

K E N D E L S E

Fujitsu A/S
(advokat Anders Birkelund Nielsen, København)

mod

Gentofte Kommune
(advokat Kurt Bardeleben, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2012/S 166-275759 af 27. august 2012 udbød Gentofte Kommune (indklagede) som offentligt udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en kontrakt om økonomi- og lønsystem på servicebureauvilkår i offentligt udbud. Tildelingskriteriet var fastsat til »*det økonomisk mest fordelagtige bud*«.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 29. oktober 2012 havde indklagede modtaget tilbud fra følgende virksomheder:

- EG A/S
- Fujitsu A/S (klageren)
- KMD A/S.

Den 22. januar 2013 besluttede indklagede at indgå kontrakt med KMD A/S.

Den 1. februar 2013 indgav Fujitsu A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Gentofte Kommune. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet efter håndhævelseslovens § 12 skulle beslutte at tillægge klagen opsættende virkning. Den 1. marts 2013 besluttede kla-

genævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om »uopsættelighed« ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have taget tilbuddet fra KMD A/S i betragtning, uanset at det af KMD A/S tilbudte økonomisystem ikke opfyldte indklagedes mindstekrav om, at den tilbudte løsning skulle opfylde, overholde og understøtte administrationen af al relevant lovgivning.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til KMD A/S.

Klager har herudover taget forbehold for senere at nedlægge påstand om erstatning.

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

I udbudsbetingelsernes bilag 1C »*Kravspecifikation økonomisystem*« stod der under pkt. 5.2 om »*Generelle krav til løsningen*«, »*Lovmæssige krav*«, blandt andet:

»Krav 32. Den tilbudte løsning skal i hele kontraktperioden opfylde og overholde og understøtte administrationen af al relevant lovgiving m.v. (mindstekrav), herunder:

A. ...

...

H. Lov om offentlige betalinger

...

Krav 33. Systemet skal på alle områder løbende være ajour med hensyn til gældende lov og regler (mindstekrav).«

Til tildelingskriteriet »*det økonomisk mest fordelagtige bud*« var der i udbudsbetingelserne fastsat følgende vægtede underkriterier:

- Funktionalitet (40 %)
- Pris (35 %)
- Vedligeholdelse, videreudvikling og servicemål (10 %)
- Tidsplan samt krav til og omfang af kundens medvirken (10 %)
- Leveringssikkerhed og kontraktlige forhold (5 %).

I tilbuddet fra KMD A/S stod der i bilag 2 om »Leverandørens løsningsbeskrivelse«, underbilag 3 om »opfyldelse af krav/tilbud ØKONOMI«, pkt. 6.20 om »Afsnit 5.2 - Lovmæssige krav« efter en gengivelse af udbudsbetingelsernes krav 32:

»Svar:
Opfyldt på tilbudstidspunktet.«

Samme sted anførte KMD følgende svar vedrørende krav nr. 33:

»Svar:
Opfyldt på tilbudstidspunktet.«

Af tilbuddet fra KMD fremgik endvidere blandt andet vedrørende den tilbudte løsning:

»Tilbud 30. Leverandøren skal i underbilag til bilag 2 redegøre for systemets opfyldelse for hver af nedenstående standarder, herunder skal leverandøren i fald en eller flere standarder helt eller delvist ikke opfyldes, for disse standarder beskrive baggrunden for leverandørens fravalg af at anvende standarden i leverandørens system, samt at tilbyde modsvarende udvekslingsstandarder med komplet dokumentation.

- Standarder for dataudveksling mellem offentlige myndigheder (OIOXML)
- Standarder til elektronisk sags- og dokumenthåndtering (FESD)
- Standarder til elektroniske indkøb i det offentlige (OIOUBL)
- Standarder for digital signatur (OCES)
- Standarder for dokumentudveksling (ODF/OOXML)

Svar:
I den tilbudte løsning er relevante standarder for den offentlige sektor implementeret.
Leverandøren deltager aktivt i standardiseringsarbejdet, der foregår i den offentlige sektor.

I takt med at der opstår nye standarder, vil disse blive implementeret efter behov.

KMD Opus / SAP er i sin eksterne kommunikation baseret på internationale XML standarder og udgør derfor et godt grundlag for understøttelse af OIOXML.

Løsningen lever op til krav om anvendelse af de syv åbne standarder i B103:

- ...
- OIOUBL - elektronisk indkøb i det offentlige
- ...

...
Der er mulighed for at danne fakturaer/opkrævninger med et Fælles Indbetalingskort, opkræve kravet via Nets, eller fremsende det som elektronisk faktura (OIOUBL).

...
Betalingskontrol

...
... Rykkerskrivelser vil også kunne udsendes elektronisk via OIOUBL.

...
Aftaler

...
Aftalerne kan opkræves via et Fælles Indbetalingskort, opkræves via BetalingsService, eller fremsende som elektronisk faktura (OIOUBL).

...
Godkendelse - Beløbsgrænser

Der er mulighed for at indsætte beløbsgodkendergrænser på organisations- og/eller stillingsniveau. Ved hjælp af disse beløbsgrænser kan man bestemme, hvornår en indkøbsordre skal sendes i Workflow inden den bliver sendt til leverandøren. Ordre kan sendes til en leverandør via fax/e-mail, som xml via email eller oioubl. Ordren kan også udskrives manuelt på printer.«

Ved elektronisk brev af 22. januar 2013 meddelte indklagede som nævnt ovenfor, at kommunen havde besluttet at tildele kontrakten til KMD A/S. Det fremgik af brevet, at de modtagne tilbud i forhold til de opstillede underkriterier kun adskilte sig prismæssigt, at tilbuddet fra KMD A/S var marginalt billigere end tilbuddet fra klageren, og at tilbuddet fra KMD A/S derfor samlet set blev anset for det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Brevet var endvidere vedlagt en kopi af Gentofte Kommunes indstillingsnotat, hvortil der henvises.

Af indstillingsnotatet fremgik under pkt. 7 om »KMD A/S«, under punkt 7.2.1.2, der vedrørte underkriteriet »funktionalitet« i relation til »økonomi-system«, blandt andet en opregning af funktionalitet, der »ikke [er] til stede på tilbudstidspunktet, men vil være opfyldt på overtagelsestidspunktet«. Endvidere fremgår en oversigt over funktionalitet, der er »delvist til stede på tilbudstidspunktet, men vil være opfyldt på overtagelsestidspunktet«, ligesom der fandtes en oversigt vedrørende krav, der »ikke [er] opfyldt på overtagelsestidspunktet.« Der var ikke i nogen af disse afsnit anført noget om, at tilbuddet ikke skulle opfylde udbudsbetingelsernes krav nr. 32.

Under overskriften »Debitor« var der anført:

»Opfylder i middel grad udbudsmaterialets krav

Det positive er:

...

Det negative er:

...

Lever ikke op til lov om offentlige betalinger, idet der i fakturaadm. mangler nogle af de obligatoriske felter, derunder personreference, kontostreng og rekv/ordre nummer. (OIO standarden som er en del af loven understøttes ikke i fuldt omfang.)

...«

I et brev af 28. januar 2013 oplyste indklagedes rådgiver Rambøll vedrørende denne sidstnævnte bemærkning om forholdet til lov om offentlige betalinger blandt andet følgende:

»Den ovenfor angivne vurdering knytter sig ikke til KMD's besvarelse af krav 32, da der er tale om et mindstekrav. KMD har i sit tilbud eksplicit angivet, at dette mindstekrav er opfyldt på tilbudstidspunktet.

...

Vurderingen i indstillingsnotatet vedrører derimod opfyldelsen af pkt. 5.3 (Åbne standarder) i kravspecifikationen, der har følgende ordlyd:

»Kunden skal overholde gældende lovgivning omkring anvendelse af åbne standarder for software, hvorfor tilbuddet skal opfylde gældende krav.»

Tilbud 30. Leverandøren skal i underbilag til bilag 2 redegøre for systemets opfyldelse for hver af nedenstående standarder, herunder skal leverandøren i fald en eller flere standarder helt eller delvist ikke opfyldes, for disse standarder beskrive baggrunden for leverandørens fravalg

af at anvende standarden i leverandørens system, samt at tilbyde modsvarende udvekslingsstandards med komplet dokumentation.

- Standarder for dataudveksling mellem offentlige myndigheder (OIOXML)
- ...
- Standarder for elektroniske indkøb i det offentlige (OIOUBL)
- ...

...

Gentofte Kommune erkender, at formuleringen ... i indstillingsnotatet desværre ikke er helt tydelig.

Den korrekte formulering skulle således have været følgende... [her gengivet uden rettellesmarkeringer i forhold til den oprindelige tekst]:

”Lever ikke fuldt ud op til OIOUBL-standard, idet der i fakturaadm. mangler nogle af de obligatoriske felter, derunder personreference, kontostreng og rekv/ordre nummer”.

Det er således ikke Gentofte Kommunes vurdering, at tilbuddet fra KMD ikke opfylder ”lov om offentlige betalinger”, men derimod at tilbuddet ikke fuldstændig opfylder OIOUBL-standard. Krav til specifikke felter er alene angivet i standarden. Lov om offentlige betalinger definerer i den forbindelse krav til indhold/data, men ikke form.

Tilbuddet fra KMD A/S er dermed konditionsmæssigt.

...

Ovennævnte præcisering af formuleringen i indstillingsnotatet ændrer ikke ved den af Gentofte Kommune foretagne tilbudsvurdering samt beslutningen om at tildele kontrakten til KMD A/S.

Gentofte Kommune har – som det tydeligt fremgår af indstillingsnotatet – inddraget den manglende fuldstændige opfyldelse af OIOUBL-standard i sin vurdering af KMD’s Debitormodul.«

I et brev af 31. januar 2013 skrev indklagedes advokat blandt andet følgende til klageren:

»Fujitsu [har] navnlig hæftet sig ved det af Rambøll udarbejdede indstillingsnotat, hvor det ... anføres, at ”KMD’s tilbudte løsning ikke fuldt ud lever op til OIOUBL-standard, idet der mangler nogle obligatoriske felter”.

Fujitsu har herom henvist til, at reglerne for udformning af en elektronisk regning fremgår af bekendtgørelse nr. 354 af 26. marts 2012, hvilket tilsyneladende fører Fujitsu ud i den konklusion, at den af KMD til-

budte løsning ikke overholder og understøtter administrationen af relevant lovgivning.

...

Gået på klingen har ophavsmændene bag Rambølls indstillingsnotat overfor mig oplyst, at bemærkningerne ... i indstillingsnotatet baserer sig på historiske erfaringer med KMD's systemer, herunder det faktum at debtorsystemet, som anvendes i dag, mangler nogle obligatoriske felter.

Det forhold, at der historisk har manglet nogle obligatoriske felter i systemer leveret fra KMD giver efter min mening ikke det nødvendige belæg for at konkludere, at KMD ikke ved levering af debtorsystemet fra den 1. januar 2014 fuldt ud vil leve op til de lovmæssige krav i overensstemmelse med den afgivne erklæring.

Det påhviler ikke Gentofte Kommune at undersøge nærmere, hvorvidt KMD faktisk er i stand til at leve op til de kontraktuelle forpligtelser fra den 1. januar 2014. Det er imidlertid klart, at Gentofte Kommune i sin administration af kontrakten vil kræve kravspecifikationen overholdt ...«

Indklagede har under sagen for klagenævnet oplyst, at indklagede aktuelt har KMD som it-leverandør af lønsystem og debtorsystem, herunder debitor modul, mens klageren aktuelt leverer økonomisystemet. Indklagede har i forlængelse heraf oplyst:

»Den af KMD hidtil leverede løsning til indklagede har ikke fuldt ud levet op til OIOUBL-standarden med hensyn til levering af et debitor-modul, der kunne danne elektroniske fakturaer indeholdende felterne "Personreference" og "Ordrenummer", hvilket indklagede har ... korresponderet med KMD om siden sommeren 2012.

...

Den formulering i indstillingsnotatet [der er citeret ovenfor vedrørende forholdet til lov om offentlige betalinger], beror på en fejl, idet bemærkningerne ikke er baseret på den af KMD tilbudte løsning, men i stedet på den hidtidige løsning ...

Ligeledes forholder Rambølls skrivelse til klager af 28. januar 2013 ... sig alene til bemærkningerne i Indstillingsnotatet... og dermed til den hidtidige løsning.«

Indklagede har endvidere oplyst, at KMD har oplyst, at virksomheden i løbet af udbudsprocessen havde optimeret og opgraderet sit debitor modul, således at KMD på tilbudstidspunktet kunne tilbyde en løsning, der fuldt ud levede op til OIOUBL-standarden og lov om offentlige betalinger. Indkla-

gede har endvidere fremlagt to tro og love-erklæringer af 11. og 13. februar 2013 fra KMD's direktør Karen Nielsen med tilhørende skærmpoint til bekræftelse af, at felter vedrørende »*personreference*« og »*ordrenummer*« faktisk var en del af den tilbudte løsning, og af at feltet »*kontostreng*« ligger klar i KMD's udviklingsmiljø og vil kunne frigives i efteråret 2013. Indklagede har endvidere oplyst, at felterne »*personreference*« og »*ordrenummer*« har været en del af det eksisterende system siden 4. februar 2013.

Lovgivningen om offentlige betalinger

Finansministeren har i medfør af lov om offentlige betalinger fastsat bekendtgørelse nr. 206 af 11. marts 2011 om elektronisk afregning med offentlige myndigheder. Det følger af denne bekendtgørelse § 1, stk. 1, at »*offentlige myndigheder skal udarbejde og sende regninger elektronisk*«.

Af § 3 fremgår endvidere:

»§ 3. Ved afgivelse af en ordre eller rekvisition skal offentlige myndigheder som minimum oplyse følgende:

- 1) Myndighedens EAN-lokationsnummer.
- 2) Referenceperson eller anden reference samt et evt. ordre- og rekvisitionsnummer.
- 3) Myndighedens politik vedr. kredittid, dvs. hvilke kredittider myndigheden normalt accepterer.

Stk. 2. Myndigheden kan endvidere oplyse sin kontostreng.«

Af bekendtgørelsens § 4, stk. 1, fremgår, at »*en regning til en offentlig myndighed skal referere myndighedens oplysninger efter § 3, stk. 1, nr. 1 og 2*«.

Af § 5, stk. 2, fremgår endvidere, at offentlige myndigheder »*skal kunne modtage regninger udarbejdet i overensstemmelse med bekendtgørelse om information i og transport af OIOUBL elektronisk regning til brug for elektronisk afregning med offentlige myndigheder*«.

Den nævnte bekendtgørelse nr. 354 af 26. marts 2010 om information i og transport af OIOUBL elektronisk regning til brug for elektronisk afregning med offentlige myndigheder, der ligeledes er fastsat med hjemmel i lov om offentlige betalinger, fastsætter i § 1, stk. 3, at offentlige myndigheder »*fra og med den 1. maj 2011 skal sende og modtage regninger udarbejdet i OIOUBL-standard*«. I stk. 4 er det fastsat, at de nærmere regler for udformningen af en elektronisk regning efter OIOUBL-standard fremgår af

bilag 1 til bekendtgørelsen. I henhold til bilag 1, del 1, skelnes der mellem obligatorisk, betinget, frivillig og aftalt information i en elektronisk regning. Det anføres i bilaget, at »*Obligatorisk information*« skal være til stede i en elektronisk regning for, at modtageren kan anvende meddelelsen. Af bilag 1, pkt. 3 (Invoice), fremgår blandt andet:

»OIOUBL Faktura er et dokument for udveksling af elektroniske fakturaer. Faktura kan anvendes både som en enkeltstående faktura eller som en faktura, der indgår i et sammenhængende ordre-til-faktura flow.

...

Fakturaen er opbygget til at opfylde de formelle krav til en gyldig faktura for anvendelse såvel i Danmark som i forhold til udlandet, herunder momsnummer, leveringstider, specifikationer o.lign.

Udover de formelle krav til afsender og modtager samt indholdet i en faktura, skal den elektroniske udgave tillige indeholde EndePunktID, en personreference og normalt et ordre- eller rekvisitionsnummer samt opfylde kravene i denne dokumentguideline.

...

Personreference anvendes til at identificere den person, der er ansvarlig for behandling af det modtagne elektroniske dokument.

Ordre- eller rekvisitionsnummer anvendes i de tilfælde, hvor en faktura udstedes med henvisning til en foregående ordre eller rekvisition. I visse særlige tilfælde, hvor der ikke foreligger en foregående ordre, kan nummeret udelades, hvis den elektroniske faktura fremsendes med et ProfilID, der ikke stiller krav om udfyldelse af ordre- eller rekvisitionsnummer.«

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har til støtte for påstand 1 navnlig anført, at KMD's tilbud ikke var konditionsmæssigt, hvorfor indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 ved ikke at afvise det.

Det var i udbudsbetingelserne fastsat, at krav nr. 32 og 33 var ufravigelige mindstekrav. Det var således et mindstekrav, at den tilbudte løsning i hele kontraktperioden skulle opfylde, overholde og understøtte al relevant lovgivning. Herunder var lov om offentlige betalinger udtrykkeligt nævnt. Denne lovgivning forudsætter overholdelse af OIOUBL-standard, da det i

medfør af loven er fastsat, at det offentlige skal sende og modtage regninger i denne standard, jf. § 1, stk. 3, i bekendtgørelse nr. 354 af 26. marts 2010. Det følger endvidere af bekendtgørelse nr. 206 af 11. marts 2011 om elektronisk afregning med offentlige myndigheder, der også er udstedt i medfør af lov om offentlige betalinger, at offentlige myndigheder skal udarbejde og sende regninger elektronisk, jf. § 1, stk. 1. Af bestemmelserne idenne bekendtgørelses § 4, stk. 1, jf. § 3, stk. 1, nr. 2, fremgår endvidere, at en (elektronisk) regning til en anden offentlig myndighed skal oplyse blandt andet *»[r]eferenceperson eller anden reference samt et evt. ordre- og rekvisitionsnummer.«*

Indklagede lagde i sit indstillingsnotat til grund, at det produkt, som KMD tilbød (KMD Opus Debitor), ikke fuldt ud levede op til OIOUBL-standard, idet løsningen manglede nogle af de obligatoriske felter, herunder *»personreference«* og *»ordrenummer«*. Indklagede har endvidere under sagen for klagenævnet erkendt, at KMD Opus Debitor ikke på tidspunktet for tilbuddets afgivelse levede op til disse krav, idet indklagede har oplyst, at kommunen siden sommeren 2012 har korresponderet med KMD om det forhold, at Opus Debitor ikke levede op til lovgivningens krav, og idet KMD først den 4. februar 2013 og dermed længe efter tilbudsfristens udløb har foretaget den nødvendige opdatering af systemet.

Såvel indklagede som indklagedes rådgiver Rambøll havde således positiv viden om, at det ikke passede, når KMD i sit tilbud oplyste, at krav nr. 32 og 33 var opfyldt på tilbudstidspunktet.

Indklagede var derfor – uanset KMD's besvarelser af krav nr. 32 og 33 i tilbuddet – ikke berettiget til at lægge til grund, at disse mindstekrav var overholdt, hvorfor tilbuddet skulle have været afvist som ikke konditionsmæssigt.

Der kan ikke lægges vægt på de oplysninger, som indklagede efter tilbudsfristens udløb har indhentet fra KMD i relation til klagesagen, idet tilbuddet skulle bedømmes på baggrund af tilbuddets ordlyd og den viden, som indklagede havde på evalueringstidspunktet.

Indklagede har navnlig gjort gældende, at tilbuddet fra KMD var konditionsmæssigt, idet det overholdt krav nr. 32 og 33 om overholdelse og understøttelse af relevant lovgivning.

Det erkendes, at det, der blev anført i indklagedes indstillingsnotat om manglende opfyldelse af OIOUBL-standarden og manglende obligatoriske felter, som klageren henviser til, beror på en vildfarelse. Denne vildfarelse baserede sig på kendskabet til den løsning, som KMD hidtil havde leveret til indklagede – og ikke på kendskabet til den tilbudte løsning. Det beroede endvidere på en misforståelse, når det i indstillingsnotatet blev angivet, at feltet »kontostreng« skulle være obligatorisk, idet dette ikke er et krav i henhold til bilag 1 til bekendtgørelse nr. 354 af 26. marts 2010. Det fremgår endvidere udtrykkeligt af § 3, stk. 2, i bekendtgørelse nr. 206 af 11. marts 2011, at oplysning om kontostreng i en faktura er fakultativ. Det anførte er imidlertid uden betydning, da det afgørende ikke er, hvordan indstillingsnotatet var formuleret, men hvorvidt KMD's tilbud var konditionsmæssigt eller ikke.

KMD oplyste i sit tilbud, at krav nr. 32 og 33 var opfyldt. Det forhold, at indklagedes rådgiver måtte have en anden (og fejlagtig) opfattelse, er i sig selv uden betydning for vurderingen, idet sådanne udokumenterede antagelser ikke kan danne grundlag for afvisning af et tilbud som ukonditionsmæssigt. Såfremt indklagede havde afvist KMD på dette grundlag, ville der derimod have været tale om en krænkelse af ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2.

Klagerens påstand om, at krav nr. 32 og 33 og kravene i OIOUBL-standarden rent faktisk ikke er opfyldt, bestrides, og den er ikke dokumenteret. KMD har derimod ved de afgivne erklæringer og *screen dumps* dokumenteret, at oplysningerne i tilbuddet var korrekte.

Ad påstand 2

Klageren har under henvisning til den overtrædelse, der er anført under påstand 1, navnlig gjort gældende, at indklagede ikke lovligt kan tildele orden til KMD, og at tildelingsbeslutningen derfor skal annulleres.

Indklagede har navnlig gjort gældende, at kommunen ikke har begået de overtrædelser af udbudsreglerne, der er angivet i påstand 1, og at der derfor ikke er grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

KMD A/S oplyste i sit tilbud, at krav nr. 32 og 33 var opfyldt. Der var ikke i udbudsbetingelserne stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle dokumentere overholdelse af disse krav, og indklagede var på den baggrund som udgangspunkt berettiget til at lægge oplysningen herom til grund.

Der er ikke i tilbuddet holdepunkter for at anse disse oplysninger for åbenbart urigtige. Heller ikke det oplyste om indklagedes kendskab til KMD A/S og denne virksomheds produkt i kraft af virksomhedens rolle som hidtidig leverandør af tilsvarende ydelser, og herunder de konstaterede problemer vedrørende felterne »*personreference*« og »*ordrenummer*«, kan føre til, at oplysningerne måtte anses for åbenbart urigtige. Indklagede var således berettiget til at lægge oplysningerne til grund ved evalueringen af KMD A/S' tilbud, og indklagede har som følge heraf ikke været forpligtet til at afvise tilbuddet som ikke konditionsmæssigt. Indklagede ville ikke være berettiget til at inddrage sine tidligere erfaringer direkte ved evalueringen af KMD A/S' tilbud. Det forhold, at indklagede og dennes rådgiver ved evalueringen af tilbuddet i relation til underkriteriet »*funktionalitet*« – uberettiget – lagde til grund, at OIOUBL-standarden ikke fuldt ud var opfyldt, og at der manglede nogle obligatoriske felter, kan derfor ikke føre til et andet resultat.

Ad påstand 2

Da klagenævnet ikke har taget påstand 1 til følge, er der heller ikke grundlag for at tage påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Thomas Schapiro
kontorfunktionær