørgsmål:

»Hvilken indflydelse har det på den samlede pris, såfremt kommunen ønsker at indgå en 6 årig aftale med en option på 2 × 1 år?«

og

»Kommunen vil være interesseret i at finde en finansieringsmodel der passer bedst til kommunens nuværende økonomiske situation og vil derfor gerne vide om tilbudsgiver har nogen særlige præferencer til finansieringsmodel ud over hvad tilbudsgiver har angivet i tilbuddet.«

Den 9. januar 2009 – inden præsentationsmøderne - udarbejdede indklagede en ny evaluering, der gav følgende resultat:

»

	Samlet vægtet pointscore
Axcess	7,60
Comendo	6,11
Conscia A/S	7,83
Danske Teleco	6,11
TDC	6,86
Updata	5,93

«

I perioden 12. til 15. januar 2009 blev der afholdt præsentationsmøder.

Den 14. januar 2009 sendte indklagede følgende mail til tilbudsgiverne:

»I forbindelse med vores igangværende WAN udbud, har vi [s]et på korrektioner til lokationsoversigten.

Desuden har vi erfaret, at enkelte af vore lokationer er så dyre at etablere, at de skævvrider hele anlægsudgiften. Disse lokationer ønskes der et alternativt bud på mht. at etablere en anden type forbindelse, end fiber. Der er ud for hver lokation angivet en alternativ minimums båndbredde, i forhold til det oprindelige forslag.

1. Følgende lokationer skal udelades af tilbuddet

- Børnehaven Mariehøj
- Lokalcenter Lykkens Gave
- Engelsborghallen
- Områdecenter Solgården

2. Følgende lokationer skal udelades af fiber leverancen, en tilbydes mindst én alternativ opkoblingsløsning:

- Taarbæk Skole (10/10 mbit)

-
-
-
-
-
-

Vi håber I har mulighed for at genberegne jeres tilbud, på grund af ovenstående oplysninger. Samt komme med alternative løsninger på de i gruppe 2 angivne lokationer.

Desuden forbeholder vi os fortsat ret til mindre ændringer i lokationsantallet, frem til den endelige kontrakt underskrives.

Alle besvarelser skal være modtaget (pr. email) senest den 18. januar 2009 kl. 22.00.«

Den 15. januar 2009 udarbejdede indklagede endnu en evaluering, hvor der var taget højde for tilbudsgivernes tekniske oplysninger under præsentationsmøderne. Conscia A/S fik også her den højeste score. Alle tilbudsgiverne bortset fra klageren fik vedrørende underkriterium »12. Miljø- og energimæssige forhold« 9 points. Klageren fik 6 points vedrørende dette underkriterium.

Den 16. januar 2009 udarbejdede indklagedes eksterne rådgiver, NWorks, i samarbejde med indklagedes IT-chef, K. Romer Larsen, en evaluering. Det er et af indklagedes hovedsynspunkter, at denne evaluering – sagens bilag V - uanset senere evalueringer skal lægges til grund ved Klagenævnets bedømmelse af sagen.

Conscia A/S lå højest efterfulgt af Axxess A/S. Forskellen mellem de to tilbud var 0,03 point. Det fremgår af evalueringsskema V, at indklagede har bedømt underkriterium 10 og 11, som begge vedrører økonomi, og som samlet vægter 20 %, ud fra følgende opdeling:

Økonomi	20%	
Investeringer		35 %
Drift		25 %
Vedligeholdelse		15 %
Implementering		15 %
Service og support		5%
Andre omkostninger		5%

I evalueringsskema V er et underkriterium benævnt »Løsning«, som omfatter underkriterierne 1- 7, opdelt således (med Klagenævnets anførsel af nummereringen fra udbudsbetingelserne i parentes):

Løsning	60%	
Systemløsning (1)		30 %
Drift		20%

Funktionalitet (2)	15%
Beskaffenhed og formåen (3)	10%
Genbrug af eksisterende udstyr (4)	10%
Fremtidssikring (5)	5%
Overholdelse af standarder (7)	5%
Dokumentation	5%
	100%

Underkriterium »6. Systemmæssige forhold« indgår således ikke, ligesom der indgår to underkriterier, »Drift« og »Dokumentation«, som ikke umiddelbart relaterer sig til udbudsbetingelserne i denne sammenhæng.

Den 18.-19. januar 2009 fremsendte tilbudsgiverne tilbud, der var revideret i henhold til anmodningerne af 8. og 14. januar 2009.

Klageren meddelte dog ved mail af 19. januar 2009, at det ikke havde været muligt inden for fristen at nå at udarbejde et revideret pristilbud i henhold til de krav om ændrede lokationer, som fremgik af indklagedes mail af 14. januar 2009. Klageren fremsendte sit reviderede tilbud den 22. januar 2009.

Den 19. januar 2009 udarbejdede Nworks et skema til sammenligning af de tre tilbud, der efter rådgiverens opfattelse var de bedste (Axxcess A/S, Conscia A/S og TDC A/S), og den 20. januar 2009 udarbejdede indklagede en opstilling over de to bedste tilbuds løsninger baseret på de reviderede tilbud, der var modtaget den 18.-19. januar 2009 (Axxcess A/S og Conscia A/S). Indklagede besluttede herefter at gå videre med Conscia A/S' tilbud.

Den 22. januar 2009 blev der udarbejdet en endelig evalueringsrapport. Indklagede har om denne rapport i duplikken anført, at den ikke giver et fyldestgørende billede af evalueringen, men er tænkt som »en pædagogisk fremstilling til brug for politikerne«. Denne rapport er udarbejdet på grundlag af de tilbud, der blev modtaget den 18.-19. januar 2009.

Det anføres i den endelige evalueringsrapport:

»2.4. Conscia/DONGEnergy.

.....

2.4.6 De kontraktmæssige forhold

Tilbudsgiver har oplyst at der er en del forbehold til kontrakten, så den skal gennemgås nærmere og sammenlignes med standardkontrakten. Ved første øjekast synes det dog ikke så slemt.

2.4.7 Vurdering af tilbudet

Det er et detaljeret tilbud, hvor der er lagt vægt på den oplyste vurderings model og dermed gjort meget ud af den funktionelle beskrivelse. Hertil kommer Conscias kendskab til LTK [indklagede], i form af deres mangeårige leverandør status på LAN siden.

Når alle faktorer tages i betragtning er Conscia/DONG et af de tilbud der indgår toppen af LTKs vurdering og trygheden i at vælge en leverandør der kender til LTKs eksisterende LAN/WAN er attraktiv, i lyset af den manglende viden og stabilitet internt i LTK's IT afdeling.

Conscia/DONGs ulemper er, at de byder med et MPLS net og ikke et til LTK dedikeret fiber net.

Fordelen ved MPLS nettet er at LTK friholdes fra opdatering af backbone nettet og dermed også for større uforudsete udgifter i kontraktperioden.

Det antages at LTK's borgere og virksomheder, vil kunne få leveret Internet adgang med højere båndbredde til en billigere pris, end hvis den leverandør ikke vælges!

Efter vurdering i projektgruppen er det indstillingen at denne leverandør anses for den bedste til at løfte opgaven, og det vil være projektgruppens indstilling, at der skal optages forhandlinger med denne leverandør.

.....

2.7 Udata.

.....

2.7.3 Leverandørmæssige forhold

Udata er en mindre dansk leverandør af netværksydelser.

Udata er LTK's nuværende leverandør af netværk til kommunens lokationer.

Det er LTKs erfaring at service og support fra Udata er af meget skiftende kvalitet. I visse perioder er der stor lydhørhed og hurtig reaktion, mens det i andre perioder kan være meget svært at få nogen reaktion på henvendelser.

Firmaets revision har i sidste årsregnskab indføjet følgende påtegning:
 »Uden at det har påvirket vores konklusion, gør vi opmærksom på oplysninger i ledelsesberetningen, i afsnittet Finansielle forhold, hvori ledelsen redegør for forudsætninger for selskabets evne til at fortsætte driften. Forudsætningerne kan henføres til, at selskabets fortsatte drift er afhængig af, at der fremskaffes yderligere finansiering samt at engagementer med selskabets bankforbindelse ikke opsiges«.

Nøgletal	Ansatte	Omsætning mio. kr.	Primært resultat mio. kr.	Egenkapital mio. kr.
Udata, pr. jun. 2008				

.....

2.7.7 Vurdering af tilbudet

Leverandøren leverer LTK's eksisterende WAN løsning. Dette har dog ikke været ubetinget positivt og det er tvivlsomt hvorvidt leverandøren vil kunne løfte denne, endnu større opgave.

Det anbefales ikke at indgå aftale om leverance med leverandørerne bag dette tilbud.

3. Økonomisk oversigt

Navn	Anlæg	Årlig drift	6 år
Axcess/Gobal Connect	16,96 mio.	0,90 mio.	22,36 mio.
Comendo Butler	6,50 mio.	4,20 mio.	31,26 mio.
Conscia / DONG	16,44 mio.	0,50 mio.	19,44 mio.
Danske Telecom	9,26 mio.	0,95 mio.	13,07 mio.
TDC	1,80 mio.	1,84 mio.	12,88 mio.
Udata	3,29 mio.	2,91 mio.	14,95 mio.

...«

Evalueringsrapportens afsnit 5, »Sammenfattende evaluering«, lyder:

»Der tegner sig et billede af de seks tilbudsgivere, hvor to skiller sig ud i toppen, to i mellemlaget og to i bunden.

Af de to der ligger i toppen er det marginalt, hvad der skiller dem og ved et valg mellem disse to står Lyngby-Taarbæk Kommune i et positivt dilemma.

Azcess har plus både på den funktionelle side som er vægtet højt af projektgruppen, mens Conscia har et plus på både den funktionelle side og på den systemtekniske/projekt-mæssige side samt på økonomien, hvis kommunen vælger at foretage en større anlægsinvestering. Begge disse leverandører har plus på de leverandørmæssige forhold.

I mellemgruppen har TDC et plus på den økonomiske side og et plus på den projektmæssige side. Her er der til gengæld ikke så mange plusser på den leverandørmæssige side. Updata har et plus på den systemtekniske side, men må vurderes at have et efterslæb på den leverandørmæssige side, der ikke kan opvejes af de øvrige ting. Herudover er den gennemgang af løsningen ikke så grundig, som man kunne have ønsket sig.

De to øvrige tilbudsgivere ligger i alle kategorier så langt efter i vurderingen, at de ikke er interessante som leverandør til denne opgave.

Generelt må det forventes at der skal påregnes en konsulent udgift på ca. 300.000, - kr. til Conscia, hvis valget ikke falder på Conscia/DONG.

Årsagen til denne udgift er at LKT's interne IT-afdeling ikke har viden, dokumentation nok om det eksisterende LAN/WAN til, t kunne medvirke aktivt i f.eks. planlægning af ny IP-plan, konfiguration og dokumentation af eksisterende netværks udstyr m.m.

...«

Efter at klageren den 27. januar 2009 telefonisk var blevet orienteret om, at man ikke fik tildelt kontrakten, modtog klageren den 6. februar 2009 efter klagens indgivelse følgende e-mail (sagens bilag Æ):

»Detaljeret begrundelse for resultat af udbud 2008/S 215 286577

...

Som det fremgår af udbudsmaterialet, blev De den 27. januar 2009 telefonisk givet underretning om, at kommunen ikke havde til hensigt at tildele Dem kontrakten på det udbudte. Meddelelsen blev afgivet af Kjeld Romer Larsen. De modtog i denne sammenhæng en summarisk begrundelse for beslutningen.

I forlængelse heraf kan Lyngby-Taarbæk Kommune hermed give underretning om, at Kommunen har til hensigt at tildele kontrakten til Conscia / DONG.

Standstill-perioden

Udbuddets 10 dages standstill-periode beregnes fra dags dato.

Begrundelse for kommunens beslutning

Kommunen kan oplyse, at man på baggrund af underretningen af 27. januar 2009 har modtaget anmodning fra en tilbudsgiver om en yderligere specificeret begrundelse for kommunens beslutning.

Kommunen giver af den grund en detaljeret begrundelse. Nedenfor gennemgås først det vindende tilbuds kvaliteter og derefter gennemgås Deres tilbud efter samme skabelon.

Det vindende tilbuds karakteristika

Løsningen

Systemløsning, funktionalitet, udstyrets beskaffenhed/formåen genbrug af eksisterende udstyr, fremtidssikring, systemmæssige forhold og overholdelse af standarder var tilsammen fastsat til at udgøre 60 % af den samlede vurdering af de enkelte tilbud.

Conscia/DONG har leveret et gennemarbejdet tilbud med fokus på løsning af de konkrete krav, herunder konkrete forslag til IP og VLAN struktur.

Der er en detaljeret beskrivelse af løsningens formåen og udviklingspotentiale.

De valgte tekniske elementer muliggør den grad af fleksibilitet og egen administration af nettet, som Lyngby-Taarbæk Kommune har efterspurgt, samtidig med, at den eksisterende infrastruktur ikke belastes yderligere.

Tilbudet er meget detaljeret både på den tekniske og funktionelle beskrivelse.

Conscia har, i kraft af deres nuværende leverandørrolle, et godt kendskab til den eksisterende LAN/WAN opbygning og har baseret deres tilbud på denne viden.

Økonomi

Anskaffelse og økonomi drift vægtes 20 %.

Det valgte tilbud har en stor anlægsinvestering og en lav driftsudgift. Det valgte tilbud er, i kontraktens løbetid, hverken det billigste eller dyreste af de indkomne tilbud.

Om leverandøren

Leverandørmæssige samt service og supportmæssige forhold er samlet vurderet til at udgøre 5 % af de enkelte tilbud.

Conscia er eksisterende leverandør hos Lyngby-Taarbæk Kommune, og kommunen har et positivt kendskab til dem helt fra firmaets etablering. DONG vurderes til at have et stort potentiale på fibermarkedet og er samtidigt veletableret, hvad angår fiber, i kommunen.

Conscia er et kompetent firma og med deres back-to-back aftale med DONG vurderes den økonomiske stabilitet som værende høj.

Miljø og energi

Forhold vedrørende miljø og energi vægtes 5 %.

Der er ingen af tilbudsgiverne, der adskiller sig markant i deres tilbud fra de øvrige på dette punkt.

Projekt

Projektplan, implementering, kvalitetssikring og projektledelse vægtes 5 %.

Der er i det valgte tilbud en detaljeret beskrivelse af både projektorganisationen, projektplanen, implementeringen og den efterfølgende driftsorganisation.

Kontrakt

Forhold for kontrakten vægtes 5 %.

Der er i det valgte tilbud ingen afgørende forbehold for kontrakten. Kun specifikationer og præcisionen af eksisterende punkter.

Tilbuddet fra Udata

Løsningen

Løsningstilbuddet fra Dem imødekommer ikke udbuddets krav. Afgørende for denne vurdering er, set i forhold til de vindende tilbud, manglende beskrivelse af løsningens formåen, administration, opbygning og fleksibilitet.

Lyngby-Taarbæk Kommune savner en mere konkret beskrivelse af, hvordan løsningen i praksis fungerer, der er ingen forslag til IP og VLAN's opbygning, ligesom det ikke beskrives, hvordan backbonets udvidelsesmuligheder vil være fremadrettet.

Derudover har kommunen ikke kunnet gennemskue hvilke underleverandører, der tænkes anvendt i tilbudte fiberløsning.

Sikkerheden i den tekniske opbygning i den af Udata tilbudte løsning, er ligeledes ikke på samme niveau, som det vindende tilbuds.

Det er vurderet, at tilbudet ligger noget efter det vindende tilbud på implementering.

Det fremgår endvidere ikke af tilbudet, hvem Udata samarbejder med som leverandør af fysisk bæremedie, hvilket giver usikkerhed.

Økonomi

Updata er hverken det billigste eller den dyreste af tilbudsgiverne og er således vægtet nogenlunde middel på dette punkt.

Det anses som en økonomisk fordel, at Updata er eksisterende leverandør af kommunens WAN, til gengæld er det manglende kendskab til kommunens LAN at anse som en økonomisk ulempe i forhold til den valgte leverandør.

Om leverandør

Af leverandørmæssige forhold har der indgået overvejelser om Updata som en lille virksomhed med dertil svarende ressourcer. Det har man anset som værende en ulempe i forhold til projektets størrelse.

Hvad angår Updatas økonomiske situation har kommunen hæftet sig ved revisorpåtegningen af det seneste offentliggjorte årsregnskab fra 2007/2008.

Miljø

Der er i tilbudet ingen særlige forhold omkring miljø.

Projekt

Der er i tilbudet ingen præcis formulering af, hvordan projektetableringen, projektledelsen og den bagvedliggende driftsorganisation omkring leverancen af WAN til Lyngby-Taarbæk Kommune tænkes udført. Kommunens flerårige samarbejde med Updata og erfaringen hermed efterlader en del usikkerhed omkring evnen til håndteringen heraf.

Kontrakt

Tilbudsgiver har ingen særlige forbehold overfor kontrakt.«

Den kontrakt, som blev indgået mellem indklagede og Conscia A/S den 6. april 2009, løber i 4 år med mulighed for forlængelse med op til 3 år.

Klageren var ved klagens indgivelse ikke repræsenteret af advokat, og fastlæggelsen af, om klagen var indgivet i standstill-perioden som defineret i bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 § 6a og 6b, gav anledning til korrespondance. Ved brev af 6. marts 2009 meddelte Klagenævnet parterne følgende:

»...

Klagenævnet har den 4. februar 2009 modtaget en klage af samme dato fra Updata Danmark A/S. Klageren har den 5. februar 2009 oplyst, at klageren denne dag har underrettet Lyngby-Taarbæk Kommune om klagen.

Klageren har samtidig med indgivelse af klageskriftet anmodet om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 2, træffer bestemmelse om, at klagen skal have opsættende virkning.

Det fremgår af klageskriftets bilag 1, at indklagede den 27. januar 2009 telefonisk har underrettet klageren om, at indklagede har besluttet at indgå kontrakt i det udbud, der er omfattet af udbudsbekendtgørelse 2008/S 215-286577, men ikke med hvilken virksomhed.

I det materiale, som Klagenævnet har modtaget, ses det ikke, at indklagede er gået frem efter § 6 a i bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Indklagede må efter denne bekendtgørelses § 6 b, stk. 1, tidligst underskrive kontrakt med den valgte virksomhed 10 dage efter »afsendelse af underretning« i § 6 a. Underretningen skal bl.a. indeholde oplysning om, hvilken afgørelse der er truffet, det vil sige, med hvilken tilbudsgiver indklagede har valgt at indgå kontrakt.

Den stand still-periode, som klageren henviser til i sin mail af 2. februar 2009 (bilag 2), løber fra afsendelsen af den meddelelse, der skal gives i medfør af § 6 a. Klagerens klage til Klagenævnet er fremkommet inden 10 dage efter indklagedes telefoniske meddelelse af, at klageren ikke er blevet tildelt kontrakten. Stand-stillperioden i bekendtgørelsens § 6 b på 10 dage er således – efter de oplysninger, som Klagenævnet på nuværende tidspunkt er i besiddelse af - formelt set end ikke begyndt at løbe....«

I sin afgørelse af 13. marts 2009 vedrørende spørgsmålet om opsættende virkning anførte Klagenævnet indledningsvis:

»...Om omstændighederne ved klagens indgivelse :

Klagenævnet har den 3. marts 2009 modtaget svarskrift med bilag fra advokat René Offersen. Det fremgår heraf, at tilbudsgiverne den 27. januar 2009 telefonisk – som anført i klageskriftet – blev orienteret om, hvorvidt de havde »vundet udbuddet eller ej«. Det fremgår tillige af svarskriftet, bl.a. side 17, at indklagede (eller i hvert fald indklagedes advokat) dermed mener at have givet den meddelelse, som er omhandlet af bekendtgørelse nr. 927 af 16. september 2004 § 6 a, stk. 1 og 2. Indklagede gør således gældende, at stand stillperioden udløb den 5. februar 2009, og at klagen derfor er indgivet i stand still perioden.«

Endelig fremgår, at indklagede den 6. februar 2009 skriftligt orienterede samtlige tilbudsgivere. Den daterede underretning er fremlagt som bilag Æ og indeholder bl.a. følgende:

»...

Stand still – perioden

Udbuddets stand still periode beregnes fra dags dato.

...«

Med udtrykkelig henvisning til det indledningsvis anførte, herunder om ordlyden af bekendtgørelsens § 6 b, stk. 1. ("afsendelse"), finder Klagenævnet anledning til at understrege, at stand still-perioden i denne sag løb fra den 6. februar 2009 og således – som anført af Klagenævnet – end ikke var begyndt at løbe, da klagen blev indgivet. Klagenævnet er således enig i det, som er anført om stand still-perioden i bilag Æ.

...«

Administrerende direktør Henrik Hildebrandt, Updata Danmark A/S, har ad påstand 2 forklaret, at ændringen af lokationer var til fordel for Conscia A/S. Klageren anvender ligesom Conscia A/S Dong Energy som underleverandør og havde kunnet konstatere, at Dongs etableringspriser var høje. Netop derfor havde klageren fundet frem til andre leverandører med langt mere fordelagtige priser. Dette arbejde faldt til jorden, da udbudsbetingelserne blev ændret. Ad påstand 4 har klageren forklaret, at Telco også er et standardprodukt, der overholder de gængse protokoller. Ved præsentationsmødet blev han imidlertid mødt med, at der »skulle stå 5 bogstaver på boksen, og det var ikke Telco«. Indklagedes argumentation for, hvorfor der ikke er sket en overtrædelse som anført ad påstand 18 om miljø- og energimæssige forhold, er teknisk set forvrøvlet. Conscia A/S' forbehold over for krav 72 (påstand 19) vil give Conscia A/S mulighed for at anvende en helt anden – billigere - teknologi, eftersom Conscia A/S ikke vil opfylde 2 ugers kravet fra afgiven bestilling, til ændringen er i kraft.

Projektleder Erik Kliim Hansen, NWorks, har forklaret, at der ikke i udbudsbetingelserne er fastsat krav om Cisco-produkter. Han har i samarbejde med kommunens daværende IT-chef, Kjeld Romer Larsen, udarbejdet den evaluering, der indgår i sagen som bilag V. Bilaget består af 3 sider, nemlig en side med Romer Larsens pointgivning efter en 10-skala, en side med hans pointgivning efter samme skala og en graf, der viser de to pointgivningers gennemsnit. Han har ved evalueringen af underkriterium »15. Forbehold over for kontrakt« givet klagerens tilbud 8 og ikke 10 points, selv om klageren havde anført ikke at have taget forbehold, for han forventede, at der »nok ville komme noget«. Han kan ikke forklare, hvorfor han har givet tilbuddet fra Conscia A/ 7 points vedrørende dette underkriterium, uagtet Conscia A/S udtrykkeligt havde taget 11 forbehold. Han kan ikke

forklare, hvorfor han slet ikke har anført points for nogen tilbud for punktet »Dokumentation« under »Løsning«. At Romer Larsen har bedømt Conscia A/S' tilbud til 10 points for så vidt angår »Drift« under underkriteriet »Pris«, mens han selv har bedømt tilbuddet til 1 point på dette punkt, skyldes antagelig, at de gik ud fra et forskelligt beregningsgrundlag vedrørende »Pris«. Der var store spring også relativt mellem Romer Larsens og hans evaluering. De drøftede ikke dette spørgsmål, før grafen med gennemsnits-evalueringen blev udarbejdet. Klagerens tilbud er vurderet ud fra det tilbudte Telcoudstyr. Han var usikker over for, hvilke tal i klagerens tilbud der skulle ganges med 1,75, såfremt Cisco optionen i klagerens tilbud skulle udnyttes. Han er enig med klageren i, at det ikke var særlig klart, hvad der blev evalueret under »12. Miljø- og energimæssige forhold«. Tilbuddet fra Axxess A/S viste sig ved en af evalueringerne på grundlag af de rettede tilbud at være det økonomisk mest fordelagtige.

IT-konsulent Mikkel Arp, indklagede, har forklaret, at der ikke var fastsat krav om Cisco-produkter, men det er korrekt, at der faldt en bemærkning under præsentationsmødet med klageren om et »produkt på 5 bogstaver«, som ikke var Telco. Bilag V blev udarbejdet, fordi der var tvivl om, hvorvidt man kunne inddrage de reviderede tilbud. Han har ikke kendskab til, at Conscia A/S' forbehold er blevet prissat. Den indgåede kontrakt er næsten opfyldt.

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved efter tilbudsfristen at rette henvendelse til tilbudsgiverne om et væsentligt spørgsmål og anmode om et revideret tilbud på grundlag af andet end de fastsatte udbudsbetingelser har overtrådt forhandlingsforbuddet. Dette gælder, uanset om indklagede ikke har indgået kontrakt med en ændret kontraktperiode.

Indklagede har erkendt overtrædelsen, men har gjort gældende, at de tilbud på forlænget kontraktperiode, som indklagede modtog efter sin henvendelse til tilbudsgiverne, ikke har ligget til grund for identifikationen af Conscia A/S som den tilbudsgiver, der havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved efter tilbudsfristen at rette henvendelse til tilbudsgiverne om et væsentligt spørgsmål og anmode om et revideret tilbud på grundlag af andet end de fastsatte udbudsbetingelser har overtrådt forhandlingsforbuddet. Dette gælder, uanset at der under kontraktens forløb muligvis kunne ske ændringer i antallet af lokationer m.v. Der er sket forskelsbehandling af tilbudsgiverne. Klageren kunne således ikke inden for den korte frist nå at afgive et revideret tilbud, og klagerens reviderede pristilbud indgik derfor ikke i evalueringen. Indklagedes fremgangsmåde favoriserer de tilbudsgivere, som har den højeste anlægsudgift på de lokationer, som udgik eller blev ændret, og indklagede kendte på ændringstidspunktet tilbudsgivernes priser og den betydning, som en ændring af de lokationer, der skulle medtages, kunne indebære.

Indklagede har erkendt overtrædelsen, men har gjort gældende, at der er tale om et komplekst teknisk funktionsbestemt udbud. Det må derfor forventes, at antallet af lokationer ikke kan fastlægges endegyldigt. Der er tale om godt 90 lokationer, og det ligger i ydelsens art, at den skal kunne tilpasses og ændres i relation til antallet af lokationer. De ændrede lokationer var nogen, som tilbudsgiverne havde høj anlægsudgift på. De 4 lokationer udgik, fordi institutionerne skulle nedlægges inden ibrugtagning af den nye infrastruktur. At klagerens reviderede tilbud først kunne fremkomme efter fristen er uden betydning, for de reviderede tilbud blev ikke brugt ved point-skemaevalueringerne. De ændrede lokationer har derfor ikke haft betydning ved identifikationen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Ved alle de evalueringer, som indklagede foretog, var Conscia A/S' tilbud desuden det økonomisk mest fordelagtige.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved efter tilbudsfristen at rette henvendelse til tilbudsgiverne om et væsentligt spørgsmål og anmode om et revideret tilbud på grundlag af andet end de fastsatte udbudsbetingelser har overtrådt forhandlingsforbuddet. Dette gælder, uanset om tilbudsgivernes reviderede tilbud tilbød »nogenlunde samme besparelse«.

Indklagede har erkendt overtrædelsen, men har gjort gældende, at evalueringsskemaerne ikke tog hensyn til oplysningerne om ændret finansie-

ringsmodel. Oplysningerne har således været uden konkret betydning for identifikationen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at klageren som den eneste har tilbudt en anden løsning end en Cisco-baseret. Indklagede har med urette lagt vægt på, om tilbuddene baserede sig på »Cisco«. De Telco-produkter, som klageren har tilbudt, er ikke på nogen måde af ringere kvalitet. Indklagede har ikke fastsat krav om dokumentation for certificering o.s.v. Indklagede har heller ikke anvendt prækvalifikation eller andre af de øvrige lovlige midler, som en ordregivende myndighed har til at sikre sig det produkt, man ønsker sig.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har rettet henvendelse til klageren med krav om, at klageren skulle tilbyde en Cisco-løsning, og indklagede har heller ikke efterspurgt en sådan løsning. Indklagede havde derimod fastsat krav om standardkomponenter, og »Telco« kan ikke anses for at være en standardkomponent. Indklagede kunne derfor have afvist klagerens tilbud. Indklagede har i stedet alene søgt en præcisering af klagerens tilbud ved at rette henvendelse.

Ad påstand 5 og 6

Klageren har gjort gældende, at indklagede ikke lovligt kunne indhente tilbudsgivernes årsrapporter, når der ikke i udbudsbetingelserne var fastsat krav herom. Indklagede har i relation til underkriteriet »8. Leverandørmæssige forhold« lagt vægt på, at klageren er »en mindre dansk leverandør«, og såvel revisionspåtegningen som klagerens nøgletal er optaget i evalueringsrapporten. Indklagede har derfor utvivlsomt tillagt klagerens økonomiske forhold betydning til trods for, at der hverken i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne er stillet krav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen.

Indklagede har erkendt overtrædelsen af forhold 5, men har i øvrigt gjort gældende, at klagerens økonomiske forhold ikke formelt set indgik i den endelige evaluering. Oplysningen indgik ikke i underkriterierne 8-9 om leverandørmæssige forhold, der i øvrigt tilsammen kun vægtede 5 %. Oplysningerne var kun tillagt betydning i den begrundelse, som klageren fik, men ikke i den endelige evaluering. Forholdet er derfor uden betydning for den endelige evaluering. Klageren blev nr. 5 ved den foreløbige evaluering, der

blev foretaget, før årsrapporterne blev indhentet, og nr. 4 i de evalueringer, der er udarbejdet, efter at årsrapporten var indhentet.

Ad påstand 7 og 8

Klageren har gjort gældende, at det udtrykkeligt fremgår af evalueringsrapporten, at forudgående kendskab til indklagedes tekniske løsninger er blevet tillagt væsentlig betydning, såvel negativt (for så vidt angår Axxcess A/S' tilbud) som positivt (for så vidt angår Conscia A/S' tilbud). Conscia A/S' kendskab til indklages LAN-løsning og IP-telefoni er tillagt positiv betydning til trods for, at disse forhold ikke fremgår af de fastsatte underkriterier.

Indklagede har til støtte for sin principale påstand om afvisning af påstanden gjort gældende, at påstanden ikke har »relevans« for klageren, hvis eget tilbud ikke er berørt negativt af forholdet på det omhandlede punkt.

Såfremt afvisningspåstanden ikke tages til følge, har indklagede erkendt, at der er taget hensyn til tilbudsgivernes kendskab til indklagedes LAN. Kendskabet til LAN er dog ikke »som sådan « indgået i evalueringen, og forholdet har ikke haft konkret betydning for evalueringen.

Ad påstand 9

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53, stk. 2, ved i udbudsbetingelsernes punkt 3.3. at fastsætte 15 underkriterier, men lade underkriterium 1-7 vægte samlet 60 %, underkriterium 8-9 5 %, underkriterium 10 -11 20 % og underkriterium 13-14 5%, idet hvert underkriterium skal vægtes for sig. Klageren har henvist til EF-domstolens domme i sagerne C-470/99, Universale Bau, C-448/0, EVN, og C-331/04, ATI.

Indklagede har gjort gældende, at underkriteriernes relative vægtning er angivet i overensstemmelse med direktivets artikel 53. Der er klar sammenhæng mellem den relative vægtning og de pointskemaer, der er anvendt ved evalueringen. Underkriterium 1-7, der vægter 60 %, er i evalueringen konsekvent benævnt »Løsning«.

Ad påstand 10

Klageren har gjort gældende, at »Forbehold over for kontrakt« ikke lovligt kan anvendes som underkriterium til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Såfremt et tilbud indeholder forbehold for grundlæggende elementer, skal indklagede afvise tilbuddet. Indklagede skal prissætte de forbehold, som tilbudsgiverne i øvrigt tager. Såfremt et forbehold ikke kan prissættes, skal indklagede afvise tilbuddet.

Indklagede har erkendt overtrædelsen, men har gjort gældende, at »Forbehold for kontrakt« kun vægter 5 %, og at kriteriet derfor ikke har haft betydning for identifikationen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 11

Klageren har gjort gældende, at underkriterierne »8. Leverandørmæssige forhold« og »14. Kvalitetssikring, projektledelse« dels er uklare, dels også vedrører tilbudsgivernes egnethed og altså er udvælgelseskriterier. De er derfor ikke egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Indklagede har gjort gældende, at det gennem underkriterierne »8. Leverandørmæssige forhold« og »14. Kvalitetssikring, projektledelse« vurderes, hvorvidt tilbudsgiverne er i stand til at løfte den konkrete opgave, nemlig hvorledes de har udfyldt de udbudsbilag, som vedrører »Projektorganisation« og »Afprøvning af systemet«. Ved »8. Leverandørmæssige forhold« sigtes ikke til leverandørens økonomiske formåen, men til beskrivelsen af projektorganisationen. Det er derfor også en fejl, at evalueringsrapporten indeholder oplysninger om størrelsen af tilbudsgivernes virksomhed mv.

Ad påstand 12

Klageren har gjort gældende, at indklagede i kravspecifikationen har fastsat krav om genbrug af eksisterende udstyr og om overholdelse af standarder. Underkriterium »4. Genbrug af eksisterende udstyr« og »7. Overholdelse af standarder« er derfor ikke egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Afvigelser fra sådanne krav må behandles som forbehold.

Indklagede har gjort gældende, at der er tale om et funktionsbestemt udbud, hvor kravene i henhold til kravspecifikationen kan opfyldes på flere forskel-

lige måder. At udstyr »forudsættes genanvendt« viser, at der er tale om et konkurrenceparameter, hvor tilbudsgiverne får maksimumpoint, hvis alt udstyr kan genanvendes. I Krav (57) anføres, at leverandøren »bedes definere hvilke standarder og normer den tilbudte løsning overholder«. Også dette er et konkurrenceparameter.

Ad påstand 13

Klageren har gjort gældende, at udbudsbetingelserne er udformet på en sådan måde, at det ikke har været muligt for tilbudsgiverne at vurdere, hvad der ville blive lagt vægt på ved evalueringen af underkriterierne »1. Systemløsning«, »2. Funktionalitet«, »3. Udstyrets beskaffenhed/formåen«, og »6. Systemmæssige forhold«, der ud fra en normal sproglig forståelse overlappende.

Indklagede har gjort gældende, at underkriterierne er gennemsigtige og egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Udbuddets komplekse tekniske karakter har været afgørende for fastlæggelsen af underkriterierne. Der er ikke rimeligt begrundet tvivl om, hvad der ville blive lagt vægt på ved de forskellige underkriterier. Klageren burde have indbragt klage på et langt tidligere tidspunkt, dersom klageren ikke kunne gennemskue, hvad kriterierne indebar. Klageren ses ikke at have anmodet om præcisering af tildelingskriterierne.

Ad påstand 14

Klageren har gjort gældende, at den pointmodel, som indklagede har anvendt ved vurderingen af underkriterierne »10. Økonomi, anskaffelse« og »11. Økonomi, drift«, har ført til vilkårlig og uigennemsigtig pointtildeling. Det er ikke på forhånd givet, hvilke udgifter der er »investeringer«, som indklagede har ladet vægte 35 %, og hvilke »implementeringer«, som indklagede har ladet vægte 15 %. Det er ligegyldigt for tilbudsgiveren, om betalingen gives for »investering« eller for »implementering«. Modellen medfører – som det også har vist sig – at et dyrere tilbud kan opnå en bedre score vedrørende »økonomi« end et billigere, afhængigt af, om tilbudsgiveren har været heldig ved fordelingen af sit tilbuds samlede økonomi.

Indklagede har gjort gældende, at opdelingen af underkriterierne »10. Økonomi, anskaffelse« og »11. Økonomi, drift« med angivelse af yderligere delkriterier som sket ikke er arbitrær, men afspejler den relative udgift for

indklagede inden for hvert underkriterium. Denne opdeling er ikke kritisabel og tager højde for, at tilbuddene kunne udformes forskelligt. Der er tale om et komplekst og funktionsbestemt udbud, hvor metoden sikrer, at de forskellige tilbud kan sammenlignes.

Ad påstand 15

Klageren har gjort gældende, at evalueringen af tilbuddene i relation til underkriteriet »12. Miljø- og energimæssige forhold« alene relaterer sig til den tilbudte løsnings energiforbrug. Conscia A/S' tilbud angiver et energiforbrug, der er 250 % højere end klagerens. Trods det har klageren fået lavere score end Conscia A/S og de øvrige tilbudsgivere vedrørende dette underkriterium.

Indklagede har gjort gældende, at tilbuddene er bedømt i forhold til dette underkriterium ud fra forventet forbrug til strøm og køling. Evalueringen af 16. januar 2009 (bilag V) er korrekt. I øvrigt er et lille udsving inden for et underkriterium, der vægter 5 %, uden betydning.

Ad påstand 16

Klageren har gjort gældende, at Conscia A/S' forbehold er forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og at Conscia A/S' tilbud derfor ikke lovligt kunne tages i betragtning. Forbehold for ansvar ved forsinkelse (forbehold 3), for ansvar for tab af data (forbehold 5), for hovedkontraktens oplyste undtagelser fra dansk rets generelle hævebeføjelser (forbehold 6) og for krav 72 om reaktionstid på maksimum 2 uger (forbehold 11) er alle forbehold over for grundlæggende elementer. Dertil kommer i øvrigt, at forbehold, der måtte kunne prissættes, fx forbehold 4, ikke er prissat.

Indklagede har gjort gældende, at forbehold 1 (prissætning i USD) og 4 (vedligeholdelsesaftale) ikke er grundlæggende forbehold. Forbeholdene kan desuden prissættes. Forbehold 2, 3, 5 og 6 er ikke »egentlige forbehold« eller i hvert fald ikke forbehold for grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Forbeholdene for kravspecifikationen skal ses i lyset af, at der er tale om et funktionsbestemt udbud, og efter kravspecifikationen var det muligt for tilbudsgiverne at »knytte en række betingelser (pris, tid etc.) på udarbejdelsen af den givne funktionalitet«.

Indklagede har desuden gjort gældende, at indklagede i udbudsbetingelserne adskillige steder tydeligt har fastsat, at der kunne tages forbehold, uden at sondre mellem forbehold for grundlæggende elementer og andre forbehold. Conscia A/S' tilbud kunne derfor ikke have været afvist med den begrundelse, at tilbuddet indeholdt forbehold for grundlæggende elementer.

Ad påstand 17

Klageren har gjort gældende, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2, ved at sætte frist for spørgsmål til den 17. november 2008 og herefter nægte at besvare spørgsmål fra tilbudsgiverne, på trods af, at fristen for afgivelse af tilbud var fastsat til den 23. december 2008, og tilbudsgiverne derfor havde krav på at få besvaret spørgsmål, der var fremsat i tide, op til 6 dage før udløbet af tilbudsfristen.

Indklagede har erkendt overtrædelsen, men har gjort gældende, at overtrædelsen er uden betydning.

Ad påstand 18

Klageren har gjort gældende, at underretning i henhold til § 6 a i bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 altid skal gives skriftligt, herunder ved e-mail eller andet betryggende kommunikationsmiddel. Indklagedes telefoniske meddelelse af 27. januar 2009 opfylder ikke kravet i bekendtgørelsen. Indklagede har bevisbyrden for, at kravet er overholdt.

Indklagede har gjort gældende, at klageren sammenblander reglerne om underretning og begrundelse i bekendtgørelsens § 6a med kravene til underretning og begrundelse i udbudsdirektivets artikel 41. En begrundelse, der rækker ud over, hvad der i det konkrete tilfælde er summarisk, skal alene gives på anmodning, jf. direktivets artikel 41, stk. 2. Tilbudsgiverne fik alle telefonisk en kort summarisk begrundelse den 27. januar 2009. Udbudsreglerne stiller ikke krav om skriftlighed på dette punkt. Valget af kommunikationsmiddel er ikke begrænset på nogen måde. Der kan ikke stilles et absolut krav om oplysning af vinderens navn, jf. forudsætningsvis udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, hvor blandt de supplerende oplysninger, som skal gives på anmodning inden 15 dage, nævnes »..navnet på den tilbudsgiver, hvis bud er antaget...«. Indklagede fastholder således, at stand still periode løb fra den telefoniske meddelelse.

Ad påstand 19

Klageren har gjort gældende, at Klagenævnet som følge af de grove overtrædelser af udbudsreglerne, som indklagede har begået, skal annullere indklagedes beslutning af 26. januar 2009 om at indgå kontrakt med Conscia A/S.

Indklagede har gjort gældende, at Conscia A/S ved alle de evalueringer, som indklagede har foretaget, viste sig at have afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det er derfor uden betydning, om evalueringerne eventuelt måtte bygge på ulovlige underkriterier eller ulovligt har inddraget forhold, der ikke måtte tages i betragtning.

Klagenævnet udtaler:

Indklagede har i det hele nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge. For så vidt angår påstand 1, 2, 3, 5, 7, 10 og 17 har indklagede dog erkendt overtrædelserne. Påstanden om, at klagen heller ikke for så vidt angår disse påstande tages til følge, er udslag af, at overtrædelserne efter indklagedes opfattelse er uden konkret væsentlig betydning for resultatet af evalueringen og dermed tildelingsbeslutningen.

Betragtninger om en overtrædelses grovhed eller konkrete væsentlighedsgrad vil imidlertid alene indgå ved Klagenævnets stillingtagen til, om en tildelingsbeslutning skal annulleres, og ved bedømmelsen af en eventuel efterfølgende erstatningspåstand. Betragtninger af en sådan karakter er derimod uden betydning for, hvorvidt de forskellige påstande, som klageren i øvrigt har nedlagt, hver for sig tages til følge. Om der er tale om en overtrædelse af bagatelagtig karakter eller modsat en grov overtrædelse er således ikke afgørende for, om der foreligger en overtrædelse.

Ad påstand 1

Som anført af klageren og som erkendt af indklagede har indklagede overtrådt forhandlingsforbuddet og Udbudsdirektivets artikel 2 ved at rette henvendelse til tilbudsgiverne med spørgsmål om aftalens varighed. Det kan ikke føre til andet resultat, at besvarelsen af spørgsmålet ikke indgik i

de første evalueringer, som indklagede foretog, eller at kontrakten med Conscia A/S blev indgået på de oprindeligt fastsatte betingelser.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 2

At der er tale om et funktionsbestemt udbud, hvor løbende justeringer må forudses i kontaktens løbetid, indebærer ikke, at indklagede har ret til efter tilbudsfristens udløb efter gennemgang af tilbuddene inden tildelingsbeslutningen at kræve reviderede tilbud på ændrede betingelser. Indklagede har ikke bestridt, at fremgangsmåden desuden i den konkrete situation favoriserer de tilbudsgivere, der har den højeste anlægsudgift på de lokationer, som udgik eller blev ændret, men har gjort gældende, at de evalueringer, der blev foretaget til og med den 16. januar 2009, ikke byggede på de reviderede tilbud, og at Conscia A/S også ved disse evalueringer viste sig at have afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Disse betragtninger fører imidlertid ikke til, at fremgangsmåden er lovlig.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 3

Indklagede har erkendt overtrædelsen, og påstanden tages til følge.

Ad påstand 4

Indklagede har ikke i udbudsbetingelserne fastsat krav om anvendelsen af et bestemt produkt, Cisco. Under præsentationsrunden blev klageren spurgt om, hvilke priser optionen på Cisco i klagerens tilbud vedrørte. Svaret på dette spørgsmål var ikke som anført af klageren under mødet i Klagenævnet indlysende ud fra klagerens tilbud. Den omstændighed, at de øvrige tilbud alle byggede på Cisco-løsninger, fører ikke til, at det kan fastslås, at indklagede reelt havde krævet en Cisco-løsning, idet fx også tilbud baseret på HP-løsninger ville have været en mulighed. Klagerens tilbud blev efter det oplyste ikke evalueret ud fra optionen på Cisco, men ud fra det hovedtilbud med udstyr fra Telco, der var indgivet. Bemærkningen under præsentationsmødet om »et produkt med fem bogstaver« kan på denne

baggrund ikke antages at have indebåret et krav om tilbud på udstyr fra Cisco«.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 5 og 6

Som erkendt af indklagede har indklagede handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed ved at indhente tilbudsgivernes årsrapporter, uanset at der ikke i udbudsbetingelserne var fastsat krav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen.

Indklagede har ligeledes handlet i strid med direktivets artikel 2, artikel 44 og artikel 53 ved under de anførte omstændigheder at inddrage klagerens økonomiske situation og størrelsen af klagerens virksomhed i evalueringen af klagerens tilbud. På grundlag af den udtrykkelige ordlyd af den endelige evalueringsrapport og – ligeledes – den udtrykkelige ordlyd af den begrundelse for tildelingsbeslutningen, som klageren fik, er indklagedes anbringende om, at oplysningerne dog ikke er indgået i evalueringen, i øvrigt ukorrekt.

Påstandene tages til følge.

Ad påstand 7

Klageren er som klageberettiget berettiget til at nedlægge påstand om en hvilken som helst overtrædelse af udbudsreglerne, som klageren mener begået under det udbud, som klagen vedrører, uanset om overtrædelsen vedrører bedømmelsen af klagerens tilbud eller ej. Indklagedes påstand om afvisning af påstand 7 tages derfor ikke til følge.

Indklagede har erkendt at have taget hensyn til tilbudsgivernes forudgående kendskab, herunder til indklagedes LAN, men finder ikke, at dette har haft betydning for evalueringen.

Uanset, at overtrædelsen muligt ikke har haft betydning for evalueringen, tages påstanden til følge.

Ad påstand 9

Klagenævnet tager ikke i forbindelse med denne påstand stilling til, hvorvidt de enkelte underkriterier er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klagenævnet tager heller ikke i forbindelse med denne påstand stilling til, hvorvidt indklagede har anvendt underkriterierne i overensstemmelse med det fastsatte.

Indklagede har fastsat 15 underkriterier og har i umiddelbar tilknytning her- til herefter fastsat, at underkriterium 1-7 vægter 60 %, 8-9 vægter 5 %, 10-11 vægter 20 %, og 13-14 vægter 5 %.

Det følger af Udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, at det skal angives, hvordan indklagede relativt vil vægte de kriterier, der er valgt. Indklagede har ved de mange evalueringer vægtet de 15 underkriterier i overensstemmelse med dette krav. Indklagede har overtrådt direktivets artikel 2 og artikel 53, stk. 2, ved ikke i udbudsbetingelserne at angive denne vægtning.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 10.

Indklagede har pligt til at afvise tilbud med forbehold over for grundlæggende elementer. Dette gælder, uanset at indklagede under dette udbud har opfordret tilbudsgiverne til at angive, hvilke forbehold de tager, og derved – som på anden vis - tilkendegivet, at indklagede vil tage tilbud med forbehold i betragtning. Dersom der ikke er tale om forbehold for grundlæggende elementer, skal indklagede i overensstemmelse med sædvanlig praksis dernæst prissætte forbeholdet. Herved påvirkes de underkriterier, der vedrører »pris«. Underkriteriet »15. Forbehold overfor kontrakt« er således ikke egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Der henvises i øvrigt til det, der anføres ad påstand 16 og 19.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 11

Indklagede har bevisbyrden for, at underkriterierne »8. Leverandørmæssige forhold« og »14. Kvalitetssikring, projektledelse« ikke er anvendt til generelt at tage stilling til tilbudsgivernes egnethed til at løfte opgaven og dermed reelt er udvælgelseskriterier.

Indklagede har i sin endelige evalueringsrapport af 22. januar 2009 under overskriften »leverandørmæssige forhold« for så vidt angår klagerens tilbud udtrykkelig henvist til klagerens årsrapport og virksomhedens størrelse og har derved under evalueringen af tilbuddene i henhold til underkriteriet »8. Leverandørmæssige forhold« alene inddraget klagerens generelle egnethed til at løse opgaven. Som underkriteriet er anvendt, er det derfor et udvælgelseskriterium., der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Tilsvarende gør sig ikke gældende for så vidt angår underkriterium »14. Kvalitetssikring, projektledelse«.

Påstanden tages derfor til følge for så vidt angår underkriterium »8. Leverandørmæssige forhold«.

Ad påstand 12

Med henvisning til såvel kravspecifikationen som til indklagedes anbringender ad påstand 4, hvorefter der er fastsat krav om standard produkter, tages påstanden om, at underkriterium »7. Overholdelse af standarder« ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, til følge.

Af kravspecifikationen fremgår ligeledes, at eksisterende udstyr »forudsættes« genanvendt. Heri ligger ligeledes et mindstekrav, og tilbud, der ikke opfyldte forudsætningen, ville efter reglerne om forbehold skulle prissættes, hvilket ville påvirke evalueringen af underkriterierne vedrørende pris.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 13

Det fremgår ikke klart af udbudsbetingelserne, og indklagede har ikke under behandlingen af klagesagen redegjort for, hvorledes underkriterium »1. Systemsløsning«, »2. Funktionalitet«, »3. Udstyrets beskaffenhed/formåen« og »6. Systemmæssige forhold«, der sprogligt set er overlappende, adskiller sig fra hinanden. De mange forskellige evalueringer, som indklagede har foretaget og har påberåbt sig under sagen for Klagenævnet, herunder bilag V, er ikke konsekvente i anvendelsen af underkriterierne, og indklagede har da også i duplikken anført, at »Systemmæssige forhold « udgik ved udarbejdelsen af pointmodel, da dette fandtes at dække over forhold, der skulle vurderes ved de øvrige kriterier under »Løsning«.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 14

De to underkriterier vedrørende den tilbudte pris, »10. Økonomi, anskaffelse« og »11. Økonomi, drift« er fastsat til en samlet vægt på 20 %. Evalueringen af tilbuddene med hensyn til disse underkriterier skal ske ved en objektiv sammenligning af de tilbudte priser for anskaffelse og drift. Der er ikke fastsat delkriterier til disse underkriterier, og tilbudsgiverne var berettigede til ved dette kvantitative underkriterium at gå ud fra, at der skulle ske sammenligning af tilbuddene »krone for krone«. I de to evalueringer, der ligger til grund for søjlediagrammet i bilag V, (den evaluering, som indklagede særligt har påberåbt sig) er der imidlertid fastsat 6 delkriterier til underkriterierne 10-11. De 6 forskellige delkriterier er vægtet fra 35 % til 5 % og er ikke henført til de 2 fastsatte underkriterier. De to personer, der i første omgang har anvendt disse delkriterier, er nået til vidt forskellige points fx vedrørende tilbuddet fra Axcell A/S, hvor der tildeles henholdsvis 1 og 10 points for delkriteriet investeringer (der muligvis svarer til underkriterium »10. Økonomi, anskaffelse«) og henholdsvis 9 og 1 points for delkriteriet drift (der ikke svarer til underkriteriet »11. Økonomi, drift«). Tilbudsgiverne har på denne baggrund ikke ved afgivelsen af tilbud haft mulighed for at gennemskue, hvorledes et tilbud skulle sammensættes for så vidt angår pris for at opnå den gunstigste konkurrencesituation.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 15

Indklagede har ikke fyldestgørende redegjort for begrundelsen for sin evalueringen af underkriterium »12. Miljø- og energimæssige forhold«. Også efter den forklaring, der er afgivet af Erik Kliim Jensen, er det uklart, hvad indklagede har lagt til grund og har lagt vægt på. Uden at Klagenævnet herved tager stilling til, hvilken pointgivning indklagede skulle have været nået frem til, tager Klagenævnet påstanden til følge.

Ad påstand 16

Indklagede har i Indledning til Kravspecifikationen bl.a. anført:

»I hvert hovedafsnit er der en informationsdel, der kan indeholde en række elementer, som skal være beskrevet ved besvarelsen af dette udbudsmateriale.

Herudover knytter der sig en kravsdelt, hvor alle de krav, der er opregnet her, skal besvares enten positivt eller ved at knytte en række betingelser (pris, tid etc.) på udarbejdelsen af den givne funktionalitet.«

Denne formulering, hvorefter tilbudsgiverne kunne »knytte betingelser« til alle de stillede krav, er i modstrid med udbudsbetingelsernes punkt 7, Krav i udbudsmaterialet, hvorefter

»Lyngby-Taarbæk Kommune gør opmærksom på, at EU-udbudsregler forpligter en ordregivende myndighed til at undlade at tage tilbud i betragtning, såfremt tilbuddet ikke opfylder udbudsbetingelsernes mindstekrav.

Lyngby-Taarbæk kommune har i udbudsmaterialet stillet en række af sådanne krav, som tilbudsgiverne herefter vil skulle omfatte for at komme i betragtning.«

Udbudsbetingelserne er således på dette punkt uklare.

Indklagedes argumentation, hvorefter indklagede ikke har pligt til at afvise tilbud med forbehold for grundlæggende elementer, eftersom udbudsbetingelserne tillader, at tilbuddene indeholder forbehold uden at sondre mellem grundlæggende forbehold og andre forbehold, indebærer, at en tilbudsgiver ville kunne afgive tilbud med forbehold over for grundlæggende elementer, uden at dette ville påvirke evalueringen af tilbuddet

negativt med mere end højst 5 %, som er den fastsatte vægtning for underkriteriet »15. Forbehold overfor kontrakt«. Selve udbudssystemet ville derved blive sat ud af kraft. Synspunktet kan derfor allerede af den grund ikke tiltrædes.

I øvrigt er dette synspunkt også i modstrid med, hvad der anføres i udbudsbetingelserne under punkt 7, Krav i udbudsmaterialet.

I den endelige evalueringsrapport af 22 januar 2009 anføres det om Conscia A/S' tilbud:

»

2.4.6 De kontraktmæssige forhold

Tilbudsgiver har oplyst at der er en del forbehold til kontrakten, så den skal gennemgås nærmere og sammenlignes med standardkontrakten. Ved første øjekast synes det dog ikke så slemt.«

I den begrundelse for tildelingsbeslutningen, som klageren modtog den 6. februar 2009, hedder det:

»Der er i det valgte tilbud ingen afgørende forbehold for kontrakten. Kun specifikationer og præcisionen af eksisterende punkter.«

Indklagede har oplyst, at der ikke er foretaget prissætning af forbehold, der ville kunne prissættes, og har i øvrigt først i duplikken redegjort for sin præcise vurdering af forbeholdene i Conscia A/S' tilbud.

Klagenævnet finder ved gennemgang af de 11 forbehold, som Conscia A/S har taget, at i hvert fald forbehold 3, 5 og 6 er forbehold for grundlæggende elementer.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 17

Indklagede har som erkendt handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 2.

Påstanden tages til følge.

Ad påstand 18

Efter § 6 a, stk. 1-3, i bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 skal indklagede hurtigst muligt, samtidigt og ved fremsendelse ved brug af hurtigst muligt kommunikationsmiddel underrette tilbudsgiverne om, hvilke afgørelser der er truffet med hensyn til tildeling af kontrakt og en summarisk begrundelse for den trufne beslutning.

Denne underretning skal bl.a. tjene som grundlag for tilbudsgivernes vurdering af, om de vil indgive klage til Klagenævnet for Udbud inden for standstill fristen på 10 dage.

Såvel efter sin ordlyd som sit formål kan underretningspligten efter bekendtgørelsens § 6 a ikke opfyldes ved en – om end næsten samtidig – telefonisk underretning til hver enkelt tilbudsgiver om, at indklagede havde besluttet ikke at indgå kontrakt med denne tilbudsgiver uden angivelse af, hvem indklagede så har besluttet at indgå kontrakt med.

Indklagede har således ved den telefoniske underretning til tilbudsgiverne den 27. januar 2009 ikke opfyldt kravet om »fremsendelse« af underretning om de »afgørelser, der er truffet« i henhold til bekendtgørelsens § 6 a og en »summarisk begrundelse herfor« .

Ordlyden af udbudsdirektivets artikel 41, stk. 2, kan ikke føre til, at bekendtgørelsen fortolkes således, at afgørelsen om, hvem indklagede agter at indgå kontrakt med, ikke er en afgørelse, som tilbudsgiverne skal orienteres om i medfør af bekendtgørelsens § 6 a.

Indklagede har senere - ved brev af 6. februar 2009 – skriftligt givet klageren den foreskrevne underretning.

Påstanden tages til følge, idet Klagenævnet konstaterer, at indklagedes telefoniske meddelelse til klageren den 27. januar 2009 med meddelelse om, at klagen ikke havde fået tildelt kontrakten, ikke opfylder kravene til underretning i bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 § 6a.

Ad påstand 19

Ved afgørelsen af, om Klagenævnet skal annullere en tildelingsbeslutning, skal Klagenævnet foretage en konkret væsentlighedsvurdering.

I denne sammenhæng bemærkes, at de overtrædelser, der er fastslået ad påstand 17 og 18, ikke kan føre til annulation.

De øvrige overtrædelser af udbudsreglerne, som er fastslået, kan hver for sig karakteriseres som grove, hvad enten de angår selve udbudsbetingelserne eller den evaluering, der er foretaget. De evalueringer, som forelå før den endelige evalueringsrapport af 22. januar 2009, har principielt ikke betydning, idet alene den endelige evaluering, som udgjorde grundlaget for indklagedes beslutning af 26. januar 2009, er afgørende. Det bemærkes dog, at også de tidligere evalueringer – som det fremgår ovenfor – var behæftede med grove fejl og mangler.

Indklagede har bevisbyrden for, at overtrædelser af denne karakter ikke – som det ellers må være udgangspunktet - har haft konkret væsentlig betydning for tildelingsbeslutningen. Denne bevisbyrde har indklagede ikke løftet. Såfremt indklagedes argumentation skulle tages for pålydende, vil en ordregiver kunne begå alle tænkelige overtrædelser af udbudsreglerne, blot de evalueringer, som ordregiveren foretog - uanset lovligheden af disses grundlag – gav samme resultat.

At der er et spring i indklagedes mange evalueringer fra vurderingen af Conscia A/S' tilbud til vurderingen af klagerens er ikke afgørende. Andre tilbudsgiveres tilbud blev vurderet som tilnærmelsesvis lige så gode som Conscia A/S', og beregninger viser, at der ikke skal ændres meget i den samlede evaluering, før rækkefølgen af tilbudsgiverne ændres. Synspunktet om, at overtrædelserne hver for sig eller samlet ikke kan antages at have haft konkret væsentlig betydning, og at der derfor ikke skal ske annulation af tildelingsbeslutningen, er i det foreliggende tilfælde klart uholdbart.

Indklagedes gentagne anbringender om, at Klagenævnet ved vurderingen skal tage hensyn til Conscia A/S, der har afgivet sit tilbud i tillid til angivelserne i udbudsbetingelserne, kan i den givne sammenhæng heller ikke føre til, at Klagenævnet ikke annullerer tildelingsbeslutningen. Klagen er indgivet i umiddelbar fortsættelse af meddelelsen om, at klageren ikke fik kontrakten, og det havde stået indklagede frit for at undlade at indgå kontrakt med Conscia A/S, til Klagenævnets afgørelse forelå. Hensynet til indklagede, der under klagesagen har indgået kontrakt med Conscia A/S, kan heller ikke føre til, at annulation undlades.

Klagenævnet tager derfor påstanden til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbudsfristen at have opfordret tilbudsgiverne til afgivelse af et nyt tilbud med en forlænget kontraktperiode på 50 %, idet indklagede ved e-mail af 8. januar 2009 stillede følgende spørgsmål til tilbudsgiverne: »Hvilken indflydelse har det på den samlede pris, såfremt kommunen ønsker at indgå en 6-årig aftale med en option på 2 gange 1 år?«

Ad påstand 2

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbudsfristen at ændre udbudsbetingelserne, således at 4 forbindelser udgik, og der blev stillet ændrede krav til 6 forbindelser.

Ad påstand 3

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbudsfristen at indlede forhandling med tilbudsgiverne om finansiering, idet indklagede ved e-mail af 8. januar 2009 stillede følgende spørgsmål til tilbudsgiverne: »Kommune[n] vil være interesseret i at finde en finansieringsmodel der passer bedst til kommunens nuværende økonomiske situation og vil derfor gerne vide om en tilbudsgiver har nogen særlige præferencer til finansieringsmodel ud over hvad tilbudsgiver allerede har angivet i tilbuddet.«

Ad påstand 5

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed ved efter tilbudsfristen at indhente tilbudsgivernes årsrapporter, uanset at der ikke i udbudsbetingelserne var fastsat krav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen.

Ad påstand 6

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2, artikel 44 og artikel 53 ved i sin evaluering af klagerens tilbud at have lagt vægt på størrelsen af klagerens virksomhed samt klagerens økonomiske situation på trods af, at der ikke i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne var fastsat krav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen.

Ad påstand 7

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved i sin evaluering af tilbuddene at have lagt vægt på tilbudsgivernes forudgående kendskab til indklagedes WAN og LAN.

Ad påstand 9

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved ikke at have angivet vægtningen for hvert af de anvendte underkriterier, men derimod alene at have fastsat en samlet vægtning af underkriterierne 1-7, 8-9, 10-11 og 13-14.

Ad påstand 10

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 53 ved at have fastsat underkriteriet »15. Forbehold over for kontrakt«, idet dette underkriterium ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 11

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed og artikel 44 ved at have fastsat underkriterium »8. Leverandørmæssige forhold« til trods for, at dette kriterium angår tilbudsgivernes egnethed og under de foreliggende omstændigheder ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 12

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed og artikel 53 ved som underkriterier have fastsat »4. Genbrug af eksisterende udstyr« og »6. Overholdelse af standarder« til trods for, at disse underkriterier ikke er egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet de angår forhold, der i indklagedes kravspecifikation er anført som krav.

Ad påstand 13

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed og artikel 53 ved at fastsætte underkriterierne »1. Systemløsning«, »2. Funktionalitet«, »3. Udstyrets beskaffenhed/formåen« og »6. Systemmæssige forhold«, idet disse underkriterier er uigennemsigtige i forhold til udbudsbetingelserne og til dels overlappende.

Ad påstand 14

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed og artikel 53 ved under evalueringen tilbuddene i henhold til underkriterierne »10. Økonomi, anskaffelse« og »11. Økonomi, drift« at have anvendt en pointmodel, som medførte en vilkårlig og uigennemsigtig pointtildeling.

Ad påstand 15

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling ved uberettiget at have evalueret klagerens tilbud som ringere end de øvrige tilbud i relation til underkriteriet »12. Miljø- og energimæssige forhold«.

Ad påstand 16

Indklagede har handlet i strid med Udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling ved ikke at have afvist tilbuddet fra Conscia A/S, uagtet Conscia A/S' tilbud indeholdt forbehold, som medførte, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt.

Ad påstand 17

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med artikel 39 ved i udbudsbetingelserne at fastsætte en frist for tilbudsgivernes spørgsmål til indklagede til den 17. november 2008 og ved at have afvist at besvare spørgsmål fra tilbudsgiverne, som blev stillet efter denne frist, uagtet fristen for afgivelse af tilbud var fastsat til 23. december 2008.

Ad påstand 18

Indklagede har handlet i strid med § 6 a og 6 b i bekendtgørelse nr. 937 af 4. september 2004 ved telefonisk at orientere tilbudsgiverne om, hvorvidt de var blevet tildelt kontrakten eller ej, og ved i den forbindelse ikke at oplyse, hvem der havde fået kontrakten tildelt, og en summarisk begrundelse for denne afgørelse.

Indklagedes beslutning af 26. januar 2009 om at indgå kontrakt med Conscia A/S annulleres.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 4.

Indklagede, Lyngby-Taarbæk Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, Updata Danmark A/S, betale 60.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagetales.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig