

K E N D E L S E

Filial af Trend Micro Emea Limited
(advokat Thomas Grønkær, København)

mod

Region Hovedstaden
(advokat Tom Holsøe og erhvervsjuridisk rådgiver Emil Bisgaard,
København)

Sagen angår Region Hovedstadens indkøb af endpoint-beskyttelsessoftware i henhold til SKI's dynamiske indkøbssystem 02.06 "Standardsoftware", der trådte i kraft den 28. marts 2022.

Den 31. august 2022 indgav Filial af Trend Micro Emea Limited ("Trend Micro") klage til Klagenævnet for Udbud over Region Hovedstaden. Trend Micro fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 27. september 2022 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning.

Formanden for Klagenævnet for Udbud har ikke imødekommet en anmodning fra Trend Micro om at udvide antallet af medlemmer fra formandskabet og sagkyndige medlemmer, som skal deltage i afgørelsen af sagen.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Trend Micro har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med udbudslovens § 40, stk. 4, og § 42 samt de grundlæggende principper om ligebehandling og proportionalitet i udbudslovens § 2 i forbindelse med udbuddet af en kontrakt om levering af endpoint-beskyttelse, idet Region Hovedstaden har fastsat tekniske specifikationer, som ikke er sagligt begrundede og proportionale med kontraktens værdi og mål, og som derfor medfører en kunstig indsnævring af konkurrencen.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Region Hovedstadens beslutning af 15. august 2022 om at tildele kontrakten om levering af endpoint-beskyttelse til Conscia Danmark A/S.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal erklære Region Hovedstadens kontrakt med Conscia Danmark A/S om levering af endpoint-beskyttelse for uden virkning i medfør af § 17, stk. 1, nr. 4, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal pålægge Region Hovedstaden en alternativ sanktion, jf. § 18, stk. 2, nr. 3, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Trend Micro har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Region Hovedstaden har nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 1. september 2022 meddelt Region Hovedstadens kontraktpart, Conscia Danmark A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

Conscia Danmark A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Sagen angår Region Hovedstadens indkøb af endpoint-beskyttelsessoftware i henhold til SKI's dynamiske indkøbssystem 02.06 "Standardsoftware", der trådte i kraft den 28. marts 2022.

Af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne for det dynamiske indkøbssystem fremgår bl.a., at det dynamiske indkøbssystem omfatter standardsoftware, defineret som software, der er præfabrikeret og kommercielt tilgængeligt, og relaterede ydelser.

Af kundevejledningen til SKI 02.06 fremgår bl.a.:

"Bilag 1 - Kundens opgavebeskrivelse

Her beskriver du dit indkøbsbehov så præcist, at en tilbudsgiver kan vurdere dit indkøbsbehov. Vær opmærksom på, at du jf. udbudsloven ikke må efterspørge en navngiven licens/en navngiven producent. Du må dog gerne beskrive dit nuværende it-miljø, herunder detaljer om dine nuværende licenser."

Region Hovedstaden, der er kunde hos SKI og tilsluttet SKI's dynamiske indkøbssystem 02.06, iværksatte i foråret 2022 et udbud af indkøb af en antivirus-løsning, der skulle kunne installeres på 63.000 klienter. Af opgavebeskrivelsen fremgår bl.a., at regionen ønskede en løsning, der understøtter øgning af it-sikkerheden på regionens endpoints, og at den tilbudte standardsoftware skulle være kompatibel med bl.a. Palo Alto Networks Nextgen Firewalls.

Regionen annullerede udbuddet den 28. marts 2022 med denne begrundelse:

"Begrundelsen for aflysningen er, at dele af udbudsmaterialet er uhenigtsmæssigt udformet og derfor ikke efter Ordregivers skøn vil kunne sikre en tilstrækkelig opfyldelse af Ordregivers behov".

Regionen udsendte den 26. juli 2022 en ny opfordringskrivelse til leverandører på SKI 02.06 om levering af endpoint-beskyttelsessoftware. Tildelingskriteriet for kontrakten var "bedste forhold mellem pris og kvalitet".

Af udbudsmaterialets bilag 1, Kundens opgavebeskrivelse, fremgår, at Region Hovedstaden havde til hensigt at anskaffe licenser til endpoint-beskyttelse samt tilknyttede ydelser til alle regionens 7.000 endpoints med en varighed på 35 måneder. Af behovsopgørelsen i opgavebeskrivelsen fremgår endvidere bl.a.:

”2.1.1.1. Endpoint-beskyttelse

MK1: Leverandøren skal levere licenser til Standardsoftware inden for Endpoint Protection Platforms jf. punkt 1.1 til alle Kundens endpoints jf. punkt 3.1 (Eksisterende infrastruktur).

...

2.1.1.1.2. Anvendelse af firewallgenererede logs

K12: Standardsoftwaren skal kunne hente og anvende firewallgenererede logdata fra Kundens eksisterende firewalls, jf. punkt 3.1 (Eksisterende infrastruktur), indeholdende informationer om HTTP user agent, automatisk IP-tildeling via DHCP og DNS-opslag herunder med det formål, at Kunden kan benytte de eksisterende firewalls, jf. punkt 3.1 (Eksisterende infrastruktur), som sensorer i forhold til analyse af netværkstrafikken.

...

2.1.1.1.4. Integration med Kundens sandkasse-løsning.

K18: Standardsoftwaren skal integrere til og benytte Kundens sandkasse-løsning, jf. punkt 3.1 (Eksisterende infrastruktur), således at ukendte filer analyseres via netværket, inden de rammer Endpoints. Med ukendt menes, at Kundens sandkasseløsning ikke har kategoriseret filen som ”benign”, ”suspicious” eller ”malware”

K19: Standardsoftwaren skal sende alle ukendte “Portable executable files” på Endpoints til Kundens sandkasse-løsning, jf. punkt 3.1 (Eksisterende infrastruktur).”

Af opgavebeskrivelsen fremgår endvidere om regionens eksisterende infrastruktur følgende:

”3. Eksisterende it-miljø

I nærværende punkt beskrives Kundens it-miljø.

Beskrivelsen understøtter Leverandørens opfyldelse af Leveringskontrakten. Beskrivelsen af Kundens it-miljø indeholder ingen selvstændig kravsætning til Leverandøren.

Ved underskrift af Leveringskontrakten beskrives Kundens it-miljø, således som det eksisterer forud for kontraktindgåelsen.

3.1. Eksisterende infrastruktur

Kunden benytter i dag:

- Firewalls:
 - 90 stk. Palo Alto Networks Next Generation Firewalls (NGFW) som er på version 9.1.x af PAN-OS, der er softwaren, som benyttes på alle Kundens firewalls.
- Sandkasse-løsning:
 - Palo Alto Networks Wildfire sandbox
- Microsoft Azure
- VMWare
- Amazon Web Services
- Trend Micro (Apex One, Officescan, Deep Security, Cloud App Security)
- Citrix
- Endpoints 7.000 stk. fordelt på:
 - Fysiske og virtuelle Windows servere (alle versioner fra 2003, både 32-bit og 64-bit versioner)
 - Fysiske og virtuelle Linux (Oracle Linux, RedHat og Ubuntu, AIX, SUN Solaris)”

Af udbudsmaterialets bilag 3, Leverandørens løsningsbeskrivelse, fremgår bl.a. følgende om vurderingen af kriteriet ”funktionalitet”:

”Det tillægges positiv betydning i hvilket omfang Standardsoftwarens anvendelse af firewallgenererede logdata fra Kundens eksisterende firewalls, jf. punkt 3.3, understøtter tidlig og korrekt detektion af sikkerhedshændelser baseret på netværkstrafikken.”

Ved e-mail af 4. juli 2022 fra Trend Micro til Region Hovedstaden anførte Trend Micro, at virksomheden ikke så sig i stand til at afgive tilbud. Om baggrunden herfor anførte Trend Micro:

”Baggrunden herfor er, at der er en række krav i bilaget ”Kundens opgavebeskrivelse”, som stiller krav om, at den tilbudte software kan integrere

med Region Hovedstadens eksisterende it-infrastruktur, som er baseret på produkter fra Palo Alto:

- Krav 12, kan kun leveres af Palo Alto og der henvises specifikt til integration med Region Hovedstadens "Palo Alto firewall".
- Krav 18, som vedrører integration inden at den tilbudte løsning rammer End-pointet. Dette krav kan kun løses med en "Palo Alto agent", idet der skal benyttes Palo Alto netværks appliances som afsender af kategoriseringen. På den baggrund vil sikkerhedsleverandører i End-point protection-branchen ikke kunne opfylde dette krav uden levering af Palo Alto produkter.
- Krav 19, det fremgår specifikt at der skal kommunikeres via kundens Firewall sandbox løsning (som er Palo Alto), automatisk, og det kan kun Palo Alto levere når det kommer til udbuddets område som er Endpoint protection

Efter min klients opfattelse er det således ikke muligt for andre end Palo Alto at tilbyde denne integration, hvorfor det er udelukket for andre end Palo Alto at byde på det pågældende mini-udbud."

Trend Micro opfordrede Region Hovedstaden til at frafalde de pågældende krav, således at det var muligt for andre virksomheder med konkurrerende produkter at levere det krævede software til regionen.

Ved e-mail af 8. juli 2022 til Trend Micro anførte Region Hovedstaden, at der efter regionens opfattelse ikke var grundlag for at frafalde de pågældende krav.

Ved fristen for at afgive tilbud den 8. august 2022 havde Region Hovedstaden modtaget tilbud fra Atea A/S og Conscia Danmark A/S. Tilbuddene indeholdt alene produkter af fabrikatet "Palo Alto".

Den 15. august 2022 tildelte Region Hovedstaden kontrakten til Conscia Danmark A/S. I underretningen herom til Conscia Danmark A/S blev det samtidig meddelt, at regionen ville afholde en frivillig standstill-periode på 10 dage, og at leveringskontrakten ikke ville blive indgået før udløbet af standstill-perioden, som oplystes at være "med udgangen af 25-08-2022".

Den 26. august 2022 oplyste Region Hovedstaden Conscia Danmark A/S, at "Standstillperioden er nu udløbet og regionen har ikke modtaget klager".

Region Hovedstaden har indgået kontrakt med Conscia Danmark A/S.

Region Hovedstaden har for klagenævnet fremlagt en analyse fra 2021 af regionens informationssikkerhed. Analysen er udført efter CIS20-standarden. Af analysen fremgår bl.a.:

”Der er generelt etableret et godt overblik over Regionens knudepunkter imod internettet, og alle internetvendte tjenester er beskyttede af Palo Alto firewalls, hvor der er URL filtrering, og der blokeres på 8 kategorier af ondsindede hjemmesider, ud fra et sikkerhedsmæssigt hensyn. Identifikationen af ondsindede hjemmesider er dog en manuel proces og der findes grænsetilfælde, hvor der ikke er kendskab til, om der gennemføres blokering, hvis det ikke er netværksafdelingen, som administrerer udstyret.

Der gennemføres monitorering af netværksforbindelser via Palo Alto, men der er ikke noget overblik over, hvilke netværksforbindelser der er autoriseret, så det er ikke muligt at identificere hvilke, som ikke er autoriseret.

...

Der anvendes generelt intrusion prevention på alle Palo Alto bokse, dog er det blevet oplyst, at der er usikkerhed omkring, hvor dækkende det nuværende setup er.”

Region Hovedstaden har oplyst, at regionen af sikkerhedsmæssige, organisatoriske, tekniske og økonomiske grunde har ønsket at bevare sin eksisterende it-infrastruktur, herunder eksisterende firewalls og sandkasseløsning. Baggrunden for dette er ifølge regionen, at det vil indebære en betydelig meromkostning, hvis regionen skal udskifte alle sine firewalls, ligesom der også ville være en vis teknisk og organisatorisk risiko forbundet med omstillingen.

Region Hovedstaden har til belysning af hensigtsmæssigheden i at sikre, at endpoint-beskyttelse kan samarbejde med firewalls fremlagt et eksempel fra SentinelOne: ”Why you need endpoint protection and firewalls working together for true security”, hvoraf fremgår bl.a.:

”To protect against these increasingly sophisticated threats, organisations must take an interconnected, holistic approach to security. One of the most effective strategies is to combine technologies that can identify threats across the enterprise network and act to prevent them in concert before they can spread. Integrating a firewall solution with an next-gen protection platform, including integrated Endpoint Detection and Response (EDR) capabilities, allows the two solutions to work together and provide complete, integrated security.”

Trend Micro har oplyst, at Region Hovedstaden har igangsat et nyt udbud med henblik på at anskaffe licenser til endpoint-, cloudbeskyttelse og SOAR samt tilknyttede ydelser til henholdsvis 52.000 PC-klienter og 60.000 Cloud-brugere samt en SOAR-plattform. Udbuddet indeholder de samme påklagede krav om integration og interoperabilitet med regionens Palo Alto-produkter, og Trend Micro har oplyst, at virksomheden er afskåret fra at byde på det nye udbud henset til de fastsatte krav.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Trend Micro har gjort gældende, at udbudsmaterialet er i strid med udbudslovens § 40, stk. 4, og principperne om ligebehandling og proportionalitet i udbudslovens § 2, da konkurrencen som følge af de opstillede krav til endpoint-licenserne har skabt ubegrundede hindringer for de økonomiske aktører og reelt favoriseret ét bestemt produkt.

Ved fastsættelsen af de tekniske specifikationer skal ordregiveren give økonomiske aktører lige adgang til udbuddet og må ikke kunstigt indsnævre konkurrencen. Fraviger ordregiveren dette udgangspunkt, skal fravigelsen både være sagligt begrundet og proportional. De fastsatte krav K12, K18 og K19 er ikke sagligt begrundet og proportionale. Kravene er kunstige og konstruerede til lejligheden for at omgå udbudsreglerne og anskaffe specifikke produkter fra Palo Alto.

Region Hovedstaden har i opgavebeskrivelsen fastlagt en række krav, som indebærer en indskrænkning af konkurrencen til kun at kunne omfatte Palo Alto-produkter. Det er ikke muligt at finde andet kendt endpoint-beskyttelsessoftware, der opfylder de specifikke krav, som regionen har opstillet. De detaljerede krav har dermed en konkurrencebegrænsende virkning.

I medfør af opgavebeskrivelsens krav 12 skulle endpoint-licenserne være i stand til at hente og anvende firewallgenererede logdata fra regionens eksisterende firewalls, dvs. Palo Alto Networks Next Generation Firewalls. Selvom regionen i øjeblikket kun har 90 Palo Alto firewall-licenser, omfattede indkøbet 7.000 endpoint-licenser. Herudover er regionens reelle behov for endpoint-licenser langt højere og tæller mellem 50.000-60.000 brugere i

alt. Anskaffelsen af 7.000 endpoint-licenser udgør en kunstig opdeling af regionens samlede behov for endpoint-licenser. Regionens krav om integrering mv. til Palo Alto firewalls er usaglige og uproportionale alene af hensyn til antallet af licenser.

Regionen har ikke gjort forsøg på at minimere den konkurrencebegrænsende virkning af de opstillede krav på nogen måde. Kravene K12, K18 og K19 bevirker, at kun Palo Alto-produkter kan opfylde regionens behov, og giver ikke plads til, at andre konkurrerende producenter kan tilbyde samme overordnede løsninger og funktionalitet. Både firewalls og sandkasse-løsninger er produkter, som findes i mange andre versioner på markedet, der kan opfylde regionens behov. Udbudsmaterialet indeholder dermed krav, som ikke står i et rimeligt forhold til det konkrete indkøb, og som går videre, end hvad der er nødvendigt for at imødekomme regionens konkrete saglige behov for endpoint-beskyttelsessoftware.

Derudover går krav K12, K18 og K19 væsentligt længere end nødvendigt med henblik på at opnå det ønskede sikkerhedsniveau.

Regionens synspunkt om, at det vil indebære en ”betydelig meromkostning” at udskifte de eksisterende firewalls, ligesom der vil være en vis ”teknisk og organisatorisk risiko forbundet med omstillingen”, er ikke nærmere underbygget.

I vurderingen af proportionalitet skal regionens samlede behov inddrages. Dette skyldes, at den indskrænkning af konkurrencen, som krav K12, K18 og K19 er udtryk for, ikke alene vedrører dette udbud, men ligeledes vil få betydning for regionens indkøb af resterende endpoint-licenser og dermed vidtrækkende betydning for konkurrencen flere år frem i tiden.

Der skal i proportionalitetsvurderingen ses på, om et indkøb kan tilrettelægges på en måde, som både tilgodeser regionens behov for ikke at betale for meget og opnå den nødvendige IT-sikkerhed, samtidig med at konkurrencen åbnes for et bredere felt af leverandører. Med henblik på ikke at ”låse” markedet til et enkelt fabrikat, ville det derfor være nærliggende at inddrage skifteomkostninger. Det er Trend Micros opfattelse, at skifteomkostningerne forbundet med anvendelsen af et andet fabrikat end Palo Alto, herunder en anskaffelse af nye firewalls, samlet ville beløbe sig til omkring 3 mio. kr. Set i

forhold til regionens forventelige indkøb af yderligere 63.000 endpoint-lisenser – svarende til en udgift på ca. 30-40 mio. kr. – og i forhold til, at regionens samlede investeringer i sin IT-infrastruktur er væsentlige, er skiftomkostningerne ganske beskedne.

Udbuddet har dermed været skræddersyet med henblik på anskaffelsen af Palo Alto-produkter. Favoriseringen af Palo Alto-produkter er ikke objektivt begrundet, ligesom indkøbets størrelse er uproportionalt.

Det påhviler Region Hovedstaden at dokumentere, at opgavebeskrivelsen og behovsopgørelsen er sagligt begrundet. Denne bevisbyrde har regionen ikke løftet.

Trend Micro har derudover gjort gældende, at Region Hovedstadens opgavebeskrivelse reelt dækker over et produktvalg i strid med udbudslovens § 42 og ligebehandlingsprincippet, jf. udbudslovens § 2.

Region Hovedstaden har gjort gældende, at en ordregivende myndighed som altovervejende hovedregel er berettiget til at fastsætte de tekniske specifikationer, som den finder nødvendige og passende, og som er forbundet med kontraktens genstand, jf. udbudslovens § 40, stk. 4, § 42 og § 2. Det følger endvidere af lovbemærkningerne til udbudslovens § 40, stk. 4, at ordregiveren kan fastsætte de tekniske specifikationer, således at det alene er visse økonomiske aktører, der har adgang til udbuddet, når der er saglige grunde til at stille kravene. Herudover følger det af fast klagenævnspraksis, at ordregivere har et bredt skøn ved opgørelsen af deres indkøbsbehov og ved fastlæggelse af kravene til, hvordan disse behov skal opfyldes.

De fastsatte krav i opgavebeskrivelsen, herunder K12, K18 og K19, er sagligt begrundede og dermed i overensstemmelse med udbudslovens § 40, stk. 4, § 42 samt de grundlæggende principper om ligebehandling og proportionalitet i udbudslovens § 2. Det er sagligt og proportionalt, at Region Hovedstaden af sikkerhedsmæssige, organisatoriske, tekniske og økonomiske grunde har ønsket at bevare sin eksisterende it-infrastruktur, herunder eksisterende firewalls og sandkasseløsning i videst muligt omfang.

Det vil indebære en betydelig meromkostning for Region Hovedstaden at udskifte alle sine firewalls, ligesom der også ville være en vis teknisk og organisatorisk, herunder driftsmæssig risiko forbundet med omstillingen. Den

tekniske risiko består bl.a. i, hvorledes en udskiftning vil passe ind i regionens arkitektur og opsætning, hvor opsætning af firewalls er en ret kompleks opgave.

Region Hovedstaden har ikke opgjort, hvilke meromkostninger en udskiftning af firewalls ville kunne medføre. En udskiftning vil dog – ud over omkostningerne til anskaffelsen – bl.a. afstedkomme et behov for opdatering af firewall-regler, politikker og vejledninger, hvilket vil være ressourcekrævende og udgøre en meromkostning. Herudover er det generelt anerkendt, at it-projekter er forbundet med risici, herunder forretningsmæssige, tekniske og økonomiske risici. Såfremt regionen i forbindelse med anskaffelsen af endpoint-software også skulle udskifte sine firewalls, ville det således afstedkomme yderligere risici og et forøget ressourceforbrug. Trend Micros opgørelse af skifteomkostninger til omkring 3 mio. kr. er udokumenteret og ikke nærmere begrundet.

Region Hovedstadens eksisterende infrastruktur kan bidrage til realiseringen af regionens ønske om øget sikkerhed. Allerede og alene af denne grund er krav K12, K18 og K19 saglige og proportionale. Det er sagligt og proportionalt at stille krav om, at endpoint-softwaren kan udnytte de i krav K12 omhandlede logdata samt integrere mv. med sandkasseløsningen på den i K18 og K19 beskrevne måde, da dette er en effektiv måde at øge sikkerheden på.

Kravet om at udnytte logdata understøttes bl.a. af ISO 27001, Annex A ”Referencekontrollmål og kontroller”, kontrol A.12.4.1 vedrørende hændelseslogging, der foreskriver, at hændelseslogging til registrering af brugeraktivitet, undtagelser, fejl og informationssikkerhedshændelser skal udføres, opbevares og gennemgås regelmæssigt. Formålet med kontrol A.12.4.1 er generelt at registrere hændelser og tilvejebringe bevis i relation til potentielle og realiserede sikkerhedshændelser. Det følger også af CIS Control 08 ”Audit Log Management”, at det anbefales at indsamle detaljerede logs i tråd med det, der er fastsat i K12. Derudover er de fastsatte krav i K18 og K19 i tråd med CIS Control 09 ”Email and Web Browser Protections”, safeguard 9.6. Kravene om at gøre brug af regionens sandkasseløsning (sandboxing), jf. K18 og K19, understøttes endvidere af Center for Cybersikkerheds undersøgelsesrapport, ”Anatomien af målrettede ransomware-angreb”. Kravene K12, K18 og K19 er fastlagt i tråd med substansen og teknikkerne i de anførte sikkerhedsforanstaltninger, som Digitaliseringsstyrelsen og Center for Cy-

bersikkerhed har henvist til. Både CIS Controls og MITRE ATT&CK er udbredte og anerkendte ramme-værk, der bl.a. benyttes i vejledningsarbejdet af toneangivende danske myndigheder, hvilket yderligere understøtter, at der er tale om sagligt begrundede og proportionale krav.

Region Hovedstaden har hverken henvist til et bestemt fabrikat eller mærke i strid med udbudslovens § 42, stk. 1. Det forhold, at Trend Micro ikke kan opfylde et konkret krav, eller at kravet alene kan opfyldes af en enkelt eller to leverandører eller producenter på markedet, indebærer ikke, at kravet er fastsat i strid med udbudslovens § 40, stk. 4, § 42 og § 2. Et sagligt begrundet krav skal således ikke udgå, blot fordi kun én eller nogle få leverandører eller producenter vil kunne opfylde det. Efter udbudslovens § 40, stk. 4, og forarbejderne hertil er det tilladt at fastsætte saglige krav, herunder tekniske specifikationer, selvom det betyder, at alene visse økonomiske aktører afgiver tilbud. Ligebehandlingsprincippet stiller dermed ikke krav om, at ethvert vilkår i udbudsmaterialet skal være konkurrenceneutralt for alle aktører på markedet, og en ordregiver har således ikke pligt til at sænke sine krav til en ydelse som følge af, at kun én eller nogle få leverandører vil kunne levere det ønskede, hvis kravene i øvrigt er saglige.

Region Hovedstaden modtog mere end et tilbud, og der var således konkurrence om kontrakten. Både Atea A/S og Conscia Danmark A/S opfyldte kravet om, at den leverede standardsoftware til endpoint-beskyttelse skulle kunne integreres med regionens eksisterende it-infrastruktur. Det er et udbredt fænomen på markedet for standardsoftware, at konkurrencen finder sted imellem forhandlere af software, der til tider tilbyder samme softwareprodukter. Dette er en konsekvens af udbredelsen af proprietær software på markedet og ikke udtryk for usaglige krav stillet af regionen. Det er helt normalt, at kunden ønsker, at allerede anskaffede produkter skal kunne sameksistere med henblik på at fastholde eller øge et allerede etableret sikkerhedsniveau. Det forhold, at der kun modtages få eller et enkelt tilbud under et udbud, er ikke nødvendigvis udtryk for, at der ikke har været tilstrækkelig konkurrence.

Vedrørende antallet af licenser har ordregivere et bredt skøn ved opgørelsen af deres indkøbsbehov og ved fastlæggelse af kravene til, hvordan disse behov skal opfyldes. Trend Micro synes at problematisere anskaffelsen af 7.000 endpoint-licenser sammenholdt med regionens 90 firewall-licenser. Antallet af firewalls hænger bl.a. sammen med antallet af fysiske lokationer, mens

antallet af endpoint-licenser hænger sammen med de omfattede antal endpoints (servere). Antallet af endpoint-licenser er derfor ikke knyttet til antallet af firewall-licenser. Fastsættelsen af det kvantitative behov for endpoint-licenser skal ses i lyset af, at der er tale om en omfattende og kompleks it-infrastruktur samt en kritisk anskaffelse, hvorfor størrelsen af regionens behov er behæftet med en vis usikkerhed.

Ad påstand 2

Trend Micro har gjort gældende, at betingelserne for at annullere Region Hovedstadens beslutning om at tildele kontrakten om levering af antivirus-licenser til Conscia Danmark A/S er opfyldt som følge af overtrædelsen af de udbudsretlige regler, jf. det anførte ad påstand 1.

Region Hovedstaden har gjort gældende, at da Trend Micro ikke skal have medhold i påstand 1, jf. det anførte ad påstand 1, skal Trend Micro heller ikke have medhold i annullationspåstanden.

Ad påstand 3 og 4

Trend Micro har gjort gældende, at betingelserne for, at kontrakten mellem Region Hovedstaden og Conscia Danmark A/S skal erklæres for uden virkning, er opfyldt. Da Region Hovedstaden har indgået kontrakt med Conscia Danmark A/S i strid med udbudslovens afsnit II, skal kontrakten erklæres for uden virkning i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 4, da kontrakten er baseret på et dynamisk indkøbssystem, og den anslåede kontraktværdi overstiger tærskelværdien fastsat i disse regler.

Der er grundlag for at pålægge Region Hovedstaden en alternativ økonomisk sanktion, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 19, stk. 2, nr. 6, såfremt klagenævnet ikke erklærer de indgåede kontrakter for uden virkning, jf. lovens § 17, eller kun erklærer kontrakterne for uden virkning for fremtiden, jf. § 18. Såfremt kontrakten alene erklæres for delvis uden virkning, bør den del af kontrakten, der opretholdes, være så kortvarig som muligt inden for den gældende kontraktperiode. Hertil bør der idømmes en økonomisk sanktion for den del af kontrakten, der er blevet opretholdt.

Region Hovedstaden har gjort gældende, at regionen har afholdt en frivillig standstill-periode i overensstemmelse med lov om Klagenævnet for Udbud §

3, herunder overholdt kravene til begrundelse og underretning i lov om Klagenævnet for Udbud § 2 eller udbudslovens § 171, og kontrakten er indgået i overensstemmelse med udbudsreglerne. Der er derfor ikke belæg for at erklære kontrakten for ”uden virkning”, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 2. Da anvendelse af lov om Klagenævnet for Udbud § 18, stk. 2, og §§ 19 eller 20, forudsætter, at kontrakten kan erklæres for ”uden virkning” i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, er der endvidere ikke belæg for at pålægge regionen en alternativ sanktion.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Det følger af udbudslovens § 40, stk. 1 og 4, at de tekniske specifikationer, der er anført i udbudsmaterialet, skal give økonomiske aktører lige adgang til udbuddet og ikke må bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for, at et udbud åbnes for konkurrence.

Af forarbejderne til udbudslovens § 40, stk. 1, jf. lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015, fremgår bl.a.:

”Ordregiveren skal være særlig opmærksom på proportionalitetsprincippet i forbindelse med udarbejdelsen af de tekniske specifikationer, idet ordregiveren i henhold til proportionalitetsprincippet alene kan fastsætte krav, der er proportionale med kontraktens værdi og mål. Som følge heraf kan der alene fastsættes krav, der er nødvendige og passende for gennemførelsen af de tilsigtede formål.”

Endvidere fremgår det af forarbejderne til udbudslovens § 40, stk. 4, jf. lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015, bl.a.:

”I henhold til bestemmelsen i stk. 4 skal de tekniske specifikationer give økonomiske aktører lige adgang til udbuddet, og må ikke bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for, at et udbud åbnes for konkurrence.

Bestemmelsen medfører, at ordregiveren ved udarbejdelse af de tekniske specifikationer, skal sikre en lige adgang til udbudsproceduren for de økonomiske aktører. Bestemmelsen er et udtryk for ligebehandlingsprincippet i § 2, hvorefter ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet og proportionalt. Som følge heraf kan ordregiveren fastsætte de tekniske specifikationer, således det

alene er visse økonomiske aktører, der har adgang til udbuddet, hvis disse krav er saglige. Ensartede økonomiske aktører skal dog have en lige adgang til udbudsproceduren.

Endvidere må ordregiveren ikke i de tekniske specifikationer skabe ubegrundede hindringer for konkurrencen eller på andre måder kunstigt indsnævre konkurrencen.

Som følge heraf vil det alene være muligt for ordregiveren at fastsætte krav til tekniske specifikationer, som har en konkurrencebegrænsende virkning, hvis ordregiveren kan anføre saglige grunde til at stille kravene.”

Det følger derudover af udbudslovens § 42, stk. 1, at en ordregiver ikke i de tekniske specifikationer, jf. § 40, må 1) angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, som kendetegner de produkter eller de tjenesteydelser, som en bestemt økonomisk aktør leverer, eller 2) henvise til et bestemt varemærke eller patent eller en bestemt type, oprindelse eller produktion med det resultat, at visse økonomiske aktører eller varer favoriseres eller elimineres.

Af forarbejderne til bestemmelsen, jf. lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015, fremgår bl.a.:

”Hvis ordregiveren har behov for, at et indkøb er kompatibel med ordregiverens eksisterende produkter, kan ordregiveren efter omstændighederne være berettiget til at henvise til det eksisterende produkt, som det ønskede indkøb skal være kompatibel med. I denne forbindelse kan ordregiveren henvise til et specifikt varemærke med henblik på at tydeliggøre ordregiverens behov.”

Region Hovedstaden har i de tekniske specifikationer stillet krav om, at tilbudt endpoint-beskyttelsessoftware skal 1) kunne hente og anvende firewall-genererede logdata fra Region Hovedstadens Palo Alto firewalls (Krav 12), 2) integrere til og benytte Region Hovedstadens Palo Alto sandkasseløsning (Krav 18) og 3) sende alle ukendte “Portable executable files” på endpoints til Region Hovedstadens Palo Alto sandkasseløsning (Krav 19).

Der er således i de tekniske specifikationer stillet krav om, at det indkøbte software skal være kompatibelt med regionens eksisterende firewalls og sandkasseløsning. De stillede krav medfører en indsnævring i konkurrencen,

derved at kravene udelukker en række software-produkter, herunder endpoint-beskyttelsessoftwaren fra Trend Micro.

Region Hovedstaden har som begrundelse for at fastsætte de tekniske specifikationer anført, at regionen med kravene i K12, K18 og K19 har til hensigt at bevare og udnytte den eksisterende infrastruktur, herunder firewalls og sandkasseløsning, for derved bl.a. at bidrage til øget it-sikkerhed. Regionen har endvidere anført, at såfremt regionen i forbindelse med anskaffelsen af endpoint-software skulle udskifte sine firewalls, ville det afstedkomme yderligere risici og et forøget ressourceforbrug.

Efter fast klagenævnspraksis er det ordregivers valg, hvordan kontraktgenstanden skal defineres. En ordregiver fastsætter således inden for de rammer, der følger af udbudsreglerne, bl.a. hvorledes de udbudte ydelser skal beskrives, og hvilke krav der skal stilles til ydelserne. Ordregiveren kan i den forbindelse, jf. forarbejderne til udbudslovens § 40, stk. 4, fastsætte de tekniske specifikationer, således at det alene er visse økonomiske aktører, der har adgang til udbuddet, hvis disse krav er saglige. Endvidere må ordregiveren ikke i de tekniske specifikationer skabe ubegrundede hindringer for konkurrencen eller på andre måder kunstigt indsnævre konkurrencen.

Jakob O. Ebbensgaard udtaler herefter:

Jeg finder, at det var sagligt begrundet, at Region Hovedstaden ved anskaffelse af endpoint-beskyttelsessoftware tog hensyn til ønsket om at bevare og udnytte den eksisterende infrastruktur, herunder firewalls og sandkasseløsning, for derved at bidrage til øget it-sikkerhed og minimere risici, og jeg finder, at kravene i K12, K18 og K19 ikke går væsentligt længere end nødvendigt med henblik på at opnå det ønskede sikkerhedsniveau.

Kravene i K12, K18 og K19 er derfor i overensstemmelse med udbudslovens § 2, og det er min vurdering, at de fastsatte krav er sagligt begrundede og proportionale.

Som anført fremgår det af forarbejderne til udbudslovens § 42, stk. 1, at ordregiveren efter omstændighederne kan være berettiget til at henvise til et eksisterende produkt, som det ønskede indkøb skal være kompatibelt med.

Region Hovedstaden har herefter været berettiget til ved fastsættelsen af de tekniske specifikationer i K12, K18 og K19 at henvise til regionens eksisterende løsning fra Palo Alto. Regionen har således ikke derved angivet et bestemt fabrikat m.v. på en sådan måde, at regionen har overtrådt forbuddet i udbudslovens § 42, stk. 1.

Jeg stemmer derfor for ikke at tage påstanden til følge.

Maria Haugaard udtaler:

Jeg finder, at udbudslovens §§ 40 og 42 samt forarbejderne hertil skal forstås således, at det er Region Hovedstaden, som skal bevise, at de stillede krav er proportionale i forhold til kontraktens værdi og mål, ligesom det er regionen, som skal sikre, at de stillede krav er nødvendige og passende.

Desuagtet at regionen har et bredt skøn ved tilrettelæggelsen af udbud, ved opgørelsen af sit indkøbsbehov og ved fastlæggelse af kravene til, hvordan regionens behov opfyldes, finder jeg, at regionen ikke i tilstrækkelig grad har redegjort for, hvorfor de stillede krav er nødvendige og saglige.

Regionen henviser til, at den eksisterende it-infrastruktur skal bevares af ”sikkerhedsmæssige, organisatoriske, tekniske og økonomiske grunde”, ligesom regionen skriver, at den ”eksisterende infrastruktur kan bidrage til realiseringen af regionens ønske om øget sikkerhed. Allerede og alene af denne grund er krav K12, K18 og K19 saglige og proportionale.”

Øget sikkerhed er et væsentlig hensyn, men jeg finder, at regionen ikke ved disse generelle vendinger har redegjort for, hvorfor det alene er Palo Alto produkter, som kan sikre den ønskede sikkerhed. Når der stilles krav om snitflader til eksisterende firewalls og sandkasseløsninger, bør det vurderes, om disse krav er proportionale med det, som skal købes. I den forbindelse ses på, at der i første omgang købes 7.000 licenser, men efterfølgende også +50.000 licenser, som alle kræver snitflader til de to beskrevne Palo Alto-produkter.

Regionen forholder sig ikke til, at med den måde, hvorpå kravene er formuleret, kan der reelt kun leveres produkter fra én producent. Dette skærper kravene til regionens bevisbyrde, og ordregiver bør derfor kunne redegøre for, hvorfor de stillede krav var nødvendige og sagligt begrundet.

Jeg finder på den baggrund, og som sagen er oplyst for klagenævnet, at regionen ikke har løftet sin bevisbyrde.

Jeg stemmer derfor for at tage påstanden til følge.

Da formandens stemme er udslagsgivende ved stemmelighed, tager klagenævnet ikke påstanden til følge.

Ad påstand 2, 3 og 4

Efter det, der er anført ad påstand 1, er der ikke grundlag for at tage påstandene til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Filial af Trend Micro Emea Limited skal i sagsomkostninger til Region Hovedstaden betale 40.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nadia Reichenbach Bodentien
Kontorelev