

Udbuddet er vedrørende delaftale 1 og 2 efterfølgende annulleret af
Ejerkredsen ØS Indsigt v/ Region Nordjylland og klagen herefter
tilbagekaldt, således at delkendelsen er klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

EG A/S
(advokat Thomas Grønkær, København)

mod

Ejerkredsen ØS Indsigt v/Region Nordjylland
(advokat Andreas Christensen, Hellerup)

Klagenævnet har den 19. april 2018 modtaget en klage fra EG A/S.

EG A/S har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Ejerkredsen ØS Indsigt (herefter ØS Indsigt) har protesteret mod, at klagen tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse om opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-8 og svarskrift med bilag A-D, replik med bilag 9 og duplik.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande

”Påstand 1:

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, og udbudslovens § 42, ved i udbudsbetingelserne for delaftale 2 omhandlende udvikling og vedligeholdelse af økonomisystemet ØS Indsigt, at have foreskrevet anvendelse af et bestemt fabrikat, ved valget af en produkt-specifik behovsbeskrivelse, selvom det havde været muligt tilstrækkelig nøjagtigt og forståeligt at beskrive kontraktens genstand uden henvisning til et bestemt fabrikat, og samtidig ved ikke at have anvendt udtrykket ”eller tilsvarende”.

Påstand 2:

Klagenævnet for Udbud skal annullere indklagedes beslutning af 9. april 2018 om at tildele den udbudte delaftale 2 til Miracle A/S, og såfremt EG A/S ikke gives medhold i sin påstand om opsættende virkning, med den i udbudslovens § 185, stk. 2 omhandlende virkning i form af kontraktophør for så vidt angår delaftale 2 med Miracle A/S med passende varsel.”

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse 2017/S 221-459378 af 15. november 2017 udbød ØS Indsigt som begrænset udbud med forhandling efter udbudsloven en kontrakt opdelt i to delaftaler om it-tjenesteydelser i form af udvikling og vedligeholdelse samt hosting af it-systemet ØS Indsigt.

I udbudsbetingelserne står bl.a. følgende:

”1.1 Indledning

Nærværende udbud vedrører anskaffelse af ydelser til Udvikling, Hosting og Vedligeholdelse af økonomisystemet ØS Indsigt til foreningen Ejerkredsen ØS Indsigt og dens medlemmer (herefter benævnt Kunden).

...

Udbuddet er opdelt på 2 delaftaler. Delaftale 1 vedrører Hosting og Delaftale 2 vedrører Udvikling og Vedligeholdelse.

...

1.2 Kunden

Udbuddet foretages af en række ordregivende enheder i fællesskab. De ordregivende enheder er (herefter Kunden):

- Ejerkredsen ØS Indsigt
- De offentlige myndigheder, som er medlemmer af ØS Indsigt Ejerkredsen
- En række potentielle medlemmer af ØS Indsigt Ejerkredsen

...

Ejerkredsen ØS Indsigt fungerer som indkøbscentral og vil på vegne af medlemmerne foretage de konkrete indkøb under Rammeaftalen. Indkøb på Rammeaftalen foretaget af Kunden vil komme til gavn for samtlige medlemmer af Kunden.

Kunden er for nuværende en sammenslutning af 10 kommuner og 2 regioner. Gennem medlemskab opnås en tidsubegrænset, ikke-eksklusiv brugsret til systemet.

Kunden er samlet om it-systemet ØS Indsigt, der er et fælles kommunalt/regionalt økonomisystem. Kunden ejer systemet i fællesskab og har ansvaret for at udvikle og vedligeholde systemet.

...

Ejerkredsen ejer softwaren og ser dette ejerskab, både som vejen til indflydelse og medbestemmelse og til en flerleverandørstrategi.

Det er et alternativ til en bred ERP-strategi, der er baseret på, at én leverandør bestemmer vedligeholdelse og udvikling af moduler, så det er ét sammenhængende system.

Kunden har foretaget et strategisk valg, hvor Kunden ikke vil være afhængige af én leverandør og ét produkt.

ØS Indsigt er en løsning, der kan samarbejde med andre. Det er et kernesystem, som sikrer økonomidata og hvorfra der kan etableres snitflader til andre fagsystemer og øvrige systemer, fx e-handel.

...

1.2.1 Modernisering af Systemet ØS Indsigt

...

Ejerkredsen har følgende forretningsmæssige hovedmål med ØS Indsigt:

1. Høj brugervenlighed og indflydelse

Med høj brugervenlighed mener vi, at Systemet er brugervenligt på tværs af processerne.

Indflydelse sikres via samarbejdet; såvel fælles udvikling for alle medlemmer såvel som egenudvikling for et eller flere medlemmer.

2. Sikre forbedring af kerneydelser og funktioner

Sikre et aktivt produktejerskab, som sørger for løbende forbedring og effektivisering af arbejdsgange.

3. Sikker driftsafvikling

Med sikker drift mener vi, at Systemet driftsafvikles med en driftseffektivitet på 99%, hvilket betyder, at 99% af tiden vil Systemet være i normal drift uden væsentlige eller kritiske driftsforstyrrelser.

4. Optimal udnyttelse af Systemet

Løbende vidensdeling mellem medlemmerne sikrer, at kendskabet til funktionalitet udbredes og forankres.

5. Digitalisering af processer

Det er en væsentlig succesfaktor, at arbejdsgange i stigende grad automatiseres og Systemet integrerer effektivt med andre it-systemer for at understøtte arbejdsgange på tværs.

6. Velafprøvet teknologi med løbende fokus på anvendelse af nye muligheder

ØS-Indsigt er et missionskritisk administrativt it-system for medlemmerne. Derfor skal nye teknologiske muligheder afvejes i forhold til risiko for driftsfejl. Mobility og BYOD er dog væsentlige trends som skal understøttes.

7. Effektive udviklings- og implementeringsprocesser

Ejerkredsen ønsker en effektiv udviklingsproces, hvor Ejerkredsen har rollen som produktejer og forretningsspecialister, og Applikationsleverandørens metode og kvalitetssikring sikrer, at nye Versioner udvikles. Her ses en trend på at gå mere mod en DevOps strategi, hvor Applikationsleverandøren har ansvaret for deploy og installation af Systemet.

8. Effektive, faglige superbrugernetværk

Ejerkredsen lægger vægt på sparring og erfaringsudveksling på tværs af medlemmer, samt inddragelse af superbrugere i udviklingsprocessen.

9. Tæt samarbejde mellem Bestyrelsen og Styregruppen og netværk

...

Ejerkredsen ser følgende overordnede trends for ØS-indsigt i den kommende aftaleperiode:

- Ejerkredsen ønsker et produkt med en høj produktivitet af videreudvikling og fortsat sikre en meget høj driftsstabilitet.
- Sporadiske brugere skal have en mere intuitiv rollebaseret brugergrænseflade på de platforme som brugerne anvender.
- Antallet af integrationer og mængden af indgående og udgående data forventes at være stigende, hvor flere arbejdsgange vil få en større grad af automatisering.
- Opbrud af den eksisterende applikation til en række selvstændige applikationer, som arbejder tæt sammen.
- Ejerkredsen overvejer om driftsafviklingen på sigt kan være cloudbaseret.

...

Den nuværende løsning har en række tekniske udfordringer:

- ...
- Videreudvikling medfører risiko for mange efterfølgende fejl
- ...
- Anvendelsen af data connection låser databasen på tabelniveau, hvilket medfører uplanlagte stop af batchkørsler m.m. I Ejerkredsens dialog med markedet fremgik det endvidere, at DB2 og Websphere er en udfordring ift. tilgængelighed af service og særligt kompetencer.
- ...

ØS-Indsigt vil kræve en modernisering for at kunne realisere målbilledet. Ejerkredsen har valgt moderniseringsstrategien ”Byg ovenpå og ved siden af”. Det giver Ejerkredsen følgende fordele:

- Moderniseringen kan ske løbende og giver Ejerkredsen mulighed for at skifte kurs undervejs
- Ejerkredsen kan sideløbende få udviklet ny funktionalitet
- Ejerkredsen får en suite af forretningsapplikationer i stedet for et silosystem, som bedre kan indgå i samspil med medlemernes it-portefølje.

Systemet moderniseres ved løbende at udstille moduler som forretningsservices og indføre et nyt visningsrammewærk, der kun anvender de nye forretningsservices. Kernen af systemet vil ikke blive grundlæggende forbedret, men den del af kildekoden forventes kun at skulle forandres i mindre grad. Moderniseringen vil løbende reducere kernens omfang og ende op med en mindre kerne, som kunne fornyes i en nyudviklingsproces. Udskiftning af kernen vil sandsynligvis ikke ske i denne aftaleperiode.”

EG A/S har oplyst, at de nuværende medlemmer af foreningen ØS Indsigt er Region Midtjylland, Region Nordjylland, Gladsaxe Kommune, Herning Kommune, Hjørring Kommune, Holstebro Kommune, Hørsholm Kommune, Odense Kommune, Jammerbugt Kommune, Svendborg Kommune, Vejle Kommune og Ikast-Brande Kommune. Det er endvidere oplyst, at EG A/S er eksisterende driftsleverandør til foreningens økonomisystem (herefter Systemet), som i dets eksisterende form driftes på en DB2 databaseplatform.

I udbudsbetingelsernes pkt. 5 står bl.a. følgende om tildelingskriteriet:

”5.2 Tildelingskriterium

Kunden vil identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på baggrund af tildelingskriteriet Bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvor nedenstående under- og delkriterier, med angivelse af vægtning, lægges til grund for tildeling af Rammeaftalerne.

<u>Underkriterier for delaftale 2</u>		Vægtning i procent
• Pris Underkriteriet ”pris” vil blive vurderet på baggrund af tilbudsgivers besvarelse af rammeaftalebilag 11. Således vil de af tilbudsgivers anførte priser ekskl. moms men inkl. alle øvrige omkostninger blive lagt til grund. Tilbudsgiver udfylder rammeaftalebilag 11 i overensstemmelse med vejledningen hertil.		30 %
• Kvalitet Tilbudsgiver besvarer: ○ Rammeaftalebilag 3: Leverancebeskrivelse, vægter 20 % ○ Rammeaftalebilag 4: Dokumentation, vægter 5 % ○ Rammeaftalebilag 5: Vedligehold og support, vægter 10 % ○ Rammeaftalebilag 7: Leverandørens udviklingsproces og metode, vægter 25 % ○ Rammeaftalebilag 9: Samarbejdsorganisation, vægter 25 % ○ Rammeaftalebilag 13: Prøver, vægter 15 % Tilbudsgiver udfylder rammeaftalebilagene i overensstemmelse med vejledningen hertil. Rammeaftalebilagene beskriver hvad Kunden vil vurdere på.		70 %

”

Udbudsmaterialets ”Rammeaftalebilag 3 – Leverancebeskrivelse for migrering af driftsmiljø” indeholder følgende:

”...

2 Baggrund for Leverancen

ØS Indsigt (Systemet) er et større brugervenligt økonomisystem til kommuner og regioner, der er ejet af Ejerkredsen for ØS Indsigt. ØS Indsigt har ca. 50.000 brugere, hvor 90% er sporadiske brugere og 10% er intense brugere, der bruger Systemet hyppigt hver dag.

Ejerkredsen består af 2 regioner og 10 kommuner. Ejerkredsen har alle rettigheder til ØS-Indsigt og Ejerkredsens medlemmerne styrer dermed også udviklingen af Systemet. ...

...

Selve it-systemet ØS-Indsigt er en samlet webapplikation, der indeholder en række moduler som understøtter forskellige arbejdsgange. Den nuværende version er designet i begyndelse af 00’erne. Systemet er forretningsmæssigt modulopbygget til at understøtte en lang række arbejdsprocesser og integrerer med en lang række andre it-systemer - fx fagsystemer, BI/LIS og e-handel. Det er løbende udviklet og understøtter medlemmernes forskellige arbejdsgange og bogføringsprincipper med en meget høj grad af konfigureringsmulighed/parameterstyring.

...

Hvert medlem har sit eget Driftsmiljø, der driftsafvikler ØS-Indsigt. 11 medlemmer får ØS-Indsigt driftsafviklet hos den nuværende leverandør (EG) og 1 myndighed driftsafvikler selv ØS-Indsigt.

...

Ejerkredsen konkurrenceudsætter således følgende ydelser i to delaftaler:

Hostingaftalen (delaftale 1) indeholder følgende ydelser:

- Leverancen – migrering af driftsmiljø (Rammeaftalebilag 1, 2, 3 og 4):
 - Etablering af Hostingmiljø
 - Etablering af forbindelse til medlemmernes IT-Miljø
 - Migrering af data fra nuværende leverandør
 - Installationsprøve
 - Pilotprøve for driftsafvikling på Hjørring kommune
 - Driftsprøve for 9 medlemmer i Hostingmiljøet
- Driftsafvikling af ØS-Indsigt i Hostingmiljøet
 - Driftsafvikling af servere for 10 medlemmer
 - Driftsafvikling af forbindelser, loadbalancer m.m.
 - Driftsafvikling af webservere i DMZ til DIADEM 2stk.

- Backup af data og servere
- Support og vedligehold af Hostingmiljøet og bistand til Applikationsleverandøren

Applikationsaftalen (delaftale 2) indeholder følgende ydelser:

- Leverancen (Rammeaftalebilag 1, 3 og 4):
 - Udvikling, test og release af Version 3.0 af Systemet.
 - Udarbejdelse af deploymentpakke som kan anvendes af Applikationsleverandøren, Region Midtjylland og Odense kommune.
 - Konfiguration af Systemet i Driftsmiljøerne i Hostingmiljøet
 - Overtagelsesprøve
 - Pilotprøve for driftsafvikling af Hjørring kommune,
 - Driftsprøve for alle medlemmer
- Vedligehold og udvikling af nye Versioner af ØS-Indsigt
- Driftsovervågning og applikationsdrift af ØS-Indsigt
- Installation og opgradering af nye Versioner i Hostingmiljøet
- Help Desk for ØS-Indsigt
- Rådgivning om - og gennemførelse af nyudvikling

...

5. Leverance af Hostingmiljøet

...

Data findes i dag hos den nuværende leverandør og Hostingleverandøren skal migrere data til Hostingmiljøet. Data vil blive leveret som DB2 Databasefiler af Kunden eller dennes repræsentant og Hostingleverandøren skal indlæse data i MySQL database på test og produktion. Data-størrelser er beskrevet i Underbilag 2A.

...

KP	Underkriterium	Type	Titel
KP3.3	Systemets kvalitet	Funktionelt	Migrering af data
	Hostingleverandøren skal migrere data for til hvert Driftsmiljø i Hostingmiljøet fra den nuværende leverandør. Dette gælder både produktionsmiljøet og testmiljøet. <i>Kunden lægger vægt på, at Tilbudsgivers besvarelse af konkurrenceparameteret for hvorledes data indlæses og konverteres til MySQL databaser fremgår realistisk, klart og tydeligt. Kunden lægger særligt vægt på, at det fremgår klart og tydeligt hvorledes Tilbudsgivers kvalitetssikring af indlæsningen sikrer at data er korrekt.</i>		
	Konkurrenceparameter ikke opfyldt af Hostingleverandøren		[Sæt kryds]
	Konkurrenceparameter delvist opfyldt af Hostingleverandøren		[Sæt kryds]
	Konkurrenceparameter helt opfyldt af Hostingleverandøren		[Sæt kryds]

		kryds]
	[Tilbudsgivers besvarelse af Konkurrenceparameter]	

Tabel 5 Migrering af data

...

6 Option 1 Anvendelse af DB2 som DBMS

Kunden vil gerne have mulighed for at Applikationsleverandøren kan idriftsætte Systemet med DB2 som DBMS system, som udgives i Q2 2018. Det kunne være fordi Applikationsleverandørens leverance af version 3.0 skulle blive forsinket, eller anvendelse af MySQL viser sig at være mindre hensigtsmæssig. Optionen skal således ændre Hostingmiljøets Basisprogrammel til at bestå af DB2 Express i stedet for MySQL. Kunden træffer beslutning om optionens indløsning inden Afklaringsfasens afslutning, hvis optionen skal indgå i Leverancen. Licensomkostninger til Basisprogrammel er Kunden uvedkommende og dækket af vederlag som angivet i Rammeaftalebilag 11.

KP	Underkriterium	Type	Titel
KP3.4	Systemets kvalitet	Non-funktionelt	Ændring til DB2
	Hostingleverandøren ændrer Hostingmiljøet således, at databaseserveren i hvert Driftsmiljø skifter DBMS fra MySQL til DB2.		
	<i>Kunden lægger vægt på en kort redegørelse, som klart og tydeligt beskriver hvilken DB2 version, som anvendes, og hvorledes vedligehold og backup af DBMS foretages.</i>		
	Konkurrenceparameter ikke opfyldt af Hostingleverandøren		[Sæt kryds]
	Konkurrenceparameter delvist opfyldt af Hostingleverandøren		[Sæt kryds]
	Konkurrenceparameter helt opfyldt af Hostingleverandøren		[Sæt kryds]
	[Tilbudsgivers besvarelse af Konkurrenceparameter]		

Tabel 6 Ændring til DB2

7 Option 2 Anvendelse af Microsoft SQL Server som DBMS

Kunden vil gerne have mulighed for at anvende Microsoft SQL Server (MSSQL) som DBMS, såfremt dette viser sig at være forretningsmæssigt ønskeligt. Indløsning af Optionen vil ændre Hostingmiljøets Basisprogrammel til at bestå af MSSQL i stedet for MySQL DBMS. Kunden træffer beslutning om optionens indløsning inden Afklaringsfasens afslutning, hvis optionen skal indgå i Leverancen. Licensomkostninger til Basisprogrammel er Kunden uvedkommende og dækket af vederlag som angivet i Rammeaftalebilag 11.

KP	Underkriterium	Type	Titel
KP3.5	Systemets kvalitet	Non-funktionelt	Ændring til Microsoft SQL Server
	Hostingleverandøren ændrer Hostingmiljøet således, at databaseserveren i hvert Driftsmiljø skifter DBMS fra MySQL til MSSQL		
	<i>Kunden lægger vægt på en kort redegørelse, som klart og tydeligt beskriver hvilken MSSQL version og installation, som anvendes, og hvorledes vedligehold og backup af DBMS foretages.</i>		
	Konkurrenceparameter ikke opfyldt af Hostingleverandøren		[Sæt kryds]
	Konkurrenceparameter delvist opfyldt af Hostingleverandøren		[Sæt kryds]
	Konkurrenceparameter helt opfyldt af Hostingleverandøren		[Sæt kryds]
[Tilbudsgivers besvarelse af konkurrenceparameter]			

Tabel 7 Ændring til Microsoft SQL Server

”
...

Af dokumentet ”Rammeaftalebilag 3- Leverancebeskrivelse” fremgår følgende vedrørende delaftale 2:

”
...

1.1 Terminologi

Kravspecifikationen er opdelt i følgende to kategorier:

Kategori	Beskrivelse
Mindstekrav (MK)	Et Mindstekrav SKAL opfyldes og skal indgå i tilbudet. Kravet skal være opfyldt ved tidspunktet for overtagelsesprøven. Opfyldes kravet ikke eller tages der forbehold herfor, anses tilbuddet for ikke-konditionsmæssigt.
Forhandlingskrav (FK)	Et krav, som Kunden eventuelt ønsker at forhandle om / drøfte, tilpasse eller lade udgå i løbet af forhandlingsprocessen. Et forhandlingskrav kan ændres i løbet af udbudsprocessen, og skal som minimum i kravets endelige formulering være overholdt i det endelige tilbud. Tilbudsgiver kan kommentere på forhandlingskrav i bilag 4. Tilbudsgiver kan heri angive tilbudsgivers forslag, som tilbudsgiver finder mere egnede i forbindelse med udførelse af ydelser under Rammeaftalen, dog uden tilbudsgiver må forbeholde sig retten til, at formulering skal være, som tilbudsgiver har foreslået. Det er tilbudsgivers ansvar at sikre, at tilbudsgivers indledende tilbud ikke indeholder forbehold overfor FK’er, da Kunden alene kan antage indledende tilbud, som overholder alle MK og FK’er.

Konkurrenceparameter (KP)	Et Konkurrenceparameter skal ikke nødvendigvis opfyldes af Applikationsleverandøren, men besvarelse af, i hvilken grad Konkurrenceparameteret opfyldes, vil få indflydelse på tilbudsvurderingen.
---------------------------	---

...

3 Formål med Leverancen

I dette afsnit beskrives Kundens succeskriterier for Leverancen af Systemet. Leverancen består af Udvikling og udgivelse af Version 3.0 af Systemet. Idriftsættelse af Systemet i version 3.0 på 10 Driftsmiljøer i Hostingmiljøet.

Ejerkredsens forretningsmæssige mål for Leverancen er:

- At få idriftsat Systemet hos en ny Hostingleverandør for 10 medlemmer
- Modernisering af applikationsarkitekturen for at få en mere effektiv udviklingsproces og driftsmiljø opsætning
- Mere stabil fejlhåndtering og bedre driftsovervågning
- At øge Systemets portabilitet og løskobling mod andre it-systemer.

...

8 Modernisering af ØS Indsigt

...

8.7 OPTION Modernisering af database og databasetilgang

DBMS (DB2) er Standardprogrammel, der indgår i Hostingmiljøet.

DB2 er en rimeligt udbredt og anvendt standard database management system (DBMS) fra IBM.

Ejerkredsens ønsker en forenkling af Hostingmiljøet for at skabe et mere enkelt Hostingmiljø. ØS Indsigt anvender kun i mindre grad DB2 funktionalitet, og kan dermed flyttes til MySQL.

Implementationen af connection pool i Web Sphere og tilhørende anvendelse af pessimistisk locking giver driftsmæssige udfordringer og skal moderniseres. Jf. punkt 7.2

KP	Underkriterium	Type	Titel
KP3.10	Systemets kvalitet	Funktionelt	Modernisering af databasetilgang

Systemet skal understøtte driftsafvikling på MySQL.	
Der er følgende hovedopgaver:	
• Koden i ØS Indsigt anvender en meget strict locking med table locks som sammen med connection pools, kan sætte serveren i stå særligt for batchkørsler • DB2 replikering skal opsættes til MySQL hos medlemmet • Indeks og performance skal revurderes	
<i>Kunden lægger vægt på, at der er en klar og tydelig beskrivelse af, hvordan MySQL kan anvendes som DBMS, hvordan indeksering kan optimeres og, hvorledes tilgangen og anvendelsen af connections til MySQL følger best practice for MySQL.</i>	
Konkurrenceparameter ikke opfyldt af Applikationsleverandøren	[Sæt kryds]
Konkurrenceparameter delvist opfyldt af Applikationsleverandøren	[Sæt kryds]
Konkurrenceparameter helt opfyldt af Applikationsleverandøren	[Sæt kryds]
[Tilbudsgivers besvarelse af Konkurrenceparameter]	

...”

ØS Indsigt besvarede den 24. januar 2018 bl.a. følgende spørgsmål vedrørende konkurrenceparameter KP3.10:

”[Spørgsmål]

Vil kunden overveje at bløde kravet op så det evt. kunne være muligt at vælge PostgreSQL (eller anden open source relationel database) i stedet for MySQL? Leverandøren har i enkelte tilfælde dårlig erfaring med MySQL til transaktionstunge systemer.

[Svar]

Spørgsmålet vedrører delaftale 2.

Ordregiver kan ikke på nuværende tidspunkt imødekomme forespørgslen, men tilbudsgiver kan vælge at tage emnet op i forhandlingsfasen.”

Den 14. marts 2018 blev der afholdt forhandlingsmøde mellem EG A/S og ØS Indsigt på baggrund af det indledende tilbud fra EG A/S. Af referatet fra mødet fremgår bl.a. følgende vedrørende KP3.10:

”Anvendelse af visningsrammeværk og modernisering af databasetilgang

[...] KP 3.10 er kun angivet til at være delvist opfyldt. Kunden skønner, at der mangle mere forklaring omkring, hvorfor den løsning ikke kan anbefales i forhold til tab af funktionalitet. EG A/s genbesøger teksten og præciserer.”

Ved brev af 9. april 2018 oplyste ØS Indsigt, at foreningen havde besluttet at tildele kontrakten vedrørende delaftale 1 til EG A/S og delaftale 2 til Miracle A/S.

Af tildelingsbeslutningen fremgår bl.a. følgende:

”2.3. Underkriterium Kvalitet for delaftale 2

...

Rammeaftalebilag 3: Leverancebeskrivelse, vægter 20 %

Point vægtet 0,73

Vurdering af tilbuddet fra EG

Rammeaftalebilaget er samlet set vurderet at være tilfredsstillende besvaret. Særligt skønnes besvarelsen af KP 3.8 og KP 3.11 særdeles tilfredsstillende.

Særligt skønnes besvarelsen af KP3.10 at være mindre tilfredsstillende, herunder var konkurrenceparameteren angivet til delvist opfyldt og det fremgik mindre klart og tydeligt hvilke dele som er indeholdt, endvidere var beskrivelse af hvordan MySQL kan anvendes som DBMS fremgik uklar og utydelig og hvordan indeksering kan optimeres fremgik mindre klart og tydeligt.

Særligt skønnes besvarelse af KP 3.3 til at være netop tilfredsstillende, idet opsætning og opgradering af Systemet i hvert driftsmiljø fremgik uklart, herunder var beskrivelsen af fremfindelse af integrationer uklart og konkret tid til uforudsete hændelser fremgik uklart.

Karakteristika og relative fordele ved Miracle A/S

Miracles besvarelse af rammeaftalebilag 3 har samlet set bedre besvaret Kundens behov og de forhold som har vægtet positivt end EG A/S’.

Særligt skønnes besvarelsen af KP 3.1 at være bedre, da EG’s beskrivelse af Applikationsleverandørens udviklingsmetode for webapplikationer baseret på JAVA var mindre klar og tydelig, Særligt skønnes besvarelsen af KP 3.3 at være bedre, da EG’s beskrivelse af hvorledes Systemet i hvert Driftsmiljø opsættes og opgraderes fremgår mindre klart og tydeligt.

Særligt skønnes besvarelsen af KP 3.4 at være bedre, da EG’s beskrivelse af hvorledes det sikres at servicen ikke hænger fremgik mindre klart og tydeligt.

Særligt skønnes besvarelsen af KP 3.5 at være bedre, da EG’s beskrivelse af hvordan logning anvendes fremover at være mindre klar og tydeligt, herunder fremgik adskillelse mellem log4j og SLF4J uklart.

Særligt skønnes besvarelsen af KP 3.7 at være bedre, da EG's beskrivelse af hvordan det sikres at Applikationsleverandøren kan lægge 500 timer i Version 3.0 mindre klart og tydeligt

Særligt skønnes besvarelsen af KP 3.10 at være bedre, da EG's beskrivelse af hvordan MySQL kan anvendes som DBMS, hvordan indeksering kan optimeres og, hvorledes tilgangen og anvendelsen af connections til MySQL følger best practice for MySQL var meget uklarere og utydeligere.

Besvarelse af KP 3.2, KP 3.6, KP 3.8, KP 3.9 og KP 3.11 gav ingen relative fordele ved det vindende tilbud.”

Parternes anbringende:

Ad ”fumus boni juris”

EG A/S har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

Ejerkredsen ØS Indsigt har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har EG A/S gjort gældende, at ØS Indsigt har handlet i strid med udbudslovens § 2 og § 42 ved i udbudsmaterialet at anføre et referenceprodukt, herunder med angivelse af et specifikt fabrikat.

Det kan ikke udledes af baggrunden og målsætningerne for udbuddet under delaftale 2, at der var særlige behov, som kunne begrunde et specifikt krav om anvendelse af referenceproduktet med fabrikatet MySQL. ØS Indsigt har endvidere ikke anvendt betegnelsen ”eller tilsvarende”, jf. udbudslovens § 42, stk. 2.

Sammenholdes kravene til det anvendte databaseprogrammel i delaftale 1 med kravene til databaseprogrammel i delaftale 2 understøtter dette således ikke, at en teknisk specifikation med angivelse af et bestemt fabrikat er nødvendig.

Udbudsmaterialet vedrørende delaftale 1 lægger op til, at grundlaget for driften af Systemet skal baseres på databaseprogrammet MySQL. Af leverancebeskrivelsen til delaftale 2 fremgår, at leverancen under delaftale 2 skal indeholde udvikling af en version 3.0 af Systemet. Leverancen under delaftale 2 skal som udgangspunkt indeholde DB2 som databaseprogram-

mel og ikke MySQL. ØS Indsigt har således specificeret krav til udvikling af et system i delaftale 2, hvor grundlaget i Systemet er baseret på en anden teknologi – nemlig DB2 databaseprogrammel – end den teknologi, som leverandøren af driftsmiljøet skal stille til rådighed i henhold til delaftale 1. Der er således ikke sammenhæng mellem de krav til fabrikatet af databaseprogrammet, som ØS Indsigt stiller i henholdsvis delaftale 1 og delaftale 2. Dette understøtter, at ØS Indsigt ikke har et forretningsmæssigt eller funktionelt behov, som forudsætter levering af et specifikt fabrikat som databaseprogrammel.

Den omstændighed, at MySQL er frit tilgængeligt som open source, medfører ikke, at der ikke er tale om et bestemt fabrikat. Et fabrikat vurderes ikke ud fra tilgængelighed, men ud fra om der er tale om et bestemt produkt fra en bestemt leverandør. Idet MySQL er et bestemt database management system (DBMS), som udbydes og ejes af Oracle, er MySQL et fabrikat i overensstemmelse med ordlyden i udbudslovens § 42, stk. 1.

Selv om MySQL er frit tilgængeligt, stiller programmet krav til tilbudsgiverne om kendskab og kompetencer til netop anvendelse af MySQL. Ikke alle leverandører har samme – hvis nogen – erfaring i anvendelse af MySQL. Kendskab til det krævede specifikke programmefabrikat har en væsentlig betydning, når der er tale om en videreudvikling af en ny løsning. EG A/S' tilbud på delaftale 2 indeholder bl.a. en delvis opfyldelse af KP3.10, hvilket skyldes EG A/S' begrænsede kendskab til MySQL. Dette resulterede i bedømmelsen ”mindre tilfredsstillende” på besvarelsen af KP3.10, hvilket har været en væsentlig årsag til, at EG A/S ikke blev tildelt kontrakt vedrørende delaftale 2.

ØS Indsigt har ikke dokumenteret, at foreningens mål og krav som angivet i udbudsbetingelserne ikke kunne opfyldes ved anvendelse af andre systemer end MySQL eller ikke kunne beskrives via tekniske specifikationer og funktionaliteter. Der findes mange andre tilsvarende database management systemer, herunder open source systemer, og ved at afskære tilbudsgiverne fra at tilbyde en løsning med et af disse systemer har ØS Indsigt begrænset konkurrencen i forhold til det pågældende udbud. Det kan endvidere ikke udledes af udbudsmaterialet, at det var nødvendigt at anvende et open source program for at opfylde krav og ønsker til Systemet.

Undtagelsen om kompatibilitet, jf. forarbejderne til udbudslovens § 42, skal fortolkes indskrænkende og finder ikke anvendelse, idet der ikke tale om henvisning til et eksisterende system hos ØS Indsigt, men om henvisning til et krav i medfør af udbudsmaterialet i delaftale 1, som udbydes samtidig med delaftale 2.

ØS Indsigt har under klagesagen henvist til klagenævnets kendelse af 5. november 2008, Brøndum A/S mod Boligforeningen Ringgården. Kendelsen omhandler kompatibilitet i forhold til eksisterende VVS-installationer, som ikke skulle udskiftes, og er bl.a. derfor ikke sammenlignelig med den aktuelle klage.

Særligt vedrørende påstand 1 har ØS Indsigt samlet gjort gældende, at der ikke er tale om en situation, hvor foreningen har henvist til et bestemt fabrikat i strid med udbudslovens § 42, stk. 1, hvilket i sig selv ligeledes udelukker, at foreningen i henhold til udbudslovens § 42, stk. 2, burde have anvendt formuleringen ”eller tilsvarende”.

ØS Indsigt har nærmere anført, at MySQL er et open source ”relational database management system”, som ligger frit tilgængeligt under en GNU General Public License. MySQL er således ikke et system, der kan betegnes som et bestemt fabrikat, som alene kan leveres af én bestemt økonomisk aktør.

Virksomheden Oracle har opkøbt MySQL AB, som skabte MySQL, og anvender i dag en multilicensordning, hvor der er mulighed for at tilkøbe udvidede licenser til MySQL, der giver en øget funktionalitet og adgang til særlig support. Udbudsmaterialets henvisning til MySQL angår imidlertid alene open source versionen.

Idet kildekoden ligger frit tilgængelig, har alle økonomiske aktører lige adgang til det kodemateriale, som skal anvendes i forhold til en eventuel modernisering af Systemet. Angivelsen af MySQL har derfor på ingen måde virket konkurrencebegrænsende eller i øvrigt været i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2. Det forhold, at ikke alle markedsaktører har samme erfaring med integrering af SQL-koder, kan ikke anses som et udtryk for, at der er sket en begrænsning eller fordrejning af konkurrencen. Det er således i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet i udbuds-

lovens § 2, at et udbud tilrettelægges på en sådan måde, at ikke alle økonomiske aktører inden for et marked har lige meget erfaring.

ØS Indsigt har ved valget af en ”flerleverandørstrategi” bidraget aktivt til at skabe konkurrence ved at opdele den samlede ydelse i to ydelsesspecifikke delaftaler.

På baggrund af en forudgående markedsdialog om strategien for anvendelse af cloudbaserede dataservices, som viste, at databasesystem DB2 ikke fungerede optimalt, traf ØS Indsigt beslutning om, at MySQL, grundet dels dets udbredelse, dels dets frie tilgængelighed på markedet, i stedet skulle anvendes til håndtering af foreningens data.

Migreringen af data fra det eksisterende DB2-system til MySQL er herefter omfattet af den udbudte hosting-ydelse for delaftale 1 med den modifikation, at ØS Indsigt som option havde mulighed for at beslutte, at DB2 (igen) skulle anvendes. Baggrunden herfor var blandt andet, at foreningen gerne ville have mulighed for at ”fortryde” anvendelsen af MySQL og fortsætte med DB2, hvis dette måtte vise sig hensigtsmæssigt.

Det var nødvendigt, at ØS Indsigt vedrørende delaftale 2 lod det indgå som option, at Systemet skulle moderniseres, således at Systemet kunne understøtte driftsafvikling på MySQL for det tilfælde, at MySQL for fremtiden skulle anvendes som Systemets database management system. Heri lå ikke et krav om en bestemt fabrikant til opfyldelse af kontraktens genstand, men alene en angivelse af et grænsefladeprodukt, der fastsætter ”rammerne” for de udbudte ydelser, som er omfattet af delaftale 1 og delaftale 2, og som er nødvendig for at sikre, at der skabes kompatibilitet mellem delaftale 1 og delaftale 2, når disse netop udbydes samtidig. En sådan angivelse støttes af lovforarbejderne til udbudslovens § 42 og er i tråd med klagenævnets kendelse af 23. oktober 2013, Gambro Denmark mod Region Sjælland, og kendelse af 5. november 2008, Brøndum A/S mod Boligforeningen Ringgården, hvor klagenævnet i sidstnævnte afgørelse netop slog fast, at kompatibilitetsbetragtninger kan føre til, at angivelsen af specifikke varemærker i givne situationer kan anses som berettiget.

En ordregivers ret til at henvise til et bestemt fabrikat for at tydeliggøre sine behov er baseret på hensynet til ordregiverens interesse i at tilrettelægge sine indkøb, så disse kan være kompatible med hinanden. Særligt ved udbud

af it-systemer og driften af disse er det afgørende, at de tekniske specifikationer kan arbejde sammen. Det kan derfor ikke ud fra en formålsbetragtning af hensynet være afgørende, om kompatibiliteten ønskes med et produkt, som udbydes samtidig med den pågældende ydelse, eller om kompatibiliteten ønskes med et produkt, som allerede har været udbudt, så længe ordregiverens tilrettelæggelse ikke strider imod udbudslovens § 2.

Det var ikke et krav, at Systemet skulle understøtte driftsafviklingen på MySQL, men det indgik som et evalueringsparameter, hvor tilbudsgiverne blev evalueret på evnen til at integrere kildekoder i et softwareprogram.

Særligt vedrørende påstand 2 har EG A/S gjort gældende, at ØS Indsigts overtrædelse af de udbudsretlige regler skal medføre, at klagenævnet skal annullere tildelingsbeslutningen af 9. april 2018.

Særligt vedrørende påstand 2 har ØS Indsigt gjort gældende, at udbuddet i det hele er gennemført i overensstemmelse med reglerne i udbudsloven, hvorfor EG A/S' påstand 2 ikke skal tages til følge.

Ad uopsættelighed

EG A/S har gjort gældende, at kontrakten med ØS Indsigt er særdeles kritisk for EG A/S, henset til kontraktens karakter og værdi på mellem 50 – 75 mio. kr. Allerede af denne grund vil EG A/S lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Den pågældende kontrakt er endvidere en særdeles betydelig reference, som vil have afgørende betydning ved andre udbud, hvor EG A/S ønsker at afgive tilbud. Tabet af denne reference vil påvirke konkurrencen i en sådan grad, at EG A/S risikerer at miste sin position i markedet og risikerer et alvorligt fremtidig økonomisk tab.

ØS Indsigt har gjort gældende, at EG A/S ikke har sandsynliggjort eller dokumenteret, at virksomheden vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning. Der er således ingen forhold, som taler for, at en tildeling af kontrakten skulle true EG A/S' eksistens eller markedsposition på uoprettelig vis. Betingelsen om uopsættelighed er derfor ikke opfyldt.

Ad interesseafvejning

EG A/S har gjort gældende, at hensynet til, at udbuddet gennemføres på baggrund af et lovligt udbudsmateriale, må veje tungere end ØS Indsigts interesse i, at kontrakten indgås hurtigst muligt.

ØS Indsigt har gjort gældende, at der er et væsentligt hensyn at tage til ØS Indsigts interesse i, at Systemet kan hostes samt udvikles og vedligeholdes, idet det i modsat fald vil have store konsekvenser for foreningens medlemmer.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

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 følgende:

Det fremgår af udbudslovens § 42, stk. 1 og 2, at en ordregivende myndighed i de tekniske specifikationer ikke 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, medmindre en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke er mulig i henhold til udbudslovens § 41, stk. 1. En sådan henvisning skal efterfølges af formuleringen "eller tilsvarende".

ØS Indsigt har i udbudsmaterialet vedrørende delaftale 2 angivet som konkurrenceparameter KP3.10, at Systemet skal understøtte driftsafvikling på MySQL. ØS Indsigt har specificeret, at foreningen lægger vægt på, at "der er en klar og tydelig beskrivelse af, hvordan MySQL kan anvendes som DBMS, hvordan indeksering kan optimeres og, hvorledes tilgangen og anvendelsen af connections til MySQL følger best practice for MySQL".

ØS Indsigt har oplyst, at henvisningen til MySQL angår en open source version af systemet. Denne oplysning er ikke bestridt af EG A/S og lægges derfor til grund i det følgende.

Efter klagenævnets praksis har en ordregiver et vidt skøn ved fastsættelse af krav og konkurrenceparametre til udbudte ydelser under den forudsætning, at skønnet udøves under hensyn til målet om en effektiv konkurrenceudsættelse, der sikrer ligebehandling af tilbudsgivere.

Klagenævnet finder efter en samlet vurdering, at MySQL er et fabrikat omfattet af udbudslovens § 42, selv om henvisningen til MySQL angår open source versionen.

Det er i denne forbindelse ikke afgørende, at MySQL ikke indgik i beskrivelsen af et mindstekrav, men var anført under et konkurrenceparameter. Et manglende kendskab til det specifikke krævede system kunne påvirke den samlede tilbudsevaluering i forhold til underkriteriet ”kvalitet” og dermed tildelingsbeslutningen.

ØS Indsigt har ikke godtgjort, at kravet om MySQL skyldes et ønske om kompatibilitet med eksisterende udstyr. Denne undtagelse til hovedreglen omfatter således ikke den situation, hvor det ”eksisterende udstyr” defineres og indgår i et samtidigt udbud. ØS Indsigt har endvidere ikke godtgjort, at der i øvrigt var tungtvejende grunde, der gjorde, at det på forhånd kunne fastlægges, at MySQL var det eneste system, som kunne opfylde foreningens krav og behov i forbindelse med option 7 på delaftale 2.

Det er herefter klagenævnets foreløbige vurdering, at ØS Indsigt ikke har løftet bevisbyrden for, at det var nødvendigt og i overensstemmelse med udbudslovens § 42 at foreskrive et bestemt system frem for at anvende en åben beskrivelse.

Efter det anførte har ØS Indsigt på det foreliggende foreløbige grundlag handlet i strid med udbudslovens § 42, stk. 1, og der er derfor udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge med den virkning, at tildelingsbeslutningen på delaftale 2 annulleres.

Ad betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*)

Klagenævnet finder, at den overtrædelse, som efter en foreløbig vurdering er begået af ØS Indsigt, ikke efter de foreliggende oplysninger er af en sådan særlig alvorlig karakter, at der er grundlag for at slække på kravene til, om der foreligger uopsættelighed.

Herefter, og da det, som EG A/S har anført, ikke medfører, at der foreligger uopsættelighed, er denne betingelse ikke opfyldt

Da betingelse nr. 2 ikke er opfyldt, er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger herefter ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Erik P. Bentzen

Genpartens retlighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell
fuldmægtig