

Klagenævnet for Udbud

(Poul Gorm Nielsen, Michael Jacobsen, Kaj Kjærsgaard)

J.nr.:2009-0020674

7. oktober 2010

K E N D E L S E

Software Innovation A/S
(advokat Søren Wolder Knudsen, Herning)

mod

Transportministeriet
(Kammeradvokaten ved advokat Peter Hindsberger)

Statens og kommunernes Indkøbsservice A/S (»SKI«) har på grundlag af et offentligt udbud indgået rammeaftale nr. 02.18 om Systemløsninger, Projekter og Vedligehold, der vedrører it-ydelser, med 71 leverandører, herunder Software Innovation A/S og cBrain A/S. Rammeaftalen trådte i kraft den 1. juli 2008.

Den 26. juni 2009 tildelte Transportministeriet under henvisning til rammeaftalen cBrain A/S en kontrakt om levering af et ESDH system, og parterne indgik samme dag kontrakt (leveringsaftale nr. 13.2.1.).

Den 16. november 2009 indgav klageren, Software Innovation A/S, klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede, Transportministeriet. Klagen har været behandlet på et møde den 23. april 2010.

Klageren har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 2 (ligebehandlingsprincippet) samt artikel 32 ved at tildelle cBrain A/S en kontrakt om it-ydelser omfattet af rammeaftale nr. 02.18 på andre vilkår end fastsat i rammekontrakten uden at have gennemført fornyet udbud.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med cBrain A/S.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder:

I rammeaftale 02.18 pkt. 4.3 » Procedure for bestilling« er det bl.a. anført:

»Såfremt konkurrencen mellem rammekontraktens leverandører ikke fornyes, skal kunden vælge den leverandør på rammekontrakten, der ud fra objektive kriterier er den bedst egnede i forhold til kundens behov ...«

Af SKI' vejledning »Håndtering af udbudsreglerne ved brug af SKI rammeaftale 02.18« fremgår det af pkt. 9.2. » valg af leverandør«:

»...Du skal vælge den leverandør, som på baggrund af dit konkrete behov ud fra saglige og objektive kriterier har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Vurderingen skal anvende underkriterierne 1) Pris og rabat, 2) Sortiment samt 3) Kvalitet og leveringssikkerhed, idet underkriteriet pris og rabat bør vægtes højest... «

Delkriterierne anført i vejledningen er de samme delkriterier, som blev anvendt ved udbuddet af rammeaftale 02.18.

I leveringsaftale nr. 13.2.1. er det under pkt. 23.2 vedrørende priser bl.a. anført:

»Forbrugsbaseret vederlag: Leverandørens bistand vederlægges på grund af det faktiske antal forbrugte timer for de medarbejdere, der direkte medvirker til opgavens udførelse. Vederlaget beregnes ud fra forbruget samt de i leveringsaftalebilag 12 anførte priser, takster og beregningsregler.«

I leveringsaftalens bilag 12 (»Leverancevederlag og betalingsplan samt øvrige priser«) side 14-21 er der vedrørende arbejdsplaner 1-17 i skemaerne

angivet et beløb ud for en rubrik benævnt maksimalpriser. Ud over denne rubrik er der i skemaerne en rubrik med estimeret timetal og en rubrik med timeprisen. Det beløb, der er angivet i rubrikken maksimalpriser, er det estimerede timeantal ganget med timeprisen.

I leveringsaftalens bilag 03 (»Leverancebeskrivelse«) pkt. 3.4 er vedrørende optioner anført:

»optionsmuligheder indgår ikke i nærværende leveringsaftale.«

I leveringsaftalens bilag 12 (» Leverancevederlag betalingsplan samt øvrige priser«) fremgår:

»...

punkt 2

Bemærk, at der ikke i nedenstående er medtaget beløb fra arbejdspakkerne 15, 16 og 17, idet disse er at betragte som arbejdspakker, som kunden kan igangsætte såfremt det efterfølgende vurderes relevant. De indgår således ikke i tidsplan eller kontraktsum, men er angivet med estimerer i afsnit 10.

...

punkt 10:

Bemærk at arbejdspakkerne 15, 16 og 17 ikke indgår i kontraktsummen, da de betragtes som mulige udvidelser af kontrakten, som kunden kan vælge at igangsætte såfremt dette måtte vise sig relevant.«

I rammeaftalens punkt 4.2 leveringsaftaler står der bl.a. :

»Anvendelse af leveringsaftaler indebærer navnlig:

- At der ikke må ske ændringer i eller tilføjelser til leveringsaftalernes tekst, men alene en udfyldning af de tomme felter
- At leveringsaftalebilagene alene skal fastlægge den konkrete anskaffelse
- At der ikke må tilføjes nye leveringsaftalebilag
- At leveringsaftalebilagene ikke må indeholde bestemmelser af juridisk karakter, som ikke i forvejen er angivet i leveringsaftalebilagene og
- Leveringsaftalebilagene ikke må stride mod leveringsvilkårene eller leveringsaftalen«

I leveringsaftalens punkt 38.2 står der bl.a. følgende:

»Forrang: Bestemmelser i leveringsaftalen har forrang frem for bestemmelser i leveringsaftalebilag hvorfor bestemmelser indeholdt i et leveringsaftalebilag, som strider mod leveringsaftalens bestemmelse, ikke tillægges retsvirkning.«

Leveringsaftalens bilag 15 er vedlagt bilag 15.1 (cBrains »licensbetingelser«) og 15.2 (»cBrains undtagelser til standardlicensbetingelserne «).

Af leveringsaftalens punkt 22.3 fremgår det vedrørende »Kildekode til frembringelse«, at kunden i bilag 12 punkt 3 konkret skal angive, hvilken af to anførte bestemmelser, der skal gælde i forhold til udlevering af kildekode for Kundespecifikt Programel. Denne rubrik er ikke udfyldt i aftalen.

Indklagede har under sagens behandling i klagenævnet fremlagt erklæring af 5. januar 2010 fra Thomas Quist, direktør i cBrain, hvorefter bl.a fremgår følgende:

»Hensigt med leveringsaftalebilag 12, tabel 3-1

Vedr. udfyldelse af leveringsaftalebilag 12 tabel 3-1 i aftalenr 0905 (kundens projektnr.: 0455)

På vegne af cBrain erklærer undertegnede hermed, at det i forbindelse med kontraktforhandlingerne om levering af F2 til Transportministeriets departement fra starten af forhandlingerne og i gensidig forståelse med transportministeriet var hensigten at udfylde tabel 3-1 i leveringsaftalebilag 12 med en afkrydsning i første/øverste tabelfelt ud for: »Leverandøren skal ikke udlevere kildekoden løbende men Leverandøren skal fortage sådanne foranstaltninger, der gør kildekoden tilgængelig for Kunden i tilfælde af leverandørens misligholdelse.«

Under sagen er der afgivet forklaring af klagerens salgsdirektør Henrik Nies. Indklagedes direktionssekretær Thomas Ginnerup-Nielsen, indkøbschef Erik Stig Hansen og afdelingschef Søren Wille har afgivet erklæringer til brug for sagens behandling i klagenævnet. I Søren Willes erklæring hedder det:

»...

Undertegnede erklærer hermed, at valget af ny ESDH-leverandør skete efter den nedenfor anførte proces og ud fra de oplistede kriterier.

Transportministeriets departement besluttede i efteråret 2008, at det var på tide at modernisere sit eksisterende journaliseringsprogram, herunder opdatere programmet til et reelt ESDH-program, dvs. et program, der

ikke kun kunne journalisere, men ligeledes forestå elektronisk sagsstyring.

I første omgang gennemgik departementet de leverandører, der var på FESD-rammekontrakt med henblik på at sondere terrænet.

Der var tre leverandører på den nu udløbne FESD-rammekontrakten. Disse var Accenture, CSC og Software Innovation.

At kontrahere med Accenture var ikke aktuelt, da firmaets ESDH-løsning især retter sig imod kommuner og dermed ikke havde den funktionalitet, som var nødvendig.

Departementet havde på det tidspunkt Captia som journalprogram. Captia leveres af CSC. Det blev undersøgt, om Captia kunne levere den funktionalitet f.s.v.a. både journalisering, men ligeledes forelæggelser og sagsstyring, som vi ønskede. Det kunne Captia ikke i den daværende udgave.

Software Innovation leverer programmet Public 360. Dette program havde heller ikke umiddelbart den funktionalitet, som departementet ønskede.

Da der ikke var en oplagt kandidat på en FESD-rammekontrakten, valgte departementet at undersøge et bredere spektrum af ESDH-leverandører.

Det blev i samme forbindelse besluttet, at man som udgangspunkt ville se på mulighederne for at indgå en SKI 02.18-kontrakt om direkte køb. cBrains løsning var i efteråret 2008 unik og havde funktionaliteter, som de konkurrerende produkter ikke kunne matche.

Ud fra de priser, som blev forelagt mig på daværende tidspunkt, fremgik det, at cBrain ikke på nogen måde var dyrere end Software Innovation. I forbindelse med, at vi tog beslutning om valg af ESDH-leverandør, blev der altså ikke valgt et dyrere produkt frem for et billigere. Snarere var det tvært imod forventningen, at cBrain kunne udføre implementeringen relativt hurtigt og effektivt, hvorfor slutprisen om noget ville blive lavere.

Valget af F2 var i særdeleshed styret af, at det var min vurdering, at F2 havde præcis den funktionalitet, som var nødvendig og ønskelig for departementets produktion.

Sidst men ikke mindst var det min vurdering, at cBrain havde gode muligheder for at leve op til den tidsfrist, som vi havde sat op. Denne tidsfrist var udgangen af kalenderåret 2009, idet departementet ville afslutte en igangværende journalperiode pr. 31. december 2009.

Jeg skal afslutningsvis bemærke, at implementeringen har været en succes, idet implementeringen er sket til tiden, og idet produktet har haft den forventede funktionalitet. Det er samtidig registreret en overvældende tilfredshed med produktet hos både medarbejdere og chefer i departementet...«

Niels Frederiksen, Statens og kommunernes Indkøbsservice A/S, har i erklæring oplyst følgende:

»...Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S (SKI) er blevet bekendt med klagen fra Software Innovation A/S i ovennævnte sag (Klagenævnet for Udbud j.nr. 2009-0020674). Da klagen i vidt omfang vedrører anvendelsen af SKI 02.18 rammekontrakt har SKI fundet anledning til at fremsætte denne erklæring i sagen.

Anvendelse af maksimalpriser

Klager har henvist til, at det i bilag 12 til den indgåede aftale (Leverancevederlag og betalingsplan samt øvrige priser) angives, at der opereres med en maksimalpris, uanset at der er en forudsætning for at kunne benytte indkøbsformen "direkte køb" under SKI aftalerne, at afregningsformen er "forbrugsafregning".

SKI skal i den forbindelse bemærke, at det er korrekt, at der i en tabel i bilag 12, punkt 10.1. til aftalen UB 13.2.1 er angivet et felt, hvor der i skabelonen er angivet "maksimalpris" til udfyldelse.

Da det pågældende felt imidlertid er til indsættelse af en samlet sum, der bygger på et estimeret antal timer og den konkurrenceudsatte timepris, kan der i sagens natur ikke være tale om en fikseret maksimalpris men alene om et overslag over udgifterne forbundet med aftalen.

Ordregiveren vil således ved anvendelsen af IJB 13.2.1 være forpligtet til at betale leverandøren for den anvendte tid, uanset om dette måtte overstige den estimerede pris, der er angivet i feltet "maksimalpris".

Det bemærkes endvidere, at ordregiveren ikke ved anvendelse af indkøbsformen "direkte køb" har mulighed for at ændre i standarden...«

Parternes anbringender:

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at indklagede har tildelt leveranceaftalen til cBrain ud fra et subjektivt skøn. Indklagede har ikke udarbejdet et notat under SKI rammeaftale 02.18 eller på anden måde dokumenteret de saglige og objektive kriterier, der redegør for, at den valgte leverandør har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Indklagede har derfor ved tildelingen tilsidesat udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling. Indklagede har endvidere handlet i strid med vejledningerne om fremgangsmåden ved brug af rammeaftaler, hvorefter der ikke frit kan vælges leverandører på rammeaftalen ved tildeling af en konkret leveringsaftale.

Endvidere har indklagede i leveringsaftalen opereret med maximalpriser til trods for, at leveranceaftalen i punkt 23.2 angiver, at leverancens vederlag er forbrugsbaseret. Indklagede har ligeledes anvendt optioner, selv om det i

leverancebeskrivelsens punkt 3.4 er anført, at optionsmuligheden ikke indgår i leveringsaftalen. Herudover har indklagede til leveringsaftalen vedlagt et ekstrabilag bilag 15.2 (undtagelser til standardlicensbetingelserne), selv om det i rammeaftalen er anført, at der ikke må tilføjes nye bilag. Endelig har indklagede ikke i aftalen taget stilling til punktet ”kildekode til frembringelse”. Indklagede har derfor handlet i strid med direktivets artikel 32 ved at have tildelt cBrain A/S leveringsaftalen under SKI 2.18 på andre vilkår end fastsat i rammekontrakten uden at have gennemført eller iagttaget proceduren i artikel 32, stk. 4, eller gennemføre et nyt udbud efter udbudsdirektivet.

Indklagede har gjort gældende, at tildelingen af leveringsaftalen er sket på et sagligt grundlag og under de kriterier, der er fastsat i rammeaftalen. Det forhold, at der ikke er udarbejdet et notat om tildelingen, kan ikke i sig selv medføre, at tildelingen må anses for at være sket på baggrund af et subjektivt skøn. Indklagede har således ved tildelingen lagt vægt på pris, herunder at cBrain på væsentlige punkter var billigere end klageren. Dertil kom, at cBrains løsning var en funktionsmæssig bedre løsning, idet systemet F2 havde en integreret chatfunktion til brug for sagsbehandlingen. Endvidere skønnedes systemets forelæggelsesmodul ud fra de foreliggende oplysninger at afspejle indklagedes behov for håndtering af mange vertikale forelæggelser. Endelig kunne cBrain overholde leveringsdatoen således, at systemet kunne implementeres i forbindelse med overgangen til et nyt journalsystem. Indklagede har derfor ikke handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivet. Vedrørende anvendelse af maksimalpriser fremgår det af aftalen, at leverandøren vederlægges på grundlag af det faktiske antal forbrugte timer. Det beløb, der er anført i feltet ”maksimalpriser”, er et estimat af antal timer ganget med timeprisen, og der er ikke tale om maksimalpriser.

Det er korrekt, at der ved brug af SKI-underbilag 13.2.1 ikke gives mulighed for optioner. Det fremgår ligeledes af leverancebeskrivelsen pkt. 3.4, at optionsmuligheden ikke indgår i nærværende aftale. Endelig er det klart tilkendegivet, at pakkerne 15-17 ikke er omfattet af kontrakten. Det er ikke indklagede, der har fremsat ønsker om optioner, og når der henses til, at de supplerende leverancer ville kunne indkøbes via en ændringshåndtering til nøjagtig samme priser og på samme vilkår, bliver de nævnte formuleringer uden konkret betydning for udbuddet. Underbilagene 15.1 og 15.2 supplerer kun bilag 15 og erstatter det ikke. Efter kontraktens pkt. 38.2 har leveringsaftalen forrang frem for bestemmelser i leveringsaftalebilag og tilføjes

ingen reel betydning. Det er derfor ikke en overtrædelse af udbudsdirektivets § 32, stk. 4. Vedrørende stillingtagen til kildekode er der alene tale om en forglemmelse fra leverandøren og indklagedes side. Som det fremgår af erklæringen af 5. januar 2010, har det hele tiden været hensigten, at tabel 3-1 i leveringsaftalen skulle udfyldes som anført i erklæringen. Den manglende stillingtagen har ikke haft betydning for tildelingen.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at indklagede ved tildelingen som beskrevet under påstand 1 har begået så grove fejl, at de kan danne grundlag for en annullation af indklagedes beslutning om at indgå kontrakt med cBrain A/S. Klageren har endvidere gjort gældende, at det alene er indklagedes langsommelige sagsbehandling i forbindelse med klagerens begæring om aktindsigt, der har været skyld i, at klageren først den 16. november har kunnet indgive klage til Klagnævnet for Udbud.

Indklagede har gjort gældende, at der ikke er begået fejl ved tildelingen af leveringsaftalen til cBrain A/S, og at beslutningen om at indgå aftale med cBrain A/S derfor ikke kan annulleres. Endvidere er klagen indgivet så sent, at klagers annullationspåstand under alle omstændigheder ikke kan tages til følge.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Klagenævnet finder, at indklagede ved valg af leverandør har fulgt de tildelingsbetingelser, der er fastsat for direkte køb i henhold til den omhandlede rammeaftale 02 18. Indklagede har derfor ikke handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2.

Klagenævnet finder endvidere, at indklagede i leveringsaftalen ikke har medtaget andre vilkår end dem, der fremgår af rammeaftalen, herunder vilkår om priser. Vedrørende det anførte om optioner fremgår det tydeligt, at de omhandlede leverancer ikke er omfattet af kontrakten, og det anførte har derfor ingen betydning for udbuddet. Vedlæggelsen af bilag 15.1 og 15.2, der er cBrains leveringsbetingelser, ændrer ikke på de vilkår, der er

gældende for rammeaftalen, og har ikke betydning for tildelingen, idet bestemmelserne i leveringsaftalen har forrang. Den manglende stillingtagen til kildekodens frembringelse må anses for at være en forglemmelse fra indklagede og cBrain, som ikke har betydning for tildelingen. Klagenævnet finder under hensyn hertil, at der ikke foreligger en overtrædelse udbudsdirektivets artikel 32.

Påstanden tages derfor ikke til følge

Ad påstand 2

Efter det anførte under påstand 1 er der ikke konstateret fejl ved tildelingen af kontrakten, ligesom der ikke er handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 32.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Indklagede skal ikke betale sagsomkostninger til klageren.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Poul Gorm Nielsen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig