

K E N D E L S E

Axiell Danmark A/S
(advokat Charlotte Kunckel, Hellerup)

mod

Kombit A/S
(advokat Thomas Thorup Larsen, København)

Klagenævnet har den 19. januar 2015 modtaget en klage af samme dato fra klageren, Axiell Danmark A/S (herefter Axiell).

Det fremgår af klageskriftet, at indklagede, Kombit A/S (herefter Kombit), den 9. januar 2015 i henhold til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 4 har offentliggjort en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende. Af bekendtgørelsen fremgår, at Kombit har til hensigt at indgå kontrakt med Dantek A/S uden offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse i medfør af udbudsdirektivets artikel 31, stk. 4, litra a.

Axiell har anmodet om, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnets formand har den 20. januar 2015 på denne baggrund og efter gennemgang af oplysningerne i sagen tillagt klagen midlertidig opsættende virkning.

Klagenævnet har herefter truffet endelig afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med

bilag 1 – 5, svarskrift med bilag A – D, uddybende klageskrift med bilag 6 - 24 og supplerende svarskrift med bilag E.

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 28 og/eller 31, stk. 4, litra a, ved at tildele en kontrakt til Dantek A/S benævnt ”Ændringsanmodning i forbindelse med datakonvertering og dataoverførsel” i henhold til proceduren udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, uanset at betingelserne for anvendelse af denne procedure ikke var opfyldt.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten benævnt ”Ændringsanmodning i forbindelse med datakonvertering og dataoverførsel” til Dantek A/S.”

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

Kombit har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Andre oplysninger i sagen:

Det forudgående EU-udbud

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 054-089026 af 13. marts 2013 udbød Kombit som offentligt udbud en kontrakt vedrørende udvikling, drift, vedligehold og videreudvikling af nyt fælles bibliotekssystem. Kontraktens anslåede værdi var 15-30 mio. kr.

I udbudsbekendtgørelsen er det oplyst, at Kombit er en indkøbscentral og udbyder kontrakten på vegne af alle landets kommuner samt Dansk Centralbibliotek i Sydslesvig.

Dantek A/S (herefter Dantek) afgav eneste konditionsmæssige tilbud, og Kombit indgik den 6. august 2013 den udbudte kontrakt med Dantek.

Axiell klagede til klagenævnet, der ved kendelse af 29. januar 2014 ikke tog klagen til følge. Axiell har herefter indbragt sagen for domstolene, hvor den

efter det oplyste stadig verserer. Axiell, som parterne er enige om er den absolut markedsførende med over 80 % af markedet for bibliotekssystemer til folkebiblioteker, havde ikke afgivet tilbud under udbuddet.

I kravspecifikationen var som krav 121 fastsat:

”Systemet skal indeholde en dataimport-komponent, der kan importere data fra de eksisterende bibliotekssystemer, som beskrevet i afsnit 6.2.3.12.”

I kravspecifikationens afsnit 6.2 ”Målarkitektur”, var bl.a. anført:

”Bemærk at der udover de i målarkituren angivne komponenter, også skal udvikles en komponent, der håndterer datamigrering fra de eksisterende bibliotekssystemer til Systemet. Denne er nærmere beskrevet i 6.2.3.12....”.

Kravspecifikationens afsnit 6.2.3.12 lød:

”For at understøtte udrulningen af Systemet i kommunerne, skal der udvikles en dataimporteringskomponent, der håndterer migrering af al relevant data fra eksisterende bibliotekssystemer til Systemet.

Denne komponent skal indeholde funktionalitet, der sikrer migrering af data fra de kendte bibliotekssystemleverandører (Dantek løsninger, Axiell med DDElibra, DBC med Integra og Fujitsu med Aleph til Systemet.) Komponenten skal desuden kunne tage højde for, at disse systemer kan være i drift i forskellige versioner.

Som en del af komponenten skal det være muligt for en kommune at lave en test af migrering (såfremt deres biblioteker er baseret på et af de nævnte systemer), der kan afdække, i hvor stor grad migrering skal ”customiseres” for kommunen. Jo mere det lokale system er tilrettet, og hvor stringent man har været med indhold i datafelter, kan have stor betydning for den manuelle indsats ifm migrering, uanset om man anvender et generelt system.

Leverandøren skal udvikle funktionalitet, der kan importere data fra kørende bibliotekssystemer til Systemets datamodel (og tage højde for forskellige versioner af disse systemer). Såfremt kommunen har fået ændret det eksisterende bibliotekssystems datamodel (uden at dette er slået igennem i systemets standard datamodel), er det kommunens ansvar at rette op på dette, så data kan migreres.

Denne komponent indeholder ikke funktionalitet til datavask af de data, der skal importeres, når det drejer sig om, at datafelterne i de eksisterende bibliotekssystemers datamodel er blevet udfyldt med forkert data, eller data med flere virkninger er indsat i samme felt. Her er det kommunens eget ansvar at kvalitetssikre data inden migreringen. Leverandøren skal dog stille konsulenter til rådighed, som kommunerne kan gøre brug af til at assistere med datavask for en timepris som angivet i bilag 5."

Kombit har under denne sag beskrevet flytning af data som indeholdende følgende faser:

- 1) Datavask
- 2) Dataudtræk fra det eksisterende system
- 3) Datakonvertering, hvor der sker en ændring fra eksisterende format til den nye løsnings format
- 4) Dataimport, hvor de konverterede data lægges ind i det nye system, og
- 5) Datavalidering, dvs. kontrol af, at der er gennemført en korrekt flytning af data.

Datavask (1) skulle foretages af bibliotekerne/kommunerne selv. Dataudtræk (2) skulle foretages af eksisterende leverandører, mens dataimporten (4) og datavalidering (5) skulle foretages af den nye leverandør.

Efter Kombits opfattelse skulle datakonvertering (3) udføres enten af de eksisterende eller den overtagende leverandør. Efter Axiells opfattelse var datakonvertering (3) omfattet af krav 121 og dermed den udbudte kontrakt.

Drøftelser med de hidtidige leverandører

Inden Kombit den 6. august 2013 indgik kontrakt om det ny Fælles Bibliotekssystem med Dantek, sendte Kombit den 4. april 2013 en mail til Axiell (som eksisterende leverandør) således:

"...[hermed] sender jeg en overordnet beskrivelse af, hvad det er vi ønsker at indgå en aftale om. Det er essentielt, at vi kan nå frem til en eller anden enighed inden tilbudsfristens udløb, som begge parter kan leve med, så vi vil meget gerne høre, hvordan i forholder jer til dette og eventuelt hvor lang tid i skal bruge for at komme med et estimat..."

Axiell anførte den 9. april 2013, at udvikling af et standardudstyr til dataudtræk ville kræve 5-7 uger. Det var Axiells vurdering, at Axiell ikke kunne varetage opgaver ud over dataudtræk, herunder datavask (1), som også skulle foretages af kommunerne selv, navnlig under hensyntagen til Axiells juridiske forpligtelser over for Axiells kunder.

Også efter kontraktindgåelsen i august 2013 var der løbende kontakt mellem Kombit og Axiell, herunder flere møder i sommeren 2014. Kombit fremsendte til brug for et møde den 3. juli 2014 "Teknisk Note" udarbejdet af Dantek.

Af notens afsnit 2, "Ansvarsfordeling ifm. dataimport", fremgår:

"Dantek Library indeholder en komponent der håndterer migrering af relevant data fra eksisterende bibliotekssystemer til Dantek Library.

Forløbet for dataimport af relevant data er som følger:

Data udlæses (ekstrakt) fra eksisterende bibliotekssystem evt. vha. eksisterende funktionalitet.

Data transformeres til mellemformat (baseret på XSD beskrevet i dette dokument).

Dataimport komponent importerer XML til Dantek Library.

Skematisk kan dette skitseres som følger:

...

Dette dokument beskriver XML schema for mellemformatet. XML sikrer løs kobling mellem Dantek Library og migrationen fra udgående system, billiggør hele komplekset af migrationsforløb osv.

I det følgende beskrives hhv. Kommuners og Danteks ansvar i forbindelse med migrering:

Kommuners ansvar:

Det er kommunens eget ansvar at levere data i mellemformat.

Mellemformen er et XML dokument som skal være validt i henhold til et XML Schema som er beskrevet i dette dokument og som er en del af Dantek leverancen.

Det er kommunens eget ansvar at kvalitetssikre data inden migreringen. Såfremt kommunen har fået ændret det eksisterende bibliotekssystems datamodel (uden at dette er slået igennem i systemets standard datamodel), er det kommunens ansvar at rette op på dette, så data kan migreres. For eksempel når det drejer sig om, at datafelterne i de eksisterende bibli-

otekssystemers datamodel er blevet udfyldt med forkert data, eller data med flere virkninger er indsat i samme felt.

Dantek ansvar

Levere dataimporteringskomponent der:

Indeholde funktionalitet, der sikrer import af data fra de kendte bibliotekssystemleverandører (Dantek løsning, Axiell med DDElibra, DBC med Integra og Fujitsu med Aleph til Systemet.)

Dette sker ved at importere data fra de eksisterende bibliotekssystemer drevet af de XML dokumenter der er valide i henhold til XML schema beskrevet i dette dokument.

Import komponent indeholder ikke funktionalitet til datavask af de data, der skal importeres når det drejer sig om, at datafelterne i de eksisterende bibliotekssystemers datamodel er blevet udfyldt med forkert data, eller data med flere virkninger er indsat i samme felt.

Leverer mulighed for test af migrering

...”

Da de to langt største eksisterende leverandører, Axiell og DBC, havde tilkendegivet, at man ikke havde ressourcer til at håndtere selve datakonverteringen, fremsendte Kombit et ”Oplæg til aftale for datadump leverancer til datakonvertering i FBS”, hvorefter de eksisterende leverandører, Axiell og DBC, alene skulle gennemføre ”datadumps”, dvs. alene gennemføre dataudtrækket og ikke gennemførelse af den fulde datakonvertering.

Oplægget blev sendt til Axiell ved brev af 5. september 2014. Af afsnittet ”Baggrund” fremgår:

”Forud for publicering af udbudsmaterialet i FBS projektet blev alle leverandører til Bibliotekerne anmodet om at afgive et overslag på udarbejdelse af konverteringsprogram med henblik på indkodning af data i importformat til brug for import af data i det nye system.

Axiell, DBS og ExLibris (nuværende aktører med løsninger, der skal erstattes af Dantek Library) har af en række forskellige grunde og på baggrund af drøftelser ført før og efter sommerferien 2014 bakket op om en ændring til den oprindeligt tænkte arbejdsdeling.

I stedet for, at den enkelte aktør udvikler hver en konverteringsapplikation, er der nu en foretrukken model, hvor data dumpes fra de afleverende systemer og konverteringen foretages af en anden part. Den nye model efterlader fortsat mindre opgaver hos de tre aktører og i nærværende oplæg til aftaleindgåelse specificeres aftale rammen og opgaverne.”

På baggrund af oplægget sendte Axiell et tilbud til Kombit på gennemførelse af datadump. I tilbuddet opregner Axiell de produkter og ydelser, der er omfattet af tilbuddet. Opregningen er en gentagelse af det nævnte oplæg, og konvertering fremgår ikke heraf.

Kombit har ved mail af 26 januar 2015 fra leverandøren DBC, der ligesom Axiell har betydelige datamængder, der skal konverteres til brug i Ny Fælles Bibliotekssystem, modtaget bekræftelse på følgende udsagn:

- ”1) DBC og Kombit har drøftet, om DBC kunne stå for konverteringen fra Integra til FBS[fælles bibliotekssystem] importformat
- 2) Af ressourcemæssige og andre grunde blev denne løsningsmodel fra-valgt.”

Profylaksebekendtgørelsen

Ved bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed nr. 2015/S 006-007076, offentliggjort den 9. januar 2015, har Kombit oplyst at ville indgå kontrakt med Dantek om en supplering af kontrakten om levering af Nyt Fælles Bibliotekssystem. Kontrakten betegnes i bekendtgørelsen ”Ændringsanmodning i forbindelse med datakonvertering og dataoverførsel”, og det anføres, at det er ordregiverens opfattelse, at kontrakten kan tildeles til Dantek uden forudgående udbudsbekendtgørelse i henhold til udbudsdirektivets artikel 31, stk. 4, litra a.

Kontrakten vil ifølge bekendtgørelsens punkt II.1.4) angå ”Yderligere tjenesteydelser i forbindelse med datakonvertering og datatransport fra de eksisterende løsninger på markedet til Nyt Fælles Bibliotekssystem”. Kontraktens værdi anslås til 4 mio. kr.

Kombit har som begrundelse for at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i bekendtgørelsens punkt IV.1), ”Type procedure”, anført:

”For at implementere det nye Fælles Bibliotekssystem i hovedparten af de danske kommuner og udfase de eksisterende løsninger på markedet, er det nødvendigt, at der sker en dataoverførsel og en datakonvertering fra de eksisterende løsninger til det nye system. Ved indgåelsen af kontrakt med Dantek A/S vedrørende udvikling m.v. af det Fælles Bibliotekssystem, var det forudsat, at leverandørerne af de eksisterende løsninger skulle forestå en del af dataoverførsels- og datakonverteringsop-

gaven, og at Dantek A/S alene skulle forestå en mindre del af denne opgave. Denne arbejdsfordeling må imidlertid ændres grundet ressource-mangel hos de eksisterende leverandører, således at Dantek A/S udfører en større del af det arbejde, som oprindeligt skulle leveres af leverandørerne af de eksisterende løsninger. Ordregiver har derfor behov for, at indgå en supplerende kontrakt med Dantek A/S, om denne lidt større dataoverførsels- og datakonverteringsopgave.

Det er ordregivers vurdering, at kontrakten kan tildeles til Dantek A/S uden foregående udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende i henhold til udbudsdirektivets art. 31, stk. 4, litra a. Denne vurdering baserer ordregiver på, at:

1) Den supplerende ydelse er blevet nødvendig for udførelsen af den oprindelige ydelse på grund af uforudsete omstændigheder. Den supplerende ydelse vedrørende dataoverførsel og datakonvertering er således alene nødvendig, pga. ressourcemangel hos de eksisterende leverandører, som skulle have leveret en væsentlig del af opgaven. Dantek A/S skal således udføre størstedelen af datakonverterings- og dataoverførselsopgaven, som er altafgørende for implementeringen af det nye Fælles Bibliotekssystem. Ordregiver har ikke haft mulighed for at forudse den ændrede arbejdsfordeling og dermed den større arbejdsopgave hos Dantek A/S, idet ordregiver var af den opfattelse, at de eksisterende leverandører var i stand til at levere den omhandlede ydelse, ved indgåelsen af den oprindelige kontrakt med Dantek A/S.

2) Den supplerende ydelse ligger væsentligt under 50 % af værdien af den oprindelige kontrakt.

3) Ydelsen kan ikke teknisk eller økonomisk adskilles fra den oprindelige ydelse uden væsentlig ulempe for udbyderen, idet opgaven teknisk set kræver indsigt i enten de eksisterende datamodeller for de nuværende løsninger, eller den kommende datamodel i det nye Fælles Bibliotekssystem, og

4) Ydelsen, er absolut nødvendig af hensyn til den fuldstændige gennemførelse af den oprindelige aftale, idet en implementering af det nye Fælles Bibliotekssystem og en ibrugtagning hos kommunerne ikke er mulig uden de eksisterende data.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1 og 2

Axiell har overordnet gjort gældende, at betingelserne for, at Kombit kan anvende udbudsdirektivets artikel 31, stk. 4, litra a, ikke er opfyldt. Be-

stemmelsen er en undtagelsesbestemmelse, som skal fortolkes indskrænkende, jf. EU-Domstolens dom i sag C-337/05, Kommissionen mod Italien.

Kombit har bevisbyrden for, at der hos Axiell – og øvrige leverandører – er den påståede ressourcemangel, jf. EU-Domstolens dom i sag C-199/85, Kommissionen mod Italien. Denne bevisbyrde er ikke løftet. Axiell har således p.t. flere ledige ressourcer til at foretage dataudtræk for sine kunder, dvs. kommunerne/bibliotekerne.

Dataimport – og dermed en væsentlig del af datakonvertering- og dataoverførsel – er omfattet af det oprindelige udbud og den oprindelige kontrakt. Betingelsen om, at den supplerende tjenesteydelse ikke må være omfattet af den oprindelige kontrakt er derfor ikke opfyldt.

Der er heller ikke tale om, at den supplerende kontrakt er blevet nødvendig på grund af uforudsete forhold, hvilket fremgår af korrespondancen mellem Axiell og Kombit. Desuden er det fuldstændigt sædvanligt ved indkøb af nye it-systemer, at der skal ske datakonvertering, såfremt der har været tidligere it-løsninger.

Endelig kan tildeling af kontrakten om ”Ændringsanmodning i forbindelse med datakonvertering og dataoverførsel” til Dantek ikke anses for absolut nødvendigt for at gennemføre kontrakten. Axiell har i den forbindelse gjort gældende, dels at dataimport er en del af den oprindelige kontrakt, dels at Axiell ikke har tilkendegivet ikke at kunne levere dataudtræk til sine kunder til brug for datakonvertering på grund af ressourcemangel. Det er heller ikke Axiell bekendt, at andre eksisterende leverandører skulle have tilkendegivet ressourcemangel. De eksisterende leverandører vil derfor kunne udføre i hvert fald en stor del af den pågældende kontrakt om ændringsanmodning.

Axiell har på denne baggrund gjort gældende, at Kombit har fortaget en åbenbar urigtig vurdering af, om den pågældende kontrakt kunne indgås uden gennemførelse af EU-udbud, og har herved også henvist til EU-Domstolens dom i sag C-19/13, Fastweb.

I det uddybende klageskrift har Axiell supplerende anført, at såfremt datakonvertering (3) skulle have været anskaffet hos de oprindelige leverandører, ville ydelsen være udbudspligtig i sig selv. Et sådant udbud har ikke

været gennemført, endsige varslet. Profylaksebekendtgørelsen angår en kontrakt med en anslået værdi af 4 mio. kr., hvoraf en hel del må anses for at vedrøre egentlig datakonvertering, dvs. migrering (udvikling af dataimporteringskomponent), samt en del datatransport/dataoverførsel, dvs. dataudtræk. Axiell er ikke ud fra de nuværende kontrakter om bibliotekssystemer – som er indgået med de enkelte kommuner og ikke Kombit – forpligtet til at udføre en sådan datakonvertering. Der har ikke været egentlige kontraktforhandlinger mellem Axiell og Kombit om et kontraktudkast med en præcis beskrivelse af opgaven, der på nogen måde understøtter Kombits anbringende om, at Axiell og øvrige leverandører af eksisterende bibliotekssystemer skulle foretage mere end dataudtræk. Kombit henvendte sig i sommeren 2014 til Axiell for at høre, om Axiell kunne foretage datakonverteringen, dvs. migreringen, hvilket blev afvist, ligesom det ikke blev relevant, idet Kombit i stedet ønskede datadumps. Endelig kan en profylaksebekendtgørelse i januar 2015 ikke begrundes med ressourcemangel i sommeren 2014 hos eksisterende leverandører.

Der er således efter Axiells opfattelse intet, der understøtter profylaksebekendtgørelsens punkt IV.1), hvor det er anført, at "...ordregiver var af den opfattelse, at de eksisterende leverandører var i stand til at levere den omhandlede ydelse, ved indgåelsen af den oprindelige kontrakt med Dantek A/S".

Axiells hovedsynspunkt er dog fortsat, uanset om Kombit havde en berettiget forventning om, at de eksisterende leverandører kunne foretage datakonverteringen (3), at det af kravspecifikationens krav 121 fremgår, at dataimport også omfatter datamigrering, dvs. datakonvertering fra eksisterende systemer til nyt system, og at den nye leverandør skulle forestå denne opgave også.

Hertil kommer, at en tredjemand i princippet godt kan foretage konverteringen, blot denne har tilstrækkelig indsigt i det oprindelige og i det nye system. Axiell bestrider derfor, at der er korrekt, at datakonvertering skal udføres af enten den eksisterende eller overtagende leverandør. Kombit har ikke dokumenteret, at tredjemand ikke ville kunne levere datakonvertering.

Herudover vil en eksisterende leverandør alene kunne foretage datakonverteringen, såfremt der modtages en række væsentlige oplysninger om det nye

system. Det kan derfor kræve indsigt i forretningshemmeligheder at udføre en migrering, hvorfor det oftest foretages af den overtagende leverandører.

Endelig er der heller ikke i tidsplanen eller den oprindelige kontrakt i øvrigt taget højde for, at leveringstidspunktet skal koordineres med/kan være afhængigt af eksisterende leverandørers datakonvertering.

Det er i øvrigt Axiells opfattelse, at udvikling af en dataimporteringskomponent under ingen omstændigheder i sig selv vil kunne koste 4 mio. kr. Også på denne baggrund må det lægges til grund, at profylaksebekendtgørelsen tillige omfatter alle eller i hvert fald en del af de dataudtræk, som ellers skulle være foretaget af Axiell.

Kombit har gjort gældende, at betingelserne for at tildele kontrakten efter proceduren udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 28 og udbudsdirektivets artikel 31, stk. 4, litra a, er opfyldt.

Ydelsen er ikke omfattet af den oprindelige kontrakt og er blevet nødvendig på grund af uforudsete forhold. Det er i den forbindelse tilstrækkeligt, at ordregiveren rent faktisk ikke har kunnet forudse den omstændighed, som gør anskaffelsen af den supplerende tjenesteydelse nødvendig. Under den gennemførte leverandørdialog var der enighed blandt markedets leverandører om, at den optimale fremgangsmåde var, at den nye valgte leverandør til levering af Fælles Bibliotekssystem skulle gennemføre dataimport (4) i eget format, mens de eksisterende leverandører, herunder særligt DBC og Axiell, skulle levere dataudtræk (2) og konvertere dette til den nye leverandørs format (3). Den samlede opgave om ”flytning af data” var således delt mellem kommunerne, de eksisterende leverandører og den valgte leverandør til levering af Fælles Bibliotekssystem.

Det var derfor Kombits klare og berettigede forventning, at opgaven med dataudtræk samt datakonvertering var håndteret af de eksisterende leverandører, idet opgaven naturligt hører til gennemførelsen af dataudtræk. Når de eksisterende data var trukket ud og konverteret, skulle den valgte leverandør foretage dataimport (4) og datavalidering (5).

Datakonvertering (3) indgår ikke i krav 121. Det følger af selve ordlyden, der stiller krav om en ”dataimport-komponent, der kan importere data fra de

eksisterende bibliotekssystemer, som beskrevet i afsnit 6.2.3.12”. Af afsnit 6.2.3.12 fremgår, at der skal udvikles ”en dataimporteringskomponent, der håndterer migrering af al relevant data fra eksisterende bibliotekssystemer til Systemet”. Komponenten skal indeholde ”funktionalitet, der sikrer migrering af data fra de kendte bibliotekssystemleverandører”. Krav 121 vedrører således alene dataimport (4) og sikre, at der umiddelbart efter gennemførelse af udbuddet blev defineret en rig datamodel (XML-mellemformat), der i branchen er en velkendt standardmodel, og som anvendes ved import af konverterede data. Den valgte model er så fleksibel, at den kan indeholde alle relevante informationer fra de enkelte bibliotekssystemer.

Opgaven om datakonvertering var således ikke direkte omfattet af den oprindeligt udbudte anskaffelse eller omfattet af den indgåede kontrakt om levering af bibliotekssystemet, men var i stedet en del af transitionen fra de eksisterende leverandører, der skulle håndteres sammen med selve dataudtrækket.

Efter gennemførelse af udbuddet tilkendegav begge eksisterende leverandører imidlertid, at de ikke havde de nødvendige ressourcer til at gennemføre den egentlige konvertering af data. Denne ændring hos de eksisterende leverandører kunne Kombit ikke forudse, idet der i forbindelse med udbuddet var gennemført en leverandørdialog, hvor netop denne konstellation var anbefalet, og leverandørerne tilkendegav ikke klart på noget tidspunkt, at de ikke havde ressourcer til at bemande opgaverne om konverteringen af data.

Konverteringen af data er en absolut nødvendighed for, at Kombit kan idriftsætte og dermed sikre en fuldstændig gennemførelse af levering af det nye Fælles Bibliotekssystem som oprindeligt udbudt. Det er ikke muligt for leverandøren af det nye bibliotekssystem at idriftsætte systemet, førend der er gennemført en konvertering af de eksisterende data samt gennemført en import og validering af de konverterede data. Denne opgave kan ikke udføres af andre end de eksisterende eller den nye leverandør.

Den skønnede værdi for udførelse af datakonverteringen som omfattet af § 4 bekendtgørelsen er begrundet i, at Axiells format er svært tilgængeligt og ikke særlig veldokumenteret, hvorfor konverteringen er meget dyr at gennemføre for andre leverandører.

Kombit har i det supplerende svarskrift om drøftelserne med de hidtidige leverandører supplerende anført, at det under hele udbudsprocessen og den efterfølgende proces har været Kombits opfattelse, at arbejdsfordelingen [de 5 faser] var som angivet. Derfor har det heller ikke været nødvendigt med en drøftelse af ydelserne, førend ydelserne reelt skulle udføres i forbindelse med, at processen for det nye Fælles Bibliotekssystem skred frem. Kombit har imidlertid i god tid kontaktet de eksisterende leverandører, men begge de kontaktede leverandører har afvist at udføre selve datakonverteringen.

Drøftelserne mellem Axiell og Kombit om dataudtræk (2) er pågået løbende, også efter det blev klart, at Axiell ikke ville levere datakonvertering (3). At Kombit skulle fortsætte med at spørge Axiell om udførelse af denne opgave, når det blev afvist gentagne gange, er urealistisk.

Om anmodningen om opsættende virkning

Axiell har med henvisning til det, der er anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at betingelsen om "fumus boni juris" er opfyldt. Da den omhandlede kontrakt ikke har været udbudt, er kravet om "uopsættelighed" ikke til hinder for, at klagen tillægges opsættende virkning. Endelig vejer Axiells interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning, tungere end Kombits interesse i at kunne indgå kontrakten med Dantek.

Kombit har med henvisning til det, der er anført ad påstand 1 og 2, gjort gældende, at Axiell ikke har godtgjort, at Kombit har handlet i strid med udbudsreglerne. Betingelsen om "fumus boni juris" er derfor ikke opfyldt. Kontraktens beskedne værdi og Axiells store markedsandel taler mod, at der vil kunne være tale om et alvorligt eller uopretteligt tab for Axiell, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning. Det bør også indgå i vurderingen, at Axiell har afvist at kunne varetage opgaven og desuden har valgt ikke at afgive tilbud på udbuddet om levering af bibliotekssystemet. Betingelsen om "uopsættelighed" er derfor ikke opfyldt.

Endelig har Axiell ikke godtgjort, at virksomhedens interesse i fastholdelse af en udsættelse af endelig kontraktindgåelse vejer tungere, end Kombits interesse i at kunne indgå kontrakten. Opsættende virkning vil indebære, at de knap 90 tilmeldte kommuner på den nye biblioteksløsning vil blive fastholdt i de oprindelige og langt dyrere kontrakter, idet overgangen til det nye

bibliotekssystem forventes at spare kommunerne for 25 % af de hidtil anvendte omkostninger.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

”Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.”

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

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

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

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

Efter udbudsdirektivets artikel 31, stk. 4, kan en ordregiver indgå offentlige tjensteydelseskontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse

a) ved supplerende tjenesteydelser, som ikke er omfattet af det oprindelige udbud eller den oprindelige kontrakt, og som på grund af uforudsete forhold er blevet nødvendige for udførelsen af tjenesteydelsen som deri beskrevet, forudsat at kontrakten tildeles den økonomiske aktør, som udfører tjenesteydelsen:

- når de supplerende tjenesteydelser ikke teknisk eller økonomisk kan adskilles fra den oprindelige kontrakt uden væsentlige ulemper for den ordregivende myndighed eller

- når tjenesteydelserne, til trods for at de kan adskilles fra den oprindelige kontrakt, er absolut nødvendige af hensyn til dennes fuldstændige gennemførelse.

Det er desuden efter artikel 31, stk. 4, litra a, et krav, at den samlede værdi af kontrakter, som indgås om supplerende tjenesteydelser, ikke må overstige 50 % af den oprindelige kontrakt.

Klagenævnet lægger indledningsvis til grund, at krav 121 og kravspecifikationens afsnit 6.2.3.12 efter kravets ordlyd omfatter dataimport, som Dantek er forpligtet til at levere, men ikke datakonvertering. Som det fremgår bl.a. af Danteks ”Tekniske Note”, har Dantek løftet sin del af opgaven. Betingelsen om, at den supplerende ydelse ikke må være omfattet af det oprindelige udbud eller den oprindelige kontrakt, er efter klagenævnets foreløbige opfattelse opfyldt.

Dernæst lægger klagenævnet til grund, at det var forudsat, at opgaven om ”datakonvertering og dataoverførsel”, som profylaksebekendtgørelsen vedrører, skulle deles mellem de oprindelige leverandører, herunder navnlig Axiell og DBC, og den kommende leverandør, som viste sig at blive Dantek. Axiells anbringende om, at den supplerende kontrakt ville kunne varetages også af tredjemand (dvs hverken hidtidige leverandører eller Dantek) modsiges af Axiells anbringende vedrørende forretningshemmeligheder, og det økonomisk ansvarlige ved en sådan tænkt løsning har i det hele formodningen mod sig.

Den nærmere afgrænsning af opgaverne var imidlertid ikke fastlagt, men genstand for løbende drøftelser, og først i løbet af efteråret 2014 stod det klart, at forudsætningen var bristet.

På denne baggrund finder klagenævnet, at betingelsen om, at de supplerende tjenesteydelser ved uforudsete forhold er blevet nødvendige for udførelsen af tjenesteydelsen, er opfyldt.

Det kan ikke føre til andet resultat, at Axiell efter offentliggørelsen af profylaksebekendtgørelsen nu oplyser at have frie ressourcer.

Da også de øvrige betingelser i artikel 31, stk. 4, litra a, er opfyldt, er der på det foreliggende, foreløbige grundlag ikke udsigt til, at klagenævnet ved sagens endelige afgørelse vil tage påstand 1 og dermed heller ikke påstand 2 til følge.

Betingelsen om ”fumus boni juris” er derfor ikke opfyldt, og klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Christina König Mejl
fuldmægtig