

Note: Klagen er trukket tilbage efter afsigelsen af denne delkendelse.

K E N D E L S E

New Mind TellUs AS
(advokat Mikkel Hedager Wurtz
og advokat Maria G. Adamsen, begge Esbjerg)

mod

Partnerskabet Det Digitale Turisme Danmark c/o VisitDenmark
(cand. merc. jur. Peter Dann Jørgensen
og advokatfuldmægtig Maria Haugaard, begge København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. af 2015/5 013-019284 af 16. januar 2015 udbød Partnerskabet Det Digitale Turisme Danmark som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en 2-årig aftale med mulighed for forlængelse i 2 x 1 år om udvikling, drift og vedligeholdelse af dansk turismes fælles produktdatabase ”GuideDanmark”. Kontraktens værdi er i udbudsbekendtgørelsen anslået til ca. 5 mio. kr.

Følgende virksomheder, som var blevet prækvalificeret, afgav rettidigt tilbud:

- Adapt A/S, CVR.nr. 21 75 89 73
- Combine A/S, CVR.nr. 26 92 60 76
- New Mind TellUs AS, norsk reg.nr. 980988191 MVA
- Konsortium bestående af Visitravelcom Technology Group AB, svensk reg.nr. 556559-7423, og Nordic Travel ApS, CVR-nr. 28861095

Den 29. juni 2015 meddelte Partnerskabet Det Digitale Turisme Danmark ("Partnerskabet" i det følgende) pr. e-mail, at Partnerskabet havde besluttet at tildele kontrakten til Combine A/S.

Klagenævnet har den 9. juli 2015 modtaget en klage fra New Mind TellUs AS.

New Mind TellUs AS har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

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

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 – 6, svarskrift med bilag A – B, replik af 23. juli 2015 samt duplik af 24. juli 2015.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder, ud over påstanden om, at klagen tillægges opsættende virkning, følgende påstande:

"Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede, Partnerskabet Det Digitale Turisme Danmarks, udbud af udvikling, drift og vedligeholdelse af dansk turismes fælles produktdatabase "GuideDanmark" (EU-udbud nr. 2015/S 013-019284) er udformet i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, da indklagedes prismodel og prisevalueringsmodel ikke tager højde for, at klagers tilbud angik en software as a service-aftale.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagede, Partnerskabet Det Digitale Turisme Danmarks, beslutning af 29. juni 2015 om at tildele den udbudte kontrakt til Combine A/S."

Partnerskabet har påstået, at klagen ikke skal tages til følge.

Andre oplysninger i sagen:

I udbudsbekendtgørelsen står der blandt andet:

“II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene

Ordregiver er organiseret som et partnerskab, der består af Danske Destinationer, Dansk Turismefremme, Wonderful Copenhagen og VisitDenmark. Målet med partnerskabet er at skabe den højest mulige teknologiske og indholdsmæssige kvalitet i den offentlige digitale turistinformation og sikre optimal distribution. Nærværende kontrakt vedrører udvikling, drift og vedligeholdelse af dansk turismes fælles produktdatabase ”GuideDanmark”. Databasen indeholder i dag mere end 30.000 turistprodukter (attraktioner, overnattingssteder, muligheder for aktiv ferie etc.), som er registreret med stamdata, oplysninger om faciliteter og åbningstider og -perioder, geokoordinater, billeder og bookinginformationer mv. Informationerne vedligeholdes individuelt af omkring 80 lokale danske turistorganisationer. GuideDanmark er en integreret del af www.visitdenmark.dk og de fleste lokale turistorganisationers websites. Opgaven vedrører produktdatabase, vedligeholdelsesværktøjer og datadistribution, idet der skal kunne leveres produktdata i xml-format til og fra databasen.”

I udbudsbetingelserne står der blandt andet:

“3. PARTNERSKABET DET DIGITALE TURISME DANMARK

GuideDanmark drives af Partnerskabet Det Digitale Turisme Danmark. Partnerskabet er dannet af VisitDenmark, Dansk Turismefremme, Danske Destinationer og Wonderful Copenhagen på vegne af de danske turistorganisationer.

Med dette udbud ønsker Ordregiver at sikre driften og vedligeholdelse af dansk turismes fælles produktdatabase GuideDanmark.

4. DEN UDBUDTE ANSKAFFELSE

GuideDanmark er den fælles database for dansk turisme. I databasen registreres danske turistprodukter. Med turistprodukter menes de aktiviteter, attraktioner, overnatning med videre, som en turist eller mødeplanlægger forbruger i forbindelse med et ferie- eller mødeophold i Danmark. I databasen er der i dag registreret omkring 30.000 turistprodukter.

Det er de danske turistbureauer og VisitDenmark, der er ansvarlig for registreringen og den løbende opdatering af informationerne. Det er ca. 80 turistbureauer – i denne sammenhæng kaldet GuideDanmark kontorer, som står for registrering af turistprodukter i Danmark. Dertil kommer HORESTA, som er ansvarlig for registreringen af informationer om deres medlemshoteller og DanHostel, som registrerer og vedligeholder informationer om vandrehjem. Desuden modtager databasen online en række turistrelevante registreringer fra Naturstyrelsens database Ud i Naturen.

...

8. ORDREGIVERS MINDSTEKRAV SAMT FORBEHOLD

...

8.2 Forbehold

Ordregiver er berettiget til at afvise ethvert tilbud med forbehold til udbudsmaterialet, medmindre der er tale om et åbenbart bagatelagtigt forbehold.

Der kan ikke tages forbehold overfor kontraktteksten. Tilbudsgivers ændringer af et bilags brødtekst eller elementer, hvor der ikke er krævet eller forudsat en besvarelse, kan udgøre et forbehold.

Manglende opfyldelse af et krav i kravspecifikationen og øvrige bilag anses dog ikke for et forbehold, som kan begrunde afvisning, men som et forhold, der indgår i den kvalitative evaluering af tilbuddet, jf. dog nedenfor om Mindstekrav.

Der kan ikke tages forbehold for grundlæggende eller ufravigelige udbudsbetingelser og krav. Et forbehold, som ikke kan prissættes med rimelig sikkerhed, anses som et forhold over for grundlæggende elementer.

Et mindstekrav (MK) er et ufravigeligt krav, der ubetinget skal overholdes og opfyldes, idet der ikke kan tages forbehold overfor krav, der er gjort til mindstekrav. Såfremt Tilbudsgiver tager forbehold for et mindstekrav, er Ordregiver forpligtet til at erklære tilbuddet for ikke-konditionsmæssigt med den konsekvens, at tilbud ikke indgår i tilbuds-evalueringen.

Tilbudsgiver opfordres til ikke at tage forbehold, da forbehold indebærer betydelig risiko for, at tilbuddet ikke vil blive taget i betragtning. Hvis Tilbudsgiver alligevel vælger at tage forbehold, bedes Tilbudsgiver udtrykkeligt angive forbeholdet og redegøre for, hvorfor forbeholdet er taget.

Tilbudsgiverne opfordres til at udnytte deres adgang til at stille spørgsmål, hvis de konstaterer væsentlige uhensigtsmæssigheder i kontraktgrundlaget, jf. punkt 13. Ordregiver vil i givet fald på baggrund heraf – inden for udbudsreglernes rammer - overveje, om sådanne spørgsmål giver anledning til justeringer af kontraktgrundlaget.

I stedet for at overveje forbehold opfordres Tilbudsgiver til tidligst muligt at henlede Ordregivers opmærksomhed på eventuelle uhensigtsmæssige krav af betydning i udbudsmaterialet.

9. FORHOLD VEDRØRENDE AFGIVELSE AF TILBUD

9.1 Form- og procedurekrav

Tilbudsgiver skal afgive tilbud på grundlag af nærværende udbudsbetingelser. Ved udarbejdelse af tilbuddet skal Tilbudsgiver nøje iagttage de form- og procedurekrav, der fremgår under nærværende punkt.

...

Ad “Kontrakt og samtlige bilag”

Tilbudsgiver skal aflevere et komplet sæt af Kontrakten inklusiv bilag samt kopier heraf, jf. punkt 9.4. Nogle af dokumenterne er vedlagt som skabelon, hvor forklaringer til bilagets udfyldning er [markeret på denne måde]. De steder, hvor Tilbudsgiver skal udfylde noget i bilaget er dette markeret på denne måde [...]. Dokumenter, der ikke foreligger en skabelon for, skal Tilbudsgiver selv udarbejde, jf. punkt 17. Samtlige bilag skal medsendes som en del af tilbuddet, og bilagene skal udfyldes af Tilbudsgiver i det omfang, det følger af instruktionen i bilaget. Udbudsbetingelsernes punkt 17 indeholder en oplistning af, hvilke bilag der skal besvares af Tilbudsgiver som en del af tilbud.

...

11. TILBUDSEVALUERING

11.1 Tildelingskriteriet

Ordregiver foretager en tilbudsevaluering på grundlag af tildelingskriteriet “det økonomisk mest fordelagtige tilbud” vurderet på grundlag af følgende underkriterier:

- Pris 50 %
- Kvalitet 30 %
- Samarbejde 20 %

Kontrakten vil blive tildelt til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Kriterierne er uddybende beskrevet i det følgende.

Ad Pris – 50 %

Underkriteriet Pris vurderes på grundlag af den evalueringstekniske to-talsum, der opgøres som beskrevet i instruktionen til Bilag 3.

...

13. SPØRGSMÅL TIL UDBUDET

13.1 Skriftlige spørgsmål

Med henblik på at sikre, at tilbuddet udformes i overensstemmelse med de stillede krav, er det muligt at stille skriftlige spørgsmål til udbudsmaterialet. Ordregiver opfordrer tilbudsgiverne til at stille spørgsmål til udbudsmaterialet, såfremt der er forhold eller krav, der efter Tilbudsgivers opfattelse synes uklare, urimelige, vanskelige at opfylde eller beskrevet på ufuldstændig vis.”

Af kravspecifikationen (udbudsbetingelsernes bilag 2) fremgår blandt andet:

“2. BAGGRUND

GuideDanmark er den fælles database for dansk turisme. I databasen registreres danske turistprodukter. Med turistprodukter menes de aktiviteter, attraktioner, overnatning med videre, som en turist eller mødeplanlægger forbruger i forbindelse med et ferie- eller mødeophold i Danmark. I databasen er der i dag registreret omkring 30.000 turistprodukter.

Det er de danske turistbureauer og VisitDenmark, der er ansvarlig for registreringen og den løbende opdatering af informationerne. Det er ca. 80 turistbureauer – i denne sammenhæng kaldet GuideDanmark kontorer, som står for registrering af turistprodukter i Danmark. Dertil kommer HORESTA, som er ansvarlig for registreringen af informationer om deres medlemshoteller og DanHostel, som registrerer og vedligeholder informationer om vandrehjem. Desuden modtager databasen online en række turistrelevante registreringer fra Naturstyrelsens database Ud i Naturen. Alle produkter er registreret på dansk, engelsk og tysk.

GuideDanmark drives af Partnerskabet Det Digitale Turisme Danmark. Partnerskabet er dannet af VisitDenmark, Dansk Turismefremme, Danske Destinationer og Wonderful Copenhagen på vegne af de danske turistorganisationer. Det er partnerskabet, der har besluttet at konkurrenceudsætte GuideDanmark.

GuideDanmark er i dag varetaget af det norske firma Tellus. VisitDenmark har indgået en treårig aftale med Tellus. Aftalen omfatter Visit-

Denmark og omkring 80 GuideDanmark kontorer. Der er ligeledes omkring 65 aftaler om eksport og brug af produktdata fra systemet.

3. OPGAVE

Opgaven består i at etablere en database til registrering af turistprodukter, udvikling af vedligeholdelsesværktøjer og etablere et datadistributionssystem.

- Produktdatabasen

Database med en datamodel, som varetager den fysiske registrering af informationer om de danske turistprodukter. Der forventes en simpel datamodel, da databasens vigtigste opgave er distribution af data til eksterne systemer.

- Vedligeholdelsesværktøjer
Software, som gør det muligt at registrere og vedligeholde information om de danske turistprodukter i databasen.
- Datadistribution
Værktøjer til distribution af produktdata til brug i andre, eksterne informationssystemer.”

Af bilag 3 til udbudsbetingelserne om vederlag fremgår blandt andet følgende instruktion:

“Instruktion til Tilbudsgiver:

Teksten i denne instruktion er ikke en del af Kontrakten og vil blive fjernet ved kontraktindgåelse.

Formål med bilag:

Formålet med Bilag 3 Vederlag er at få fastlagt betalingsplanen og de af Tilbudsgiver tilbudte priser.

Instruks vedr. bilag:

I forbindelse med afgivelse af tilbud skal Tilbudsgiver udarbejde en besvarelse af bilaget. Tilbudsgivers besvarelse af bilaget sker ved udfyldelse af bilagets punkt 2 til 6, idet der skal oplyses en pris i samtlige tabeller, hvor der er markeret med [...]. Alle priser angives i danske kroner eksklusiv moms.

Evaluerings af besvarelse:

Tilbudsgivers besvarelse vil indgå i tilbudsevalueringen i tilknytning til underkriteriet “Pris” som nærmere angivet i udbudsbetingelserne.

Overordnet vurderes en attraktiv økonomi positivt i tilbudsevalueringen. I denne vurdering indgår alle priselementer som skal udfyldes i Bilag 3, herunder Leverancevederlag, time- priser, priser for drift og vedligeholdelse samt øvrige vederlag. Disse bliver sammenlagt til en evalueringsteknisk totalsum på følgende måde:

I forhold til Leverancevederlag i Tabel 1 indgår det samlede Leverancevederlag i den evalueringstekniske totalsum med en vægtning på 100 %.

I forhold til Undervisning i Tabel 3 indgår et samlet undervisningsvederlag, som beregnes ved at det samlede vederlag for uddannelse af superbrugere på hold á 10 personer ganges med 3. Det samlede undervisningsvederlag indgår i den evalueringstekniske totalsum med en vægtning på 100 %.

I forhold til timepriser i Tabel 4 indgår en “samlet timepris” i den evalueringstekniske totalsum, som beregnes ved en fordeling af 100 timer for hver medarbejderkategori, således at timeprisen for en Senior Programmør ganges med 100, timeprisen for en Junior Programmør ganges med 100, og timeprisen for en Projektleder ganges med 100. Herefter lægges de tre priser sammen, hvorefter den “samlede timepris” indgår i den evalueringstekniske totalsum med en vægtning på 100 %.

I forhold til vederlaget for vedligeholdelse i Tabel 5 indgår et samlet vedligeholdelsesvederlag i den evalueringstekniske totalsum, som beregnes ved, at det samlede månedlige vedligeholdelsesvederlag ganges med 36 måneder. Det samlede vedligeholdelsesvederlag indgår i den evalueringstekniske totalsum med en vægtning på 100 %.

I forhold til vederlaget for drift i Tabel 6 indgår et samlet driftsvederlag i den evalueringstekniske totalsum, som beregnes ved at det samlede månedlige driftsvederlag ganges med 36 måneder. Det samlede driftsvederlag indgår i den evalueringstekniske totalsum med en vægtning på 100 %.

I forhold til udtrædelsesvederlag i Tabel 7 indgår det samlede udtrædelsesvederlag i den evalueringstekniske totalsum med en vægtning på 20 %.

I forhold til exit fee for Vedligeholdelsesaftalen i Tabel 8 indgår dette i den evalueringstekniske totalsum med en vægtning på 14 % for beløbet for opsigelse til ophør i perioden 1-2 år efter Overtagelsesdagen og med en vægtning på 6 % for beløbet for opsigelse til ophør i perioden 2-3 år efter Overtagelsesdagen.

I forhold til exit fee for Driftskontrakten i Tabel 9, indgår dette i den evalueringstekniske totalsum med en vægtning på 14 % for beløbet for opsigelse til ophør i perioden 1-2 år efter Overtagelsesdagen og med en vægtning på 6 % for beløbet for opsigelse til ophør i perioden 2-3 år efter Overtagelsesdagen.

Forbehold:

Der kan ikke tages forbehold over for bilaget.”

Af bilaget fremgår blandt andet (det er i bilaget med gult markeret, hvilke felter med priser, som obligatorisk skulle udfyldes (angivet nedenfor)):

“2. LEVERANCEVEDERLAG

2.1 Specifikation af vederlag

Leverancevederlaget fremgår af nedenstående tabel med angivelse af de enkelte ydelser og priserne herfor. Nærmere specifikation af ydelserne fremgår af Leverandørens udfyldelse af Kontraktens Bilag 2 Kravspecifikation.

Ydelse	Pris i DKK
Afklaringsfase	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Projektledelse	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Udvikling af datamodel	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Udvikling af vedligeholdelsesværktøjer	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Udvikling af datadistributionsværktøjer	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Udvikling af administrationsdel	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Datakonvertering	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Programmel	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Uddannelsesmateriale	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Øvrige ydelser	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Leverancevederlag i alt	[...] kr. [markeret som obligatorisk]

Tabel 1: Samlet Leverancevederlag

Leverancevederlaget kan ændres som følge af ændringsanmodninger i overensstemmelse med Kontraktens punkt 9.

2.2 Fakturering af Leverancevederlag

Leverandøren er berettiget til at fakturere Kunden for Leverancevederlaget i overensstemmelse med nedenstående og Kontraktens punkt 13.

Fakturerings tidspunkt	Fakturabeløb / % af Leverancevederlaget
Kontraktens underskrivelse	[Indsæt beløb] [markeret som obligatorisk] 30%
Godkendt overtagelsesprøve	[Indsæt beløb] [markeret som obligatorisk] 35%
Godkendt driftsprøve	[Indsæt beløb] [markeret som obligatorisk] 35%

Tabel 2: Betalingsplan

3. VEDERLAG FOR UDDANNELSE

Leverandørens priser på uddannelse, der er specificeret i Bilag 5, fremgår af Tabel 3.

Ydelse	Pris i DKK
Uddannelse af superbrugere på hold a 10 personer	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Uddannelsesvederlag i alt	[...] kr. [markeret som obligatorisk]

Tabel 3: Uddannelsesvederlag

Leverandøren er berettiget til at fakturere Kunden for vederlaget for uddannelsesydelser, når de enkelte Ydelser er endeligt leveret.

4. TIMEPRISER

4.1 Timepriser

Nedenstående ressourcekategorier og timepriser finder anvendelse for udførelse af timebaserede ydelser under Kontrakten

[Tabel 4: Timepriser, hvori der obligatorisk skal udfyldes timepriser for følgende 3 medarbejderkategorier “Seniorprogrammør”, “Juniorprogrammør” og “Projektleder”, som samtidig nærmere defineres]

For opgaver, som udføres efter medgået tid, skal Leverandøren sørge for at bemande opgaven korrekt i forhold til de kompetencer og kvalifikationer, opgaven tilsiger.

Der henvises i øvrigt til Kontraktens punkt 12.4.

5. PRISER FOR VEDLIGEHOJDELSE

Vedligeholdelse er nærmere specificeret i Bilag 7.

Kunden betaler vedligeholdelsesvederlaget fra godkendelse af overtagelesprøven, idet vedligeholdelsesvederlaget faktureres månedligt bagud.

Vedligeholdelsesvederlaget inkluderer alle ydelser relateret til Systemets vedligeholdelse, medmindre andet aftales særskilt.

Nedenstående vedligeholdelsesvederlag er gældende fra Overtagelsesdagen for Systemet.

Ydelse	Pris pr. måned i DKK
Forebyggende vedligeholdelse	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Nye Versioner og Releases	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Mangelfhjælpning	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Service desk	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Øvrige vedligeholdelsesydelser	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Samlet månedligt vedligeholdelsesvederlag	[...] kr. [markeret som obligatorisk]

Tabel 5: Vedligeholdelsesvederlag

6. PRISER FOR DRIFT

Driftsydelserne er nærmere specificeret i Bilag 13.

Kunden betaler driftsvederlaget fra godkendelse af overtagelsesprøven, idet driftsvederlaget faktureres månedligt bagud.

Driftsvederlaget inkluderer alle ydelser relateret til Systemets drift, medmindre andet aftales særskilt.

Vederlaget for drift af DenmarkDirect.dk fremgår af nedenstående tabel med angivelse af de enkelte ydelser og priserne herfor. Nærmere specifikation af ydelserne fremgår af Leverandørens udfyldelse af Bilag 2 Kravspecifikation med tilhørende underbilag.

Ydelse	Pris pr. måned i DKK
Systemdrift	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Systemkapacitet [<i>Leverandøren indsætter specifikation heraf</i>] [markeret som obligatorisk]	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Licenser	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Andre driftsydelser i form af <i>Leverandøren indsætter specifikation heraf</i>] [markeret som obligatorisk]	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Samet månedligt driftsvederlag	[...] kr. [markeret som obligatorisk]

Tabel 6: Driftsvederlag

7. ØVRIGE VEDERLAG

7.1 Priser for enkelttydelser

I det følgende er der indsat en prisliste over opgaver, som kan opstå i løbet af drifts- og vedligeholdelsesfasen

Ydelse	Pris pr. tilpasning i DKK
Oprettelse af et simpelt felt i databasen	[...] kr. [markeret som obligatorisk]

Ændring af listevisningen	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Fjernelse af indhold i felt	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Andre lignende ydelser <i>Leverandøren indsætter specifikation heraf</i> [markeret som obligatorisk]	[...] kr. [markeret som obligatorisk]

7.2 Udtrædelsesvederlag

I henhold til Kontraktens punkt 8 kan Kunden udtræde af Kontrakten.

Ved en sådan udtræden betaler Kunden et udtrædelsesvederlag som anført nedenfor.

Udtrædelsesvederlag	Engangsbeløb i DKK
Ved Kundens udtrædelse af Kontrakten betaler Kunden følgende beløb til Leverandøren.	[...] kr. [markeret som obligatorisk]

Tabel 7: Udtrædelsesvederlag

7.3 Exit fee – Vedligeholdelsesaftalen

I henhold til Bilag 7 Vedligeholdelsesaftalen, kan Kunden opsig Vedligeholdelsesaftalen med et skriftligt varsel på 6 måneder til den første i en måned, dog tidligst til udløb 1 år efter Overtagelsesdagen.

Ved en opsigelse af Vedligeholdelsesaftalen til ophør tidligere end 3 år fra Overtagelsesdagen betaler Kunden et exit fee som beskrevet nedenfor, således at Leverandøren kan beregne sine tilbudte priser på vedligeholdelse ud fra en varighed af denne aftale på mindst 3 år.

Exit fee - Vedligeholdelsesaftalen	Engangsbeløb i DKK
Ved opsigelse til ophør i perioden 1-2 år efter Overtagelsesdagen.	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Ved opsigelse til ophør i perio-	[...] kr. [markeret som obligatorisk]

den 2-3 år efter Overtagelsesdagen.	
Ved opsigelse til ophør 3 år efter Overtagelsesdagen.	Intet exit fee

Tabel 8: Exit fee – Vedligeholdelsesaftalen

7.4 Exit fee – Driftskontrakten

Kunden kan i henhold til punkt 12 i Bilag 13 Driftskontrakten opsig Driftskontrakten med et skriftligt varsel på 6 måneder til den første i en måned, dog tidligst til udløb 1 år efter Overtagelsesdagen.

Ved en opsigelse af Driftskontrakten til ophør tidligere end 3 år fra Overtagelsesdagen betaler Kunden et exit fee som beskrevet nedenfor, således at Leverandøren kan beregne sine tilbudte priser på drift ud fra en varighed af denne aftale på mindst 3 år.

Exit fee - Driftskontrakten	Engangsbeløb i DKK
Ved opsigelse til ophør i perioden 1-2 år efter Overtagelsesdagen.	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Ved opsigelse til ophør i perioden 2-3 år efter Overtagelsesdagen.	[...] kr. [markeret som obligatorisk]
Ved opsigelse til ophør 3 år efter Overtagelsesdagen.	Intet exit fee

Tabel 9: Exit fee – Driftskontrakten”

Kontraktudkastet indeholder blandt andet følgende bestemmelser:

“9. ÆNDRINGER

I perioden efter afklaringsfasen og indtil Driftskontraktens ophør kan begge Parter fremsætte anmodninger om ændringer efter nedenstående retningslinjer og i overensstemmelse med Bilag 12.

Også efter ændringer sker levering på nærværende Kontrakts vilkår, medmindre andet er aftalt.

9.1 Kundens ændringsanmodninger

Kundens ændringsanmodninger skal fremsendes skriftligt til Leverandøren.

Leverandøren skal uden ugrundet ophold efter modtagelsen udarbejde et estimat over det vederlag, der påregnes at være forbundet med udarbejdelse af et løsningsforslag. Estimeringen skal ske på grundlag af de i Bilag 3 anførte timepriser og forventningerne om tidsforbrug. Estimatet fremsendes til Kunden for dennes godkendelse. Såfremt løsningsforslaget accepteres, bortfalder Leverandørens vederlag for udarbejdelsen.

Når Kundens godkendelse af estimatet foreligger, iværksætter Leverandøren behandlingen og skal uden ugrundet ophold og senest 10 Arbejdsdage herefter fremsende et løsningsforslag med et mindsteindhold som beskrevet i Bilag 12.

Såfremt der opstår uoverensstemmelser mellem parterne om konsekvenserne af en ændringsanmodning, har Kunden ret til fornøden indsigt i grundlaget for Leverandørens løsningsforslag. Ved prisberegningsmodeller og lignende erhvervshemmeligheder kan Leverandøren forlange, at gennemgangen foretages af en uvildig tredjemand, som er underlagt tavshedspligt. Kunden har til enhver tid ret til at lade en uvildig tredjemand, som er underlagt tavshedspligt, gennemgå Leverandørens løsningsforslag. Kunden afholder altid udgifterne til den uvildige tredjemand.

Såfremt løsningsforslaget ikke accepteres, kan Leverandøren kræve et rimeligt vederlag for udarbejdelsen af løsningsforslaget. Vederlaget opgøres efter dokumenteret medgået tid og til de i Bilag 3 anførte timepriser samt under hensyntagen til Leverandørens estimat. Foreligger der godkendt estimat for udfærdigelse af løsningsforslag, må dette ikke overskrides med mere end 15 %. Såfremt Parterne har aftalt en fast pris, gælder denne.

Såfremt Leverandøren i løsningsforslaget påviser, at ændringsanmodningen af tekniske eller væsentlige funktionsmæssige hensyn ikke kan gennemføres, kan denne nægte at efterkomme en ændringsanmodning. Hvis Leverandøren konstaterer sådanne forhold, inden løsningsforslaget er færdigudarbejdet, skal Leverandøren orientere Kunden herom, inden løsningsforslaget afsluttes. Kunden træffer herefter beslutning om, hvorvidt løsningsforslaget skal færdigudarbejdes, eller om Leverandøren skal afslutte arbejdet med løsningsforslaget.

Kunden kan kræve, at de af løsningsforslaget omfattede ydelser erlægges til en fast pris eller efter timeforbrug.

...

12.2 Leverancevederlaget

Leverancevederlaget er angivet i Bilag 3. Leverancevederlaget udgør det samlede beløb for alle vederlag, Kunden skal betale for Ydelser frem til bestået overtagelsesprøve. Dette gælder dog ikke vedligeholdelsesvederlag eller eventuelle driftsvederlag, som eventuelt betales i henhold til Vedligeholdelsesaftalen eller Driftskontrakten forud for beståelsen af driftsprøven.

Leverancevederlaget inkluderer en engangsbetaling for den i punkt 24-26 beskrevne brugsret til Systemet. Der skal således ikke betales løbende licensafgifter.

Ved opgørelse af Leverancevederlaget efter punkt 18.1.1 og punkt 20 medregnes dog øvrige betalinger, der er foretaget til Leverandøren under Kontrakten, herunder timebaserede vederlag med det senest godkendte estimat, dog ikke betalinger for vedligeholdelse og support.

...

12.4 Timebaserede vederlag

For Ydelser, der vederlægges på grundlag af medgået tid, skal Leverandøren angive et estimeret vederlag forud for leveringen af de enkelte timebaserede Ydelser, der bestilles under Kontrakten. Vederlagsestimatet skal være opdelt med angivelse af ressourceindsats for de allokerede medarbejdere for de pågældende måneder. Det er i enhver henseende Leverandørens ansvar, at vederlagsestimater er forsvarlige, dog under forudsætning af, at Kunden har afgivet korrekte oplysninger.

Det påhviler Leverandøren løbende at foretage en revurdering af det afgivne estimat for hver enkelt Ydelse, der er bestilt. Senest den 8. i måneden skal Leverandøren fremsende en opfølgning for den forudgående måned og et revideret estimat for den resterende periode for de enkelte bestillinger. Enhver afvigelse i op- eller nedadgående retning i forhold til det senest meddelte estimat skal begrundes. Såfremt Kunden har bemærkninger til et revideret estimat, skal dette uden ugrundet ophold meddeles skriftligt til Leverandøren.

Leverandørens vederlag for timebaserede Ydelser fremkommer ved at multiplicere det faktiske antal forbrugte timer for de medarbejdere, der direkte medvirker til opgavens udførelse, med de timepriser, der er angivet i Bilag 3 for den pågældende medarbejderkategori, og som reguleres i henhold til retningslinjerne i Bilag 3. Hver enkelt medarbejder skal løbende føre timeregnskab med angivelse af anvendt tid og beskrivelse af udført arbejde. Leverandøren skal efter anmodning dokumentere timeregnskaberne overfor Kunden.

Leverandøren kan ikke kræve større vederlag end estimeret, hvis dette skyldes omstændigheder, som Leverandøren burde have forudset ved afgivelsen af estimatet. Leverandøren har pligt til at give Kunden underretning, såfremt det må forudses, at et vederlagsestimat ikke kan forven-

tes overholdt. Underretningen skal indeholde en nærmere redegørelse for årsagen til den forventede overskridelse og et specificeret vederlags-estimat for den resterende del af arbejdet.”

Der blev besvaret i alt 91 spørgsmål fra tilbudsgiverne, herunder nedenstående:

Spørgsmål 6:

“Er I ude efter at købe et system, som I kan bruge, udvikle og administrere selv og derfor ikke bare købe en “brugsret” til et eksisterende dog tilpasset system, som støttes af leverandøren?”

Spørgsmålet er besvaret som følger:

“Det er ikke afgørende, hvilken model, der tilbydes. Det afgørende er, at Systemet indeholder flest mulige af de funktioner og muligheder, som er beskrevet i kravspecifikationen.

Det er ligeledes vigtigt, at Systemet indeholder de administrative muligheder, der er beskrevet i kravspecifikationen. Hvorledes dette foregår, er ikke afgørende.

Det er dog vigtigt, at Det digitale Partnerskab har indflydelse på Systemets videreudvikling, så Systemet hele tiden følger den teknologiske udvikling, så opdateringsbrugerne tilbydes de bedste værktøjer.”

Spørgsmål 8:

““Det er ca. 80 turistkontorer”

Kan vi få et nøjagtigt antal?”

Der blev svaret:

“Der er 79 GuideDanmark kontorer”

Spørgsmål 9:

“Vi finder nogle af kravene i kontrakten uhensigtsmæssige.

I hvilken grad kan Leverandøren påvirke ordlyden i kontrakten? I så tilfælde hvornår kan dette ske?”

Svaret var:

“Der kan ikke tages forbehold overfor kontraktteksten.

“Tilbudsgiverne opfordres til at udnytte deres adgang til at stille spørgsmål, hvis de konstaterer væsentlige uhensigtsmæssigheder i kontraktgrundlaget, jf. punkt 13. Ordregiver vil i givet fald på baggrund heraf – inden for udbudsreglernes rammer – overveje, om sådanne spørgsmål giver anledning til justeringer af kontraktgrundlaget.

I stedet for at overveje forbehold opfordres Tilbudsgiver til tidligst muligt at henlede Ordregivers opmærksomhed på eventuelle uhensigtsmæssige krav af betydning i udbudsmaterialet.”

Tilbudsgiver opfordres til at stille spørgsmål til de dele af kontrakten, som findes uhensigtsmæssig. Tilbudsgiver har ikke yderligere mulighed for at påvirke ordlyden i kontrakten.”

Spørgsmål 13 (vedrørte afsnit 2 i bilag 2, kravspecifikationen):

““Der er ligeledes omkring omkring 65 aftaler om eksport og brug af produktdata fra systemet”.

Kan vi få oplyst nøjagtigt antal aftaler, som kontrakten skal omhandle og beskrivelse af, hvordan distribution skal ske?

F.eks. hvor mange skal have adgang til webservices, og hvor mange skal have en ren xml-eksport?

Dette er udslagsgivende for trafikken på servere og dermed belastningen på systemet.”

Svaret på spørgsmålet lyder:

“Der er i dag 70 aftaler om dataeksport. Langt hovedparten er xml-eksport, mens kun 7 aftaler omhandler brug af webservice.

Desuden benytter alle VisitDenmarks hjemmesider og alle asp-løsninger webservice.”

Spørgsmål 25 (vedrører bestemmelsen, hvorefter “Der skal således ikke betales løbende licensafgift” i kontraktudkastets punkt 12.2):

“Såfremt kunden opsig drifts- og vedligeholdelsesaftalen, hvilken betaling mener Kunden da, at Leverandøren skal have for en programvare som er standard og ikke specialudviklet for Kunden?”

Der blev svaret:

“Leverandøren skal for den i Kontrakten beskrevne brugsret til Systemet samt implementering heraf m.v. modtage Leverancevederlaget, som inkluderer en engangsbetaling for brugsret til Programmet.

Såfremt Vedligeholdelsesaftalen og/eller Driftskontrakten opsiges inden 3 år efter Overtagelsesdagen vil Leverandøren have modtaget det engangsbeløb for licensen, som Leverandøren har anført i henholdsvis Tabel 7 og 8 i Bilag 3 Vederlag.”

Spørgsmål 63 vedrørende bilag 3 om “Vederlag” lyder:

“Er det rigtigt, at priserne for vedligeholdelse og drift ikke kan ændre sig over tid baseret på ændringer i anvendelsen af systemet?

Hvis ja, hvilke garantier har Leverandøren for at Kunden ikke gennemfører udvikling, øger antallet af distributions- / medier eller distribuerer til en ny portal med meget høj trafik, drastisk øger antallet af brugere og andre foranstaltninger, som vil øge Leverandørens udgifter til vedligeholdelse og drift af systemet?

Tænker Kunden, at man kan bruge systemet, servere og båndbredde, så kundernes selv ønsker det uden at Leverandøren vil blive kompenseret for dette?”

Spørgsmålet blev besvaret som følger:

“Priserne for vedligeholdelse og drift skal tage højde for en forventet naturlig udvikling i brugen af databasen, herunder at brugen af databasen og antallet af produkter i databasen kan forøges.

Tilbudsgiver har i Bilag 3 Vederlag mulighed for at indsætte en specifikation af sin systemkapacitet.

Hvorledes tilbudsgiver kompenseres, såfremt brugen overstiger den anførte specifikation, vil blive fastlagt i afklaringsfasen.

Såfremt der er tale om en decideret ændringsanmodning eller en videreudviklingsopgave følges procedurerne i Bilag 12 Ændringsprocedure samt eventuel videreudvikling.”

Spørgsmål 90:

“Kontrakten er struktureret omkring en klassisk “stand-alone” licensmodel. Det forudsættes således, at leverandøren bygger en dedikeret

softwareløsning, med tidsubegrænset licens, som herefter installeres på en platform, vedligeholdes og driftafvikles af leverandøren og hvor systemet efterfølgende kan flyttes til en ny platform og ny leverandør.

Kontrakten giver således ikke mulighed for levering af Systemet som "Software-as-a-Service". Det vil sige leverandørens standard software leveret som services på abonnementsbasis fra leverandørens platform, vedligeholdt og driftafviklet af leverandøren i abonnementets løbetid og uden mulighed for overførelse af selve systemet til en ny leverandør. Data kan dog udlæses.

Levering som Software-as-a-Services vil formentlig alene kræve relativt begrænsede tilpasninger af aftalegrundlaget, herunder bl.a. af følgende bestemmelser: Kontrakten: Punkt 4, 6.1, 15.2, 18.2.4, 24.2, 25, 26, 27. Bilag 7: Punkt 9. Bilag 13: Punkt 3.6, 3.7, 3.8, 8, 14.

Ønsker kunden at foretage de nødvendige tilpasninger, således at systemet kan leveres som Software-as-a-Service?"

Svaret lød:

"Kunden har på baggrund af det stillede spørgsmål valgt at justere kontraktgrundlaget.

Kunden har vurderet, at det ikke er nødvendigt at stille krav om, at tilbudsgiverne tilbyder en tidsubegrænset licens.

Kunden ønsker derimod, at tilbudsgiverne gives mulighed for at tilbyde et system på de for Kunden mest attraktive vilkår i den omfattede kontraktperiode.

Dette kan bedst ske ved, at den samme leverandør står for både levering, vedligeholdelse og drift af GuideDanmark-databasen, uden at denne leverandør skal sikre, at der efterfølgende kan ske overførsel af Systemet til en ny leverandør.

Den valgte tilpasning af kontraktgrundlaget vurderes at stille samtlige tilbudsgivere bedre, da der ved Kontraktens ophør ikke skal ske en overdragelse af vedligeholdelse og drift af Systemet til kunden selv eller en tredjepart, men alene en overdragelse af data.

Der er tale om begrænsede tilpasninger i følgende dele af udbudsmaterialet:

- Kontraktens punkt 1.1, 2, 3.1, 4, 6.1, 15.2, 18.2.4, 24, 25, 26 og 27.
- Bilag 7, punkt 9 og 15.1.
- Bilag 9, punkt 3.

- Bilag 13, punkt 3.8, 8 og 14.

Den tilpassede kontrakt og bilag er vedlagt spørgsmål og svar i version 2 med rettelsesmarkeringer.

For at give samtlige tilbudsgivere mulighed for at tilpasse deres tilbud i overensstemmelse med ovenstående flyttes tilbudsfristen til den 27. maj 2015 kl. 12.00.”

Det foretagne ændringer indebar blandt andet, at følgende kontraktvilkår blev ændret:

”Kunden erhverver en ikke-eksklusiv, tidsubegrænset og uopsigelig brugsret til Systemet og Dokumentation, herunder en ret til at kopiere Programmet og Dokumentation i det omfang, det er nødvendigt for Systemets drift og sikkerhed. Kundens brugsret til Systemet og Dokumentation gælder for et ubegrænset antal brugere til brug for Kundens almindelige virksomhed. Kundens brugsret omfatter endvidere en ret til:

- selv eller ved tredjemand at drifte Systemet, herunder lade Systemet installere, hoste, overvåge og driftsafvikle hos en af Kunden valgt ekstern leverandør.

...”

Ændringen indebar, at Partnerskabet ikke efter kontraktophør ville kunne fortsætte brugen af systemet og herunder selv forestå driften eller overlade den til en ekstern leverandør, ligesom kravet om, at licensen skulle være tidsubegrænset blev opgivet.

Tildelingsmeddelelsen indeholdt en sammenfatning af evalueringen af tilbuddene, hvoraf blandt andet fremgår:

Generelt om evaluering af tilbuddene:

Underkriteriet "Pris": Henset til de indkomne tilbudspriser er tilbudsvurderingen for priskriteriet foretaget ved en lineær interpolation. Den laveste tilbudspris gives 10 point, mens en pris, som er 50 % højere end laveste pris får 0 point. De øvrige priser er tildelt point forholds-mæssigt og ud fra tilbuddenes respektive afstand til tilbuddet med den laveste pris efter følgende formel:

$$(1 - ((\text{tilbudte pris} - \text{laveste pris}) / ((1,5 \times \text{laveste pris}) - \text{laveste pris}))) \times 10 = \text{pointtal}$$

De øvrige underkriterier: Ved vurderingen af tilbuddene i forhold til

underkriterierne Kvalitet og Samarbejde er der benyttet en pointskala fra 0 - 10 point ud fra nedenstående skala, idet 10 point tildeles den bedst tænkelige kravopfyldelse svarende til det bedst tænkelige tilbud.

Til orientering er der anvendt følgende karakterskala ved evalueringen:

0: Ingen opfyldelse

1: Særdeles dårlig vurdering

2: Meget dårlig vurdering

3: Dårlig vurdering

4: Under middel vurdering

5: Middel vurdering

6: Over middel vurdering

7: God vurdering

8: Meget god vurdering

9: Særdeles god vurdering

10: Den bedst mulige vurdering

Samlet vurdering:

I nedenstående tabel er det samlede resultat anført:

Tilbudsgiver	Pris	Kvalitet	Samarbejde	Samlet vægtet point
Adapt A/S	2,91	2,10	1,60	6,61
Combine A/S	5,00	2,40	1,60	9,00
New Mind TellUs AS	3,45	1,80	1,20	6,45
Konsortium bestående af Visittravel-com Technology Group AB og Nordic Travel ApS	4,34	2,40	1,40	8,14

...

Tildelingsmeddelelsen var vedlagt evalueringsrapporten.

Parternes oplysninger om baggrunden for udbuddet og for tilbuddet fra New Mind TellUs AS

New Mind TellUs AS har som det fremgår af udbudsbetingelserne tidligere indgået en aftale med Partnerskabet om at stille software til rådighed for en produktdatabase svarende til den, som udbuddet vedrører. Denne aftale er baseret på betaling pr. licens (antal brugere af New Mind TellUs AS' software).

Ifølge New Mind TellUs AS er antallet af brugere steget med 300 % i en 3-årig periode før udbuddet. New Mind TellUs AS har anført, at baggrunden for udbuddet efter selskabets opfattelse er, at produktbasen over tid ville blive anvendt af "et eksplosivt voksende antal brugere" med heraf følgende voksende udgifter til licensbetaling til selskabet.

New Mind TellUs AS har endvidere oplyst, at selskabet ønskede at afgive tilbud med sit eksisterende standardprogram på den udbudte ydelse. Som udbudsmaterialet var udformet, fandt selskabet imidlertid ikke dette muligt, hvilket var baggrunden for, at selskabet stillede blandt andet spørgsmål 90 (citeret ovenfor). Selvom spørgsmålet fik Partnerskabet til på en række punkter at justerede udbudsmaterielet, blev bilag 3 om vederlag ikke ændret.

Da New Mind TellUs AS alene mente at kunne fastsætte sin pris på baggrund af antallet af licenser, som skulle tildeles slutbrugerne, havde selskabet også spurgt til antallet af slutbrugere, jf. spørgsmål 8. Hverken svaret herpå eller svaret på spørgsmål 13 bidrog til en afklaring heraf. Svaret på New Mind TellUs AS' spørgsmål om mulighed for at regulere pris, hvis antallet af brugere steg (spørgsmål 63), var desuden afvisende. Derfor valgte New Mind TellUs AS at prissætte baglæns, idet selskabet som nuværende leverandør vidste, hvor mange licenser (ifølge selskabet 180) der for indværende blev betalt for, og på den baggrund indsatte sine priser i bilaget om vederlag. Som følge af den store stigning i antallet af brugere i perioden forud (300 % på 3 år) mente selskabet, at det var nødvendigt at indregne en betragtelig stigning i antallet af brugere i årene fremover.

Indregningen i evalueringsmodellen af 100 timer pr. medarbejderkategori i evalueringen i henhold til det obligatoriske vederlagsbilag betød ifølge New Mind TellUs AS, at New Mind TellUs AS fik sit tilbud kunstigt forhøjet, idet der slet ikke ved en Software-as-a-Service ydelse som selskabets er behov for justering/ændring af programmet (i modsætning til, hvad der gælder et specialudviklet program). Det samme gælder de forskellige andre obliga-

toriske poster vedrørende udvikling og vedligeholdelse. New Mind TellUs AS har da heller ikke i det hidtidige aftaleforhold opkrævet særlige honorarer for tilpasninger mv. hos Partnerskabet.

Partnerskabet har om baggrunden for udbuddet oplyst følgende:

“Indklagede indgik i 2011 en aftale med klager om opsætning og drift af klagers system "GuestMaker Destinator" og "GuestMaker Interface". GuestMaker Destinator skulle benyttes af indklagede, destinationsselskaber og turistkontorer i Danmark til at registrere og vedligeholde information, mens GuestMaker Interface var et API. Et API er en softwaregrænseflade, som er implementeret i databasen, der tillader et stykke software at interagere med et andet software.

Aftalen omfattede 1 administrationsdatabase og 82 destinationsdatabaser, hvor der til hver database var inkluderet 1 licens/bruger. Der blev herfor betalt en samlet pris, ligesom der skulle betales en årlig driftsudgift. Det var endvidere muligt at tilkøbe yderligere licenser, hvor betaling skulle ske pr. licens/bruger.

I forhold til support var der i prisen indeholdt ret til op til 8 supporthenvendelser pr. måned, mens henvendelser derudover ville blive faktureret til den gældende timepris.

Aftalen omkring GuestMaker Interface omfattede 1 national licens samt 60 lokale licenser. Endvidere kunne der tilkøbes licenser, hvor der sondredes mellem destinationernes størrelser.

Ifølge aftalen havde klager ikke ejer-rettigheder til den i systemet registrerede information, den ret havde VisitDenmark, men klager havde efter godkendelse fra indklagede rettigheder til at distribuere informationen til andre kanaler, så som turistbureauer og andre samarbejdspartnere.

Såfremt informationen skulle gøres tilgængelig for kanaler, som klager ikke allerede havde aftaler med, skulle indklagede involvere klager i denne videreformidling, ligesom udgifterne hertil fra indklagede til klager skulle aftales i det enkelte tilfælde.

Indklagedes overvejelser om indkøb af ny database

Indklagede vurderede, at denne aftale begrænsede formålet med indklagedes forretning, idet indklagedes mulighed for distribution af data, herunder dataeksport og databrug, var omfattet af licenser, som der skulle betales for per styk.

Indklagede ønskede derfor at indrette sig anderledes og gå væk fra en aftale, som baserede sig på antal brugere og licenser, og i stedet få en samlet pris for en turistproduktdatabase samt løbende ydelser for drift og vedligeholdelse, ligesom indklagede ønskede at gå væk fra en aftale, hvor leverandøren havde mulighed for at kapitalisere det indholdsmæssige i databasen i stedet for den tekniske leverance.

Ligeledes var det indklagedes ønske at opnå selvbestemmelse til at fastsætte priser i forbindelse med dataintegration og -eksport og dermed selv have mulighed for at beslutte og bestemme, hvem der skal have adgang til data fra databasen, og til hvilken pris denne data skal distribueres.

Udbud af GuideDanmark-databasen

På den baggrund iværksatte indklagede et begrænset EU-udbud nr. 2015/S 013-019284 omkring udvikling, drift og vedligeholdelse af dansk turismes fælles produktdatabase GuideDanmark.

Indklagede ønskede at få leveret en produktdatabase og/eller adgang dertil, baseret på it-mæssige standardværktøjer.

13 ansøgere anmodede om prækvalifikation, hvoraf de 5 bedst egnede blev prækvalificeret på baggrund af en videregående selektion.

Indklagede havde, på baggrund af ansøgernes referencer, en forventning om, at 3 tilbudsgivere ville vælge at byde ind med udvikling af en turistproduktdatabase, mens 2 tilbudsgivere ville vælge at byde ind med en software-as-a-service løsning.

...

Software-as-a-service er ikke et eksakt teknisk eller juridisk begreb. Software-as-a-service er kendetegnet ved, at software gøres tilgængelig for en kunde via en internetadgang, mens løsningen afvikles på leverandørens server. Dermed sker der ingen installation eller lagring af data hos kunden.

Når indklagede benævner tilbudsgivernes mulighed for at tilbyde en løsning som Software-as-a-service, menes der således alene, at der tilbydes en online løsning, hvor der ikke skal ske en decideret installation hos indklagede, men hvor løsningen kan tilgås online via en internetadgang.

Derimod ønsker indklagede ikke, at der tilbydes en løsning uden mulighed for individuelle tilpasninger, som typisk forstås ved Software-as-a-service-løsninger, ligesom indklagede ikke ønsker at betale for løsningen ved et løbende abonnement.

Når indklagede, på baggrund af prækvalifikationsansøgernes referencer, havde en forventning om, at 3 tilbudsgivere ville vælge at byde ind med udvikling af en turistproduktdatabase, mens 2 tilbudsgivere ville vælge at byde ind med en Software-as-a-service løsning, mener indklagede derfor alene, at det ud fra referencerne fremgik, hvorvidt tilbudsgiverne havde tidligere erfaring med sammenlignelige Software-løsninger.”

Om besvarelsen af spørgsmål 13 og det, som New Mind TellUs AS har oplyst, har Partnerskabet anført, at det ikke er rigtigt, at produktbasen over tid må forventes anvendt af et eksplosivt voksende antal brugere og heller ikke, at der frem til udbuddet skulle have været en vækst på 300 %.

Når Partnerskabet i udbudsmaterialet alene oplyste, at der var 79 Guide-Danmark-kontorer samt 70 aftaler om dataeksport, samt at data også skulle anvendes på VisitDenmarks hjemmesider og ved alle asp-løsninger, men ikke oplyste om antallet af asp-løsninger, skyldtes det, at Parterneskabet ikke ønskede at fastholde en licensbetaling for en licens til hver asp-løsninger. I stedet ønskede Partnerskabet tilbud på et system, der kunne rumme en samlet pris for at stille turistproduktdata til rådighed uanset, hvor mange asp-løsninger der skulle have adgang til dette.

Parternes synpunkter

Ad fumus boni juris

New Mind TellUs AS har gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt, jf. det, som selskabet har anført om påstand 1 og 2.

Partnerskabet Det Digitale Turisme Danmark har med henvisning til det, Partnerskabet har anført om påstand 1 og 2, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Ad påstand 1

New Mind TellUs AS har gjort gældende, at udbuddet er udformet, således at selskabet ikke ud fra oplysningerne i udbudsmaterialet, herunder svar på de stillede spørgsmål, kunne afgive et tilbud på samme vilkår som de øvrige prækvalificerede.

Ligebehandlingsprincippet er navnlig tilsidesat, fordi New Mind TellUs AS, som følge af den prismodel, der fulgte af bilag 3 om vederlag, blev tvunget til at foretage en prissætning, som ikke afspejler selskabets (reelle) prissammensætning. New Mind TellUs AS' tilbud kom således som følge af prismodellen til at indeholde oplysninger om priser, som ikke var relevante for evalueringen af selskabets ydelse.

Det helt grundlæggende ønske hos Partnerskabet om at få et tilbud, ”... således der ikke løbende skulle betales licensafgifter ...”, er i sig selv prohibitivt overfor Software-as-a-Service leverandører, hvis eneste indtjeningsmulighed netop er løbende licensafgifter. Udbudsformen diskriminerer således helt åbenlyst mod leverandører af Software-as-a-Service løsninger, som ikke har de produktudviklingsomkostninger, som bilag 3 forudsætter - for der leveres et allerede færdigt system. Der er heller ikke nogen løbende vedligeholdelsesudgift, for vedligeholdelsesudgiften indgår i licensbetalingen. Hele beregningsmodellen, der tvinger leverandører af Software-as-a-Service til at medinddrage nogle mere eller mindre fiktive beløb for leverance og vedligeholdelse i deres bud, tjener derfor udelukkende til at gøre det umuligt for sådanne leverandører at afgive et konkurrencedygtigt bud. Det bemærkes, at Partnerskabet selv har oplyst, at man forventede, at 3 af tilbuddene fra de i alt 5 prækvalificerede ville være tilbud baseret på en udvikling af en database, medens de to øvrige ville være Software-as-a-Service løsninger. Der er netop afgivet 3 tilbud ud over det fra New Mind TellUs A/S.

Prisevalueringsmodellen og vederlagsfastsættelsen i bilag 3 udgør endvidere i forhold til New Mind TellUs AS en tilsidesættelse af gennemsigtighedsprincippet, idet selskabet ikke har kunnet oplyse om og fastsætte sin pris på baggrund af de principper, som levering af et standardprogram sædvanligvis forudsætter (licensbetaling pr. bruger).

De manglende præcise oplysninger om antallet af slutbrugere sammenholdt med kontraktens punkt 12.4 indebar, at New Mind TellUs AS var nødt til at prissætte sin ydelse uforholdsmæssigt højt.

Endelig foreligger der diskrimination direkte rettet mod New Mind TellUs AS. Ved – bevidst eller ubevidst – at angive et forkert antal brugere af systemet (84 licenser og 60 ASP løsninger) tvang Partnerskabet New Mind TellUs AS, der er fuldt bekendt med det korrekte antal brugere (nemlig i alt

264 licenser), til at afgive et bud, der fremstår som ”for højt,” fordi det er afgivet på basis af det korrekte antal brugere. I besvarelsen på spørgsmål 63 er det ganske vist angivet, at tilbudsgiverne ved prissætningen skal tage højde for ”en naturlig udvikling”, men i realiteten er det kun New Mind TellUs AS, der kan det, da det åbenbart kun er New Mind TellUs AS, der kender det korrekte antal brugere, og kun New Mind TellUs AS, der ved, hvilken eksplosiv udvikling der har været i antallet af brugere. De fejlagtige/mangelfulde oplysninger om antallet af brugere diskriminerer således helt konkret New Mind TellUs AS, der er forpligtet til at tage udgangspunkt i de korrekte forudsætninger.

Partnerskabet Det Digitale Turisme Danmark har gjort gældende, at Partnerskabet ikke har gennemført et udbud i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2.

Partnerskabet ønskede ikke at fastholde den dyre model med betaling for hver enkelt licens, som følger af den hidtidige aftale med New Mind TellUs AS. Partnerskabet ønskede følgelig ikke, at tilbudsgiverne i deres prissætning skulle tage højde for antallet af asp-løsninger. Partnerskabet ønskede i stedet tilbud på et system, der kunne rumme en samlet pris for at stille turistproduktdata til rådighed uanset, hvor mange asp-løsninger der skulle have adgang til dette. Udbudsmaterialet afspejler dette ønske.

At 2 tilbudsgivere havde erfaring med Software-as-a-service-løsninger ændrede ikke på, at deres allerede udviklede Software-as-a-service-løsning skulle tilbydes inden for rammerne af udbudsbetingelserne og dermed også den vederlagsmodel, der fremgår heraf. De ændringer i udbudsbetingelsernes kontrakt og bilag 7, 9 og 13, der skete foranlediget af spørgsmål 6, var begrænsede og ændrede ikke på, at der ikke kunne tilbydes en klassisk Software-as-a-service løsning, da der skulle være mulighed for videreudvikling af løsningen, jf. direkte svaret på spørgsmål 6. Tilpasningerne af udbudsbetingelserne vedrørte forhold, som tilgodeså alle tilbudsgivere, herunder New Mind TellUs AS, som specifikt havde efterspurgt netop disse tilpasninger.

Udbudsbetingelserne indeholder ikke vilkår, som gør det umuligt for leverandører af Software-as-a-service-løsninger at afgive tilbud, men de skulle acceptere udbudsbetingelsernes vilkår, herunder at der ikke betales løbende

licensafgifter eller priser pr. brugere eller tilsluttede ASP-løsninger, men at der alene kan modtages et samlet leverancevederlag for en brugsret til løsningen samt løbende betalinger for drift og vedligeholdelse. De valgte vilkår og det valgte udbudsdesign er hverken direkte eller indirekte diskriminerende for potentielle eller reelle tilbudsgivere. At Partnerskabet ikke ønskede at diskriminere specifikke løsningsmodeller fremgår også af svaret på spørgsmål 6.

Partnerskabet har som ordregiver adgang til at fastlægge udbuddet på en måde, som ordregiver finder bedst kan tilgodese Partnerskabets behov.

Partnerskabet krævede i øvrigt hverken, at der skulle tilbydes en færdig løsning (Software-as-a-Service) eller en løsning, der forudsatte udvikling af selve produkt databasen. Prismodellen og prisevalueringsmodellen kunne således rumme såvel Software-as-a-Service som et system, der skulle udvikles.

Udbudsbetingelserne har været ens for alle tilbudsgivere, ligesom der har været anvendt den samme prismodel for alle tilbudsgivere, hvilket er mest naturligt og mest gennemsigtigt. New Mind TellUs AS har således haft mulighed for at prissætte sine tilbudte ydelser på lige vilkår med andre tilbudsgivere.

Det er muligt, at New Mind TellUs AS og meget muligt også også andre tilbudsgivere end New Mind TellUs AS helst så, at de modtog betaling baseret på antallet af brugere af systemet. Men Partnerskabet har valgt at udbyde den ønskede ydelse på de i udbudsbetingelserne beskrevne vilkår, hvor der ved betaling af leverancevederlaget opnås mulighed for et ubegrænset antal brugere. Dette vilkår kan tilbudsgiverne vælge at acceptere og på den baggrund afgive et tilbud eller vælge ikke at acceptere og på den baggrund ikke afgive et tilbud.

Risikoen for en stigning i antallet af brugere og en øget brug af systemet har i øvrigt ikke som anført af New Mind TellUs AS fuldstændigt været overvæltet på tilbudsgiverne. Tilbudsgiverne havde således i bilag 3 om vederlag mulighed for at indsætte en specifikation for den systemkapacitet, som var omfattet af det månedlige driftsvederlag og på den måde beskrive

forudsætningerne for den tilbudte kapacitet. Skulle brugen af det tilbudte system overstige en forventet naturlig udvikling, ville tilbudsgiverne have mulighed for at blive kompenseret. Kompensationen ville dog være i forhold til benyttelse af servere, båndbredde mv. og ikke i forhold til en licensbetaling pr. bruger.

Som udbuddet er tilrettelagt, er det dermed ikke nødvendigt for tilbudsgiverne at kende det præcise antal brugere på systemet og den forventede udvikling heri. Den manglende oplysning herom er dermed ikke i strid med gennemsigtighedsprincippet.

Det er korrekt, at prisevaluering er sket på baggrund af en evalueringsteknisk sum, og som det fremgår af bilag 3, ønskede Partnerskabet i den forbindelse, at timepriser skulle indgå. For at sikre en reel vægt af disse timepriser blev de timepriser, den enkelte tilbudsgiver bød ind med, ganget med 100 (timer), dette på fuldstændig samme måde som de månedlige priser for drift og vedligehold blev ganget med 36 måneder, således at også disse fik en reel vægtning. Det afgørende for den prismæssige bedømmelse i forhold til de oplyste timepriser var følgelig ikke de 100 timer (som blev anvendt i forhold til alle tilbudsgivere), men hvilken timepris den enkelte tilbudsgiver bød ind med.

Oplysningen om New Mind TellUs AS' timepriser var i øvrigt konkret relevante, da selskabet ikke opfyldte alle krav i kravspecifikationen, og der derfor forventeligt skulle ske en videreudvikling af New Mind TellUs AS' system, hvis selskabet havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ad påstand 2

New Mind TellUs AS har gjort gældende, at overtrædelserne i påstand 1 har haft væsentlig og afgørende indflydelse på såvel udformningen af selskabets tilbud som prisevalueringen. Overtrædelserne må derfor føre til annul-lation af tildelingsbeslutningen.

Partnerskabet Det Digitale Turisme Danmark har gjort gældende, at da der ikke er begået overtrædelser som påstået, skal der ikke ske annul-lation.

Ad uopsættelighed og interesseafvejning

New Mind TellUs AS har gjort gældende, at de åbenbare fejl, som udbudsbetingelserne lider af, og risikoen for, at fejlene har haft afgørende og væsentlig betydning for selskabets tilbud og prisevalueringen, bør medføre, at udbuddet skal gå om, og New Mind TellUs AS dermed gives lige mulighed for at afgive et tilbud tilpasset den ydelse, som New Mind TellUs AS kan levere, og således, at selskabets tilbud kan blive korrekt bedømt.

New Mind TellUs AS vil lide uoprettelig skade ved at blive frataget denne mulighed. Selskabet kan således ikke kompenseres økonomisk, da prisevalueringen betyder, at selskabet ikke kan påvise et tab. New Mind TellUs AS vil således ikke kunne løfte bevisbyrden for, at selskabet ville have vundet udbuddet, hvis det havde været tilpasset selskabets ydelse.

Partnerskabet Det Digitale Turisme Danmark har gjort gældende, at New Mind TellUs AS heller ikke for så vidt angik de kvalitative kriterier havde afgivet det tilnærmelsesvist økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det er således ikke blot prisevalueringen (som klagen drejer sig om), der har været udslagsgivende.

New Mind TellUs AS har ikke bevist og end ikke sandsynliggjort, at der vil være tale om et alvorligt eller uopretteligt tab, såfremt klagen ikke tillægges opsættende virkning. Tabet skyldes alene, at New Mind TellUs AS ikke har fået tildelt en kontrakt, og det er en forventelig risiko, når man deltager i en udbudsforretning. Et eventuelt tab vil desuden i givet fald kunne tilgodeses ved økonomisk compensation.

Vedrørende interesseafvejning bemærkes, at projektet med en ny Guide-Danmark-database er et samarbejdsprojekt i dansk turisme. Projektet er derfor tilrettelagt med henblik på sæsonen 2016, således at database og alle informationssystemer kan stå klar, når turisterne forespørger, planlægger og booker til den kommende sæson. Derfor er det vigtigt, at projektet kommer i gang hurtigst muligt, således at projektet udvikles og gennemføres i 2015 for at stå klar lige i begyndelsen af 2016. Den tidligere aftale med New Mind TellUs AS er endvidere opsagt, så den udløber den 4. oktober 2015.

Partnerskabets interesse i at indgå kontrakt med den valgte leverandør, før klagenævnet har taget endelig stilling til klagen, opvejer på den baggrund klart New Mind TellUs AS' interesse i at udsætte kontraktindgåelse.

Anmodningen om opsættende virkning skal, også fordi de to betingelser om uopsættelighed og interesseafvejning ikke er opfyldt, ikke tages til følge.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., der lyder:

“Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1, 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:

Ad fumus boni juris

Forpligtelsen til at overholde princippet om ligebehandling følger, jf. sag C-513/99 – Concordia Bus Finland, præmis 81, af selve hovedformålet med direktiverne om offentlige kontrakter, der blandt andet tager sigte på at favorisere udviklingen af en effektiv konkurrence, og som angiver kriterier for tildeling af kontrakten, der skal sikre en sådan konkurrence. Ordregiverne, som i øvrigt frit kan beslutte, hvilke ydelser de ønsker at købe og på hvilke vilkår, skal således ved fastsættelsen af tildelingskriteriet og underkriterier hertil samt krav til ydelsen respektere målet om en effektiv konkurrenceudsættelse, der sikrer ligebehandling af mulige tilbudsgivere. Det EU-retlige proportionalitetsprincip kan desuden i visse tilfælde tillige begrænse ordregiverens skøn ved fastlæggelsen af kravene til de udbudte ydelser.

Målet om en effektiv konkurrenceudsættelse og proportionalitetsprincippet sammenholdt med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet indebærer ikke, at udbud skal udformes sådan, at tilbudsgivere, som leverer forskelligartede ydelser, alle skal have mulighed for at søge om prækvalifikation eller indgive tilbud. Det er således op til ordregiver at beslutte, hvilken type ydelse ordregiver ønsker at købe. Dette indebærer, at en ordregiver, der udbyder en IT-ydelse, som udgangspunkt frit kan beslutte at udbyde en udviklingsydelse fremfor en Software-as-a-Service ydelse (eller omvendt), uden at dette strider mod udbudsreglerne.

Så længe målet om effektiv konkurrenceudsættelse og det heraf afledte ligebehandlingsprincip samt kravene om proportionalitet og gennemsigtighed respekteres, står det også en ordregiver frit at stille krav, som visse eller alle potentielle tilbudsgivered finder mindre hensigtsmæssige eller ønskværdige. Som udgangspunkt må den enkelte potentielle tilbudsgiver i sådanne tilfælde afgøre, om den pågældende ønsker at afgive tilbud på de udbudte vilkår. Heraf følger, at en ordregiver, som udbyder en IT-ydelse, som udgangspunkt frit kan foreskrive en prismodel, som ikke baserer sig på licensbetaling pr. bruger.

Ved ethvert udbud eller anden konkurrenceudsættelse vil nogle tilbudsgivere – på grund af kvalitativt bedre/anderledes ydelser, ydelser som i stor grad opfylder ordregiverens ønsker, større risikovillighed, vilje og evne til at afgive en “skarp” pris mv. – i sagens natur også bedre end andre af tilbudsgiverne være i stand til at opfylde ordregiverens krav og ønsker.

På denne baggrund er der på det foreløbige grundlag, som foreligger, ikke grundlag for, at antage, at udformningen af udbudsbetingelserne ikke overholder de nævnte krav.

Den omstændighed, at Partnerskabet havde tilkendegivet, at udbuddet var udformet på en sådan måde, at leverandører af Software-as-a-Service løsninger har samme adgang til at afgive tilbud som leverandører, der baserer sig på udvikling, kan foreløbigt vurderet heller ikke føre til, at påstand 1 tages til følge.

Klagenævnet finder herved, at det ikke er sandsynliggjort, endsige godtgjort, at udformningen af udbudsbetingelserne, herunder bilaget om vederlag, indebar, at potentielle tilbudsgivere, der som New Mind TellUs AS baserer sig på Software-as-a-Service løsninger, ikke kunne udforme et konkurrencedygtigt tilbud. At bilaget om vederlag indeholdt krav om oplysning om timepriser (som ville blive ganget med en faktor på 100 timer) samt andre obligatoriske prisoplysningsfelter, som dækkede over udviklings-, leverance- og vedligeholdelsesomkostninger, kan i den forbindelse ikke anses for stridende mod ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Det bemærkes i den forbindelse, at det efter det foreløbigt oplyste stod en Software-as-a-Service baseret tilbudsgiver som New Mind TellUs AS frit at prissætte de pågældende ydelser til 0 kr. eller et meget lavt beløb, hvis tilbudsgiveren fandt, at den pågældende post ikke var relevant med den løsning, som den pågældende tilbød.

I øvrigt bemærkes, at den udbudsretlige betydning af tilkendegivelsen fra Partnerskabet om, at udbuddet ville være åbent for såvel tilbudsgivere, som baserede sig på udvikling, som for Software-as-a-Service-baserede tilbudsgivere umiddelbart vurderet forekommer tvivlsom. Tilkendegivelsen synes således snarere at have aftaleretlig end udbudsretlig karakter, i hvert fald i en situation som den foreliggende, hvor det, da tilbud blev afgivet, måtte stå tilbudsgiverne fuldstændig klart, hvilke krav Partnerskabet stillede til tilbuddene, herunder kravet om en prissætning, der ikke var baseret på en licens pr. bruger model og kravet om udfyldning af bilag 3 om vederlag med en samtidig nøje angivelse af, hvordan prisevalueringen ville foregå.

Som udbudsbetingelserne var udformet, kan det endvidere ikke antages at have været nødvendigt at kende det nøjagtige antal brugere og den forven-

tede udvikling heri, idet udbudsbetingelserne netop forudsatte, at betalingen ikke skulle baseres på en licensmodel, og at den udvalgte leverandør – inden for visse grænser – skulle bære risikoen for en stigning i antallet af brugere. Efter en foreløbig vurdering kan den manglende oplysning om antal brugere og den forventede udvikling således ikke anses for en krænkelse af ligebehandlings- og/eller gennemsigtighedsprincippet. Det bemærkes i den forbindelse, at New Mind TellUs AS ikke har fremlagt nogen form for dokumentation for det anførte om stigning i antallet af brugere på 300 % i den forudgående 3-årige periode eller for, at denne udvikling måtte antages at fortsætte. Det bemærkes tillige, at New Mind TellUs AS ikke har benyttet adgangen til at stille spørgsmål til at foreholde Partnerskabet de oplysninger, som New Mind TellUs AS er kommet med under klagesagen, om ifølge selskabet rette antal nuværende brugere og den hidtidige udvikling.

På denne baggrund er der efter en foreløbig vurdering ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge. Der er følgelig heller ikke udsigt til, at tildelingsbeslutningen vil blive annulleret. Betingelsen om fumus boni juris er herefter ikke opfyldt.

Ad uopsættelighed

Det kan efter de foreliggende oplysninger ikke antages, at erstatning – hvis betingelserne herfor er opfyldt – ikke vil kunne kompensere New Mind TellUs AS for det tab, som selskabet muligt vil lide, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, og Partnerskabet herefter indgår kontrakt, hvorefter det efterfølgende konstateres, at Partnerskabet har begået overtrædelser som angivet i påstand 1. Der er heller ikke i øvrigt grundlag for at antage, at New Mind TellUs AS vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning.

Da hverken betingelse nr. 1 eller 2 er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Kristian Aagaard Bach Mortensen
fuldmægtig