

K E N D E L S E

UVdata A/S
(selv, tidligere advokat Erik Kjær-Hansen, København)

mod

Københavns Kommune
(Cand.merc.jur. Peter Dann Jørgensen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2011/S 249-406439 af 23. december 2011 udbød indklagede, Københavns Kommune (i udbudsbekendtgørelsen betegnet »Ungdommens Uddannelsesvejledning København«) som begrænset udbud efter direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet) en 4-årig rammeaftale med en enkelt aktør om levering af et standarddrammesystem til registrering af personoplysninger. I udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.4 er der svaret ja til, at den ordregivende myndighed indkøber på andre ordregivende myndigheders vegne.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation havde følgende virksomheder anmodet om prækvalifikation:

1. Logica Danmark A/S
2. Netcompany A/S
3. NNIT A/S
4. J.H. Schultz Information A/S
5. UVdata A/S (klageren)

Alle 5 virksomheder blev prækvalificeret og modtog meddelelse herom ved e-mails af 7. februar 2012.

Udbudsbetingelserne blev herefter udsendt med en tilbudsfrist den 26. marts 2012.

Den 19. marts 2012 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Af klagen, som indklagede modtog underretning om, fremgik, at klageren ikke agtede at indgive tilbud.

Efter udløbet af fristen for afgivelse af tilbud den 26. marts 2012 havde 2 af de prækvalificerede virksomheder, Logica Danmark A/S og Netcompany A/S, afgivet tilbud. Den 4. april 2012 besluttede indklagede at indgå kontrakt med Logica Danmark A/S. Klageren modtog en meddelelse af samme dato herom fra indklagede.

I et brev af 10. april 2012 modtaget af klagenævnet samme dag oplyste klageren om den modtagne meddelelse om tildelingen og anførte:

»Tildelingsbeslutningen svarer til klagers forventning som beskrevet i klageskriftet af 19. marts 2012.

Klager har i klageskriftet anmodet om, at klagen tillægges opsættende virkning. Begæringen om opsættende virkning fastholdes. Indklagedes tildelingsbeslutning underbygger, at "klagen har noget på sig" (fumus boni juris).«

Indklagede indgik kontrakt med Logica Danmark A/S den 17. april 2012.

Den 3. maj 2012 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv. § 12, stk. 1, idet betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har endeligt nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere:

- a) at indklagedes udbud af rammeaftale om levering, vedligeholdelse, drift og videreudvikling af standarddrammesystem til håndtering af ungejournaler (EU-udbud nr. 2011/S 249-406439) er udformet i strid med forbuddet mod konkurrencefordrejende rammeaftaler i udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, in fine, da samtlige ordregivende myndigheder på UU-området i Danmark indgår i et udbud, der skal føre til antagelse af én enkelt leverandør.
- b) at indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, 4. punktum, ved at lade rammeaftalen omfatte alle UU-centre, uanset at flere af landets UU-centre ikke har samtykket i at være omfattet af udbuddet af rammeaftalen.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets krav om ligebehandling, jf. udbudsdirektivets artikel 2, idet indklagede allerede forud for udbudsforretningen havde besluttet ikke at ville indgå aftale med klageren.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets krav om ligebehandling, jf. udbudsdirektivets artikel 2, idet indklagede i visse tilfælde vil stille 300 interne timer pr. måned til rådighed for gennemførelse af det udbudte projekt, uden at værdien heraf kapitaliseres til brug for tilbudsevalueringen.

Påstand 4

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning af 4. april 2012 om at tildele kontrakten til Logica Danmark A/S.

Påstand 5

Kontrakten indgået den 17. april 2012 mellem Logica Danmark A/S og indklagede skal erklæres for uden virkning.

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

Efter klagenævnet havde afsagt kendelse om opsættende virkning vedrørende påstand 1-4, tog klageren i replikken af 31. maj 2012 forbehold om at nedlægge påstand om, at kontrakten med Logica Danmark A/S skulle erklæres for uden virkning og nedlagde herefter påstand 5 i et supplerende processkrift af 30. juli 2012.

Klagenævnet har, efter klageren nedlagde påstanden om, at kontrakten med Logica Danmark A/S skulle erklæres for uden virkning, meddelt Logica Danmark A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 5.

Logica Danmark A/S har ønsket at intervenere og har indgivet et processkrift.

Påstand 4 var oprindeligt nedlagt som en påstand om annulation af udbuddet. Klageren har efter kendelsen om opsættende virkning blev afsagt, og efter at skriftvekslingen i øvrigt var afsluttet, ved e-mail af 11. september 2012 på klagenævnets forespørgsel oplyst, at påstanden henset til den trufne beslutning om tildeling og den herefter indgåede kontrakt ændres til en påstand om annulation af tildelingsbeslutningen.

Sagens nærmere omstændigheder

Forløbet forud for udbuddet

I et notat af 28. april 2011 fra Københavns Kommunes Børne- og Ungdomsforvaltning om »Forslag til besparelser, effektiviseringer og budgetomlægninger i budget 2012« er det på side 9-11 angivet:

»...

Investeringscase: Anvende patientjournal til andre fagområder (UU København)

UU København har et IT-vejledningssystem (UVvej fra UVdata A/S), der anvendes til at holde styr på de unge i målgruppen, herunder hvor den unge er i uddannelsessystemet. UVvej fungerer godt som fagsystem for vejledere. Det fungerer også til at trække uddannelsesstatistik som hidtil fremlagt, men med ungepakken er der dog et markant ønske om udvidelse af statistikfunktioner, f.eks. forløbsstatistik.

UVvej er det eneste vejledningssystem til den kommunale verden, UVdata har i dag monopol. Dette medfører bl.a. uforholdsmæssigt høje udgifter.

...

De estimerede beløb for anlægsinvesteringen samt provenuet ved de afledte effektiviseringsgevinster var til udvalgets budgetseminar samt 1. behandlingen af budgetforslaget baseret på, at det nuværende UVvej blev erstattet af en løsning baseret på MyClinic. Der er herudover behov for at tage højde for nødvendig opkobling til eksisterende systemer samt ungapakkens nye krav til eksempelvis igangpligten, som systemet også vil skulle håndtere. Det forventede provenu for investeringscasen er på baggrund heraf til 2. behandlingen af budgetforlaget nedjusteret til 0,6 mio. kr. ved helårseffekt med en halvårseffekt på 0,3 mio. kr. i 2012.

...«

I, hvad der fremtræder som et internt udkast med en række rettelses- og ændringsmarkeringer til indstilling til direktionen af 23. september 2011, er det anført:

»Indstilling

Det indstilles at direktionen godkender:

- iværksættelsen af et begrænset udbud til et nyt registreringssystem til UU København, eventuelt sammen med UU Århus.

Problemstilling, herunder politisk og strategisk forankring

UU København indkøbte efter afholdt EU-udbud i april 2008 systemet UVVej hos leverandøren UVData. Da udbuddet blev startet var der flere leverandører med hver sin systemløsning på markedet. (Fortis, Tabulex, KMD og UVData.). Det var imidlertid kun KMD, UVData og Commentor, der søgte prækvalifikation. – og det var kun UVData, der afgav tilbud.

Kort efter opgav alle andre leverandører at markedsføre systemløsninger til ungdomsvejledningen og siden har UVData været den eneste leverandør til samtlige UU-centre. UVData har dermed et reelt monopol på løsningen, hvilket giver sig udslag både i prispolitikken og viljen til at imødekomme kundernes behov.

Disse problemer med den eksisterende leverandør har medført, at UU København ønsker at afdække muligheden for at anvende standardrammesystemet MyClinic, som it-støttesystem til Ungdommens Uddannelsesvejledning. Systemet MyClinic (en elektronisk patientjournal baseret på Dynamics Ax) er efter afholdt EU-udbud indkøbt til sundhedsplejeområdet, og vil fremover også kunne blive anvendt af SUF. Hvis systemet også kan anvendes af UU København, vil der

kunne opnås en række fordele i form af fælles driftsafvikling, fælles udvikling, vidensdeling mv. på tværs af forskellige opgaveområder i Københavns Kommune.

Det blev derfor besluttet at udvikle en prototype baseret på MyClinic og gennemføre et pilotforsøg, der skulle muliggøre at væsentlige forhold vedr. brugervenlighed, funktionalitet og økonomi blev afdækket. Det var et krav, at prototypen skulle dokumenteres på en sådan måde, at dokumentationen i givet fald kan stilles til rådighed for alle tilbudsgivere i et eventuelt kommende udbud.

Pilotprojektforløbet, der varede fra den 30. juni til den 14. september 2011, var arrangeret og styret af leverandøren Logica i samarbejde med MyClinic.

...

Driftsudgiften ved et system baseret på MyClinic vil være ca. en tredjedel af driftsudgiften til UVVej. Det betyder, at selv med initiale udviklings-/tilpasningsudgifter på over 3 mill. Kr. (incl. udgifter til konsulentbistand) kan der opstilles en business-case, der giver overskud allerede efter 2 år.

UU København ønsker på denne baggrund at arbejde videre med at udvikle og tilpasse MyClinic til et driftsklart system for ungdomsvejledningen.

...

Løsning

Gennemførelse af udbuddet forventes at resultere i et standardrammesystem – om muligt MyClinic. Men det kan der ikke på forhånd stilles krav om. På baggrund af prototypen forventes det, at UU Københavns (og Århus') arbejdsopgaver kan håndteres inden for et standardrammesystem – og at UU København selv bliver i stand til hurtigt og billigt at ændre systemet i forbindelse med nye arbejdsopgaver, arbejds-gange mv.

Samtidig forventes det at samarbejdet med den eksisterende leverandør kan bringes til ophør.

...«

Af et efterfølgende internt udkast til indstilling af 26. september 2011 fremgår:

»Der er identificeret følgende muligheder for at indkøbe den nødvendige bistand fra leverandørerne:

- a. Begrænset udbud

Den samlede kontraktsum alene på udviklingsopgaverne overstiger EU-udbudsgrænsen. Fordelen ved et EU-udbud vil være, at der bliver konkurrence (i hvert fald mellem UVData og Logica) men UU København er reelt ikke interesseret i at forsætte med UVData. Det bliver dermed let et skinudbud.

Det skal afklares, om der skal være tale om et fællesudbud for Aarhus og Københavns Kommune.

b. Indkøb via SKI-rammeaftaler...

Direkte tildeling anbefales ikke af SKI og heller ikke af Koncern-service...

Alternativt kunne der gennemføres et mini-udbud, hvilket nu anbefales af SKI på baggrund af en udtalelse fra Konkurrencestyrelsen.

Det bemærkes herved, at Logica er på rammeaftale 2.18, medens UVData ikke er det.

Konklusion: risikoen for en klagesag er overhængende pga. UVDatas holdning til sagen. I denne situation bør der slet ikke tages ricisi. Valget står derfor mellem følgende modeller:

A: udbud (offentligt eller begrænset), eventuelt som rammeaftale med to delaftaler og optioner for andre UU-centre. UVData får mulighed for at byde (men vil fortsat kunne klage over afgørelsen, udbudsmateriale mv.).

...

B: miniudbud: UVData vil kun kunne byde gennem anden leverandør.

...

UU København har i denne situation efter anbefaling fra Implement Sourcing besluttet at gennemføre et begrænset EU-udbud.

UU-center Århus vil gerne deltage i dette udbud og er ved at indhente direktionens tilslutning.

...«

I en artikel »Dropper udbredt it-system« af 25. oktober 2011 i nyhedsmagasinet Danske Kommuner omtales det, at indklagede ikke længere vil benytte UVVej, idet man i stedet vil udvikle sit eget system.

Indklagede udbød i oktober 2011 en kontrakt svarende til nærværende i begrænset udbud. Klageren blev ikke prækvalificeret. Udbuddet blev annulleret af indklagede.

Udbuddet af rammeaftalen

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår blandt andet:

»I.4) **Kontrakt indgås på andre ordregivende myndigheders vegne**

Den ordregivende myndighed indkøber på andre ordregivende myndigheders vegne: ja

UU København indgår en rammeaftale på vegne af de UU centre der fremgår af liste på følgende link
[http://www.uu.kk.dk/](http://www.uu.kk.dk/upload/materialer/udbudsmateriale/oversigt%20over%20uu%20centre.pdf)

[upload/materialer/udbudsmateriale/oversigt%20over%20uu%20centre.pdf](http://www.uu.kk.dk/upload/materialer/udbudsmateriale/oversigt%20over%20uu%20centre.pdf)

DANMARK

...

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

Ungdommens Uddannelsesvejledning København (UU København) ønsker at indgå en rammeaftale om levering af et standarddrammesystem til registrering af personoplysninger.

I forbindelse med implementering af Ungepakke 2 har UU-centrene et øget behov for selv at kunne foretage ændringer i systemet og for at sikre styring af økonomi i forlængelse af kommunens pligt til at give relevante tilbud i forhold til den unges uddannelsesplan. På denne baggrund og for at nedbringe it-udgifterne har UU København besluttet at anvende et standarddrammesystem som platform for et nyt it-system.

Ved "standarddrammesystem" menes i denne sammenhæng et system, hvor de grundlæggende funktioner indgår som konfigurerbare moduler. Dette indebærer, at begreber, regelsæt, arbejdsprocesser og beregninger kan tilpasses til vejledningsområdet og som udgangspunkt uden programmering. Samtidig skal systemet tilpasses til de enkelte centres arbejdsgange. Der er således tale om et it-system, som har karakter af en værktøjskasse, idet det inden for systemets rammer er muligt at tilpasse systemet, så det opfylder det enkelte UU centers konkrete behov.

Ved standarddrammesystem menes tillige et åbent system i den forstand, at det skal være muligt for UU centrene eller en tredjepart at opnå de rettigheder til systemet, som er nødvendige for at kunne overlade tilpasning, udvikling, vedligeholdelse samt drift til en tredje part, ligesom UU centrene skal have mulighed for selv at varetage disse opgaver.

Der vil forventeligt blive udarbejdet 4 selvstændige leveringsaftaler under rammeaftalen som er følgende: i) anskaffelsesaf-

tale, ii) applikationsvedligeholdelsesaftale samt iii) driftsaftale
 iii) videreudviklingsaftale.

Udbuddet omfatter en rammeaftale, der kan anvendes af UU København, UU Aarhus og andre UU-centre i Danmark. Rammeaftalen indgås af UU København og på vegne af en række andre UU centre, idet der findes en oversigt over de omfattede UU centre på UU Københavns hjemmeside <http://www.uu.kk.dk/upload/materialer/udbudsmateriale/oversigt%20over%20uu%20centre.pdf>. Samtlige UU centre er part i rammeaftalen, idet hvert UU center skal have mulighed for at indgå selvstændige leveringsaftaler under rammeaftalen.

...

VI.3) Yderligere oplysninger

Ad I) Vejledningen af unge vedrørende uddannelse og erhvervsmuligheder varetages i København af Ungdommens Uddannelsesvejledning København (herefter UU København), der er en serviceinstitution under Børne- og Ungdomsforvaltningen. UU København har ca. 150 medarbejdere. Der er godt 100 000 unge i målgruppen i Københavns Kommune. UU Aarhus medvirker i udviklingsprojektet som deltager i selve udviklingen af tilpasningen af standarddrammesystemet med henblik på en senere anvendelse af rammeaftalen. Vejledningen af unge vedrørende uddannelse og erhvervsmuligheder varetages i Aarhus af Ungdommens Uddannelsesvejledning Aarhus (UU Aarhus). UU Aarhus er placeret i Beskæftigelsesforvaltningen/Jobcenter Aarhus. UU Aarhus har 50 medarbejdere og der er godt 70 000 unge i målgruppen.

Ad. I.4) Afgrænsningen af parterne i rammeaftalen er oplistet på følgende link

<http://www.uu.kk.dk/upload/materialer/udbudsmateriale/oversigt%20over%20uu%20centre.pdf> hvor alene de der er nævnt på denne liste kan anvende rammeaftalen.

...«

Som nævnt blev klageren, Logica Danmark A/S, Netcompany A/S, NNIT A/S og J. H Schultz Information A/S prækvalificeret.

I udbudsbetingelserne er det blandt andet anført:

» 2. Den ordregivende myndighed

...

UU København indgår Rammeaftalen om levering m.v. af et standarddrammesystem til håndtering af ungejournaler på egne

vegne og på vegne af de UU centre, der fremgår af listen vedlagt som bilag 1 hertil.

...

2.2.1 Vejledningen om valg af uddannelse og erhverv blev i 2004 samlet i et sammenhængende system,...

2.2.2 Vejledning om ungdomsuddannelser og erhverv blev samlet i en række enheder af Ungdommens Uddannelsesvejledning, som kommunerne fik ansvaret for. Der var pr. 1. januar 2012 49 UU Centre, som i alt dækker 98 kommuner.

...

2.2.5 UU København

...

UU København har haft et IT-baseret vejledningssystem siden år 2000. Siden 2008 har UU København anvendt UVData A/Ss system UVVej. UU Købehavn har efterfølgende anskaffet en række tillægsmoduler, bl.a. Specialundervisning og Tilbage-melding.dk.

I forbindelse med implementering af Ungepakke 2 har UU-centrene et øget behov for selv at kunne foretage ændringer i systemet og for at sikre styring af økonomi i forlængelse af kommunens pligt til at give relevante tilbud i forhold til den unges uddannelsesplan.

...

I et forsøg på at reducere de administrative udgifter til et dyrt IT-system har Københavns Kommune valgt at iværksætte dette udbud af et nyt vejledningssystem.

Inden igangsætningen af dette udbud har UU København og UU Aarhus gennemført et forsøg med en prototype baseret på en elektronisk patientjournal. Den udarbejdede prototype er dokumenteret og er vedlagt som et bilag (underbilag A.2) til den generelle kravspecifikation... Det bemærkes, at prototype-forløbet blev gennemført med udgangspunkt i en kravspecifikation, der på en række punkter afviger fra dette udbuds kravspecifikation.

...

3. Den udbudte anskaffelse

Kunden ønsker med dette udbud at konkurrenceudsætte it-støtten til Ungdommens Uddannelsesvejledning.

3.1. Systemet

Den Generelle Kravspecifikation (Bilag A til Rammeaftalen) skal danne grundlag for etablering af et standarddrammesystem (Systemet), som alle UU Centre har mulighed for at anskaffe.

...

Ved standarddrammesystem menes tillige et åbent system i den forstand, at det skal være muligt for UU Centrene eller en tredjepart at opnå de rettigheder til systemet, som er nødvendige for at kunne overlade tilpasning, udvikling, vedligeholdelse samt drift til en tredje part, ligesom UU centrene skal have mulighed for selv at varetage disse opgaver.

Samtlige UU Centre angivet i listen vedlagt som bilag 1 kan benytte Rammeaftalen til at indgå selvstændige leveranceaftaler med den valgte Leverandør.

...

3.1.3. Første bestilling – UU København

Som led i udbuddet af Rammeaftalen udbydes samtidig en konkret leveranceaftale for UU København (Leveranceaftale 1). Leveranceaftale 1 omfatter bestilling af Systemets 2 hovedfunktioner, Basisdelen af Systemet og Ledelsesinformation, inklusive vedligeholdelse.

Tilbudsgiver skal således ud over tilbud på selve Rammeaftalen afgive et konkret tilbud på leverancen til UU København ved at udfylde Leveranceaftale 1 i henhold til instruksen heri og dens bilag.

...

4.1 Rammeaftalens indhold og opbygning

Rammeaftalen vil blive indgået af UU København med én Leverandør. Rammeaftalen omfatter alle de i bilag 1 anførte UU Centre.

...

Rammeaftalen indeholder som nærmere beskrevet nedenfor 4 Leveranceaftaler, hvoraf Leveranceaftale 1 er en specifik og konkret aftale mellem UU København og Leverandøren og de 3 øvrige er aftaleskabeloner, som kan benyttes af alle UU Centre til bestillinger af funktioner og ydelser under Rammeaftalen.

...

12. Tilbudsevaluering

Tildelingskriterium

Ordregiver foretager en tilbudsevaluering på grundlag af tildelingskriteriet ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” vurderet på grundlag af følgende underkriterier med den angivne vægtning:

- Pris – 50 %
 - Kvalitet – 50 %
- ...«

I udbudsbetingelsernes punkt 12 og et bilag 2 til udbudsbetingelserne er det angivet, hvorledes bedømmelsen efter underkriteriet »pris« vil finde sted. Det fremgår heraf, at evalueringen vil ske på grundlag af den samlede økonomi i rammeaftalens løbetid, idet der tages udgangspunkt i et i bilaget skitseret scenarium. I dette scenarium forudsættes der i år 1, 2012-13, at blive tale om levering til UU-center København, i år 2, 2013-2014 at blive tale om levering til UU-center Aarhus, i år 3, 2014-2015, at blive tale om levering til 4 UU-centre, i år 4, 2015-2016 at blive tale om levering til 6 UU-centre og i år 5, 2016-2017, at blive tale om levering til 5 UU-centre.

Det fremgår af bilag 6 til udbudsbetingelserne, side 2 »Instruktion til Tilbudsgiver«:

»...

Kunden har mulighed for og forventer at stille 2 fuldtidsressourcer, herunder Kundens projektleder, svarende til gennemsnitligt 300 timer pr. md. til rådighed i perioden fra påbegyndelse af afklaringsfase til afslutning af overtagelsesprøven. De 2 fuldtidsressourcer kan fordeles på flere personer. Krav fra Leverandøren om ressourceforbrug herudover vil blive kapitaliseret og lagt oven i prisen i tilknytning til underkriteriet ”Pris” baseret på en intern kostpris på 450 kr. pr. time.

...«

Klageren mente, at der ikke reelt var udsigt til at få ordren tildelt, idet klageren antog og antager, at indklagede på forhånd havde fravalgt klageren. Klageren indgav derfor denne klage og meddelte i den forbindelse indklagede, at tilbud ikke ville blive indgivet.

NNIT A/S meddelte på forhånd indklagede ikke at ville afgive tilbud.

Logica Danmark A/S og Netcompany A/S afgav tilbud inden for tilbudsfristen den 26. marts 2012.

Den 4. april 2012 besluttede indklagede at tildele rammeaftalen til Logica Danmark A/S, som ifølge indklagedes tilbudsevaluering havde afgivet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud« bedømt ud fra under- og delkriterierne i udbudsbetingelserne.

De to tilbudsgivere tilbød begge en standarddrammeløsning baseret på et Microsoft produkt. I Logica Danmark A/S' tilbud anvendes standardplatformen Microsoft Dynamics Ax, som er den samme platform som det under pilotprojektforløbet anvendte patientjournaliseringssystem, MyClinic, er baseret på. Desuden anvendes MyClinic i den tilbudte løsning. I Netcompany A/S' tilbud anvendes en anden standarddrammeløsning - Microsoft xRM.

Oplysninger særligt ad påstand 1, litra a

I punkt 17 i det udkast til rammeaftalen, som er en del af udbudsbetingelserne, anføres det:

»17.1 Generelt

Kunderne erhverver en brugsret til det leverede Programmel og dokumentation. Dette gælder såvel standardprodukter som tilretninger, specialudviklinger og lignende. Brugsretten er tidsubegrænset. Brugsretten gælder endvidere for alle dele af den myndighed, som UU Centret er en del af.

Brugsretten medfører en ret til at videreudvikle og ændre det leverede Programmel enten selv eller med bistand fra tredjemand. Dette kan dog i Leveranceaftale 1 eller 2 være begrænset for så vidt angår tredjeparts Standardprogrammel – og intet andet Programmel. I givet fald skal dette fremgå af Bilag 9 til Leveranceaftalen. Ved tredjepart forstås en virksomhed, som leverandøren ikke er koncernforbundet med eller har en tilsvarende tilknytning til.

Med henblik herpå skal Leverandøren gøre kildekoden til Programmet samt opdatering og videreudvikling heraf tilgængeligt for Kunder, som har indgået en Leveranceaftale med Leverandøren, dog med undtagelse af kildekoden til tredjemands Standardprogrammel.

...

17.2 Adgang til outsourcing af drift

Kunderne er berettiget til at benytte tredjemands bistand til drift af Systemet, inklusive Standardprogrammel uden forudgående tilladelse fra Leverandøren og uden at Leverandøren kan kræve nogen form for betaling herfor.

17.3 Krav fra Leverandørens underleverandør

Såfremt Kunden som følge af krav fra Leverandørens underleverandører skal underskrive licensbetingelser direkte over for disse, skal der i alle forhold mellem Leverandøren og Kunden ses bort fra disse licensbetingelser i det omfang, bestemmelserne ikke vedrører brugsrettens indhold og omfang eller disse betingelser strider mod indholdet af Rammeaftalen. Leverandøren skal skadesløsholde Kunden for eventuelle krav fra underleverandører, der støttes på de nævnte licensbetingelser, og som ikke påhviler UU centeret efter Rammeaftalen eller den konkrete Leveranceaftale.

17.4 Øvrige Kunders rettigheder

Kunderne må frit og uden begrænsninger stille leverancer, der specialudvikles af Leverandøren i henhold til en Leveranceaftale, til rådighed for de øvrige kunder, som i givet fald erhverver en brugsret hertil svarende til Kundens, jf. nærværende punkt 17. Dette gælder dog ikke eventuelt Standardprogrammel fra tredjepart....

Leverandøren er ikke berettiget til at kræve betaling for levering af specialtilpasninger som er foretaget for et andet UU Center, og som Leverandøren derfor allerede har modtaget betaling for udviklingen af.

Leverandørens vederlag for levering af sådanne leverancer kan derfor alene består af timebaserede ressourcer forbundet med implementeringen af sådanne leverancer i det System, som skal leveres til Kunden.

17.5 Installation i et testmiljø

Kunder, der har indgået en Leveranceaftale 1 eller 2 med Leverandøren er uden yderligere licensvederlag eller andre vederlag berettiget til at installere og i vedligeholdelsesaftalens løbetid opretholde en kopi af Systemet i et testmiljø til brug for test af Releases, nye Versioner, videreudvikling af Systemet m.v.

...«

Bilag D til rammeaftalen indeholdt i udbudsbetingelserne et udkast til »Leveranceaftale 1«. I punkt 22 anføres det:

»22 Rettigheder til Programmel og dokumentation

Rammeaftalens punkt 17 finder anvendelse. Det nærmere indhold af brugsretten til Programmel og dokumentation er i øvrigt beskrevet i Bilag 9.

Bilag 9 kan dog ikke medføre, at den Individuelle Kravspecifikation ikke opfyldes eller til indskrænkninger i Kundens rettigheder til Programmel og dokumentation i medfør af Rammeaftalens punkt 17.

Såfremt Bilag 9 indeholder begrænsninger, som strider mod indholdet af ovenstående afsnit eller andre bestemmelser, f.eks. vedrørende løbetid, installation, misligholdelse, vedligeholdelse, garanti, ansvar m.v., er der enighed om, at der i alle forhold mellem Leverandøren og Kunden skal ses bort fra disse bestemmelser.

Kunden får samme brugsret, som Kunden har til Systemet, til enhver ændring, herunder opdatering af Programmel og dokumentation, der leveres under Aftalen, f.eks. som led i vedligeholdelsesordningen.

Kunden skal have adgang til Systemets kildekode dog med de eventuelle begrænsninger i adgangen der følger af, at dele af Systemet eventuelt er baseret på tredjeparts Standardprogrammel, jf. Rammeaftalens punkt 17.1.«

Til støtte for, at det IT-system, som indklagede har indgået kontrakt om med Logica Danmark A/S, ikke vil være »åbent«, har klageren henvist til det af Logica Danmark A/S, som led i virksomhedens tilbud, udfyldte »Bilag 9 til Leveranceaftale 1«. Bilaget, som er det, der henvises til i udkastene til rammeaftale punkt 17 og til leveranceaftale 1 punkt 22, indeholder følgende indledende instruktion til tilbudsgiverne:

»Bilag 9 skal udfyldes af tilbudsgiver som en del af tilbuddet på Rammeaftalen. Udfyldelse skal ske, jf. nedenstående retningslinjer.

...

Udfyldelse af bilaget skal ske under skyldig hensyn til Rammeaftalens ufravigelige bestemmelse i punkt 17 og Leveranceaftalens punkt 22. Der kan således kun i dette bilag indføres indskrænkning er i Kundens brugsrettigheder til Systemet, såfremt forholdet ikke er i modstrid med disse bestemmelser.

Tilbudsgiver kan i øvrigt ikke tage forbehold overfor bilaget.

...«

I det udfyldte bilag angives videre (det som anføres med kursiv er det, som Logica Danmark A/S har udfyldt):

»2.1 Licensbetingelser for Leverandørens Standardprogrammel

Følgende licensbetingelser gælder for Leverandørens tilbudte StandardProgrammel og den tilhørende dokumentation:

Se bilag 9a Licensvilkår for MyClinic for Microsoft Dynamics AX.

...

2.2 Licensbetingelser for tredjeparts Standardprogrammel

Følgende licensbetingelser gælder for tredjeparts StandardProgrammel og den tilhørende dokumentation:

Vedrørende Microsoft Dynamics AX:

Kunden opnår en ikke-vedvarende, ikke-eksklusiv, opsigelig, ikke-overdragelig, verdensomspændende og begrænset ret til, i aftaleperioden, at kopiere, installere, få adgang til, vise, køre, distribuere, gøre tilgængelig eller på anden måde interagere med funktionaliteten af systemet for at levere det omfattede standardprogrammel som en service. Leveranceaftalen overfører ikke ophavsret og/eller ejendomsretten for nogen del af systemet og Microsoft forbeholder sig alle rettigheder, der ikke udtrykkeligt er tildelt. Brugsretten vil automatisk ophøre efter udløb eller ophør af Leveranceaftalen, og er således betinget af Kundens betaling af det aftalte vederlag.

Se i øvrigt Bilag 9b Licensvilkår for Microsoft Dynamics AX.

...

3 Begrænsninger i Kundens rettigheder.

Eventuelle begrænsninger i Kundernes brugsret til Programmel angives og klart og utvetydigt på dansk nedenfor. Sådanne begrænsninger må ikke stride mod indholdet af Rammeaftalens punkt 17 eller Leveranceaftalens punkt 22.

Begrænsninger i licensvilkårene, der strider mod Kundens rettigheder ifølge disse bestemmelser, vil således ikke blive anset for gældende, hvad enten de anføres nedenfor eller fremgår af licensvilkår vedlagt som underbilag hertil.

Kunden er ikke berettiget til at videreudvikle og ændre det leverede tredjeparts standardprogrammel.

...«

I de som bilag 9a vedlagte licensbetingelser for MyClinic for Microsoft Dynamics AX anføres det i punkt 4, litra g »Ændring«:

»De må kun ændre softwaren efter behov for at anvende den til Deres interne virksomhedsformål, hvis De har modtaget den i kildekode-

form, eller hvis De har licenseret værktøjer fra Microsoft, som gør det muligt at ændre objektkodeformen. Kildekoden til MyClinic må ikke udskrives, kopieres eller på anden måde trækkes ud af løsningen, hverken af dem eller af eventuel 3. part, og hverken helt eller delvist. Ændringer til kildekoden af MyClinic, hvad enten der sker i form af vedligeholdelse eller videreudvikling, må kun ske indenfor det aftalte løsningsområde (domæne) og ændringerne må ikke videresælges i fri handel. De accepterer, at MyClinic A/S ikke er ansvarlig for nogen form for problemer som følge af ændringer foretaget af Dem eller af en tredjepart, eller som er forårsaget af tredjepartshardware eller -software.«

Oplysninger særligt ad påstand 1, litra b

Listen over UU-centre omfattet af rammeaftalen, som der henvises til i udbudsbekendtgørelsen, og som er bilag 1 til udbudsbetingelserne, indeholder alle landets 49 UU-centre.

Indklagede har oplyst, at indklagede efter annulationen af det første udbud afholdt et orienteringsmøde den 8. december 2011 for alle UU-centre i Danmark om det kommende udbud og baggrunden for udbuddet, herunder det gennemførte pilotprojektforløb. Efter indklagedes opfattelse accepterede alle UU-centrene at være omfattet af udbuddet, som de fik at vide, ville omfatte alle centrene.

Klageren fremlagde med klageskriftet en e-mail af 29. december 2011 fra UU-Nord (Herlev, Gladsaxe, Lyngby-Taarbæk og Gentofte kommuner) til indklagede, hvori det pågældende UU-center anmoder om at blive fjernet fra listen over UU-centre omfattet af rammeaftalen, som UU-Nord angiver ikke at ønske at være part i. Der blev tillige af klageren fremlagt e-mail af 19. marts 2012 fra Ole Danskilde fra - ifølge det oplyste - UU-center Vendsyssel, et udateret svar på en e-mail af 16. marts 2012 fra Mogens Schjødt fra et UU-center, hvis navn ikke fremgår af svaret, men som angiveligt er Horsens og Hedensted, e-mail af 17. marts 2012 fra UU-leder Lars Ole Wulff, UU-center Ringkøbing Fjord, e-mail af 18. marts 2012 fra Carsten Bøtcher fra et UU-center, hvis navn ikke fremgår af e-mailen, men som angiveligt er Vestegnen, og e-mail af 18. marts 2012 fra UU-leder Erik Rohde, UU-center Silkeborg. De pågældende har i disse mails på klagerens forespørgsel oplyst, at de ikke deltager i udbuddet. Klageren mener heller ikke, at de øvrige UU-centre, som står på listen i udbudsbetingelsernes bilag 1 har samtykket i at være omfattet af udbuddet.

Fra indklagedes side blev der tilsvarende forud for klagenævnets kendelse om opsættende virkning fremlagt en række erklæringer og korrespondance med en ganske betydelig del af de øvrige UU-centre i Danmark, hvori de pågældende centre bekræfter at være indforstået med at være medtaget i udbuddet, idet det i flere tilfælde fremhæves, at centrene respekterer deres juridiske forpligtelser i henhold til de aftaler, de har indgået med klageren, og står frit, når disse aftaler udløber, med hensyn til, om de herefter vil benytte rammeaftalen eller indgå ny selvstændig aftale med klageren eller en tredje leverandør. De pågældende centre er:

- De 6 UU-centre i Region Sjælland (brev af 29. marts 2012 fra Mark Jensen Ungdommens Uddannelsesvejledning Region Sjælland (Sjælland Syd, Vestsjælland, Roskilde, Lolland Falster, Nordvestsjælland og Køge Bugt)).
- UU-Sønderborg (e-mail af 11. april 2012 fra UU-leder Lennart Griberg).
- De 9 UU-centre Bornholm, Frederiksberg, Syd, Gribskov, Sjælsø, Vest, Region Hovedstaden, Midt, Nordsjælland og Øresund (brev af 30. marts 2012 fra centerlederen for UU-Øresund, Jens Christy, på vegne de øvrige centre, som har været samlet til et møde den 30. marts 2012). Der gives i e-mailen udtryk for, at centrene værdsætter, at indklagede afløfter deres udbudsforpligtelse, idet »leverandørens monopolstilling er meget uhensigtsmæssig«, »Selv om vi er tilfredse med det nuværende system«. Enkelte af centrene giver udtryk for at have været forundrede over, at der ikke fremkom yderligere oplysning om iværksættelsen af udbuddet efter orienteringsmødet, hvilket dog ikke ændrer på den positive tilslutning.
- UU-center Viborg (e-mail af 11. april 2012 fra afdelingsleder Claus Jensen).
- UU-center Odder Skanderborg (e-mail af 10. april 2012 fra UU-Leder Lone Buch).
- UU-center Ikast-Brandø (e-mail af 11. april 2012 fra leder af UU Peter Michael Kjærgaard).
- UU-center Nordvestjylland (e-mail af 10. april 2012 fra leder Bo Ravn).
- UU-center Skive (e-mail af 10. april 2012 fra leder Henry Hansen).

- UU-center Aarhus (e-mail af 1. april 2012 fra leder Viggo Munk).
- UU-center Vendsyssel (e-mail af 11. april 2012 fra centerchef Niels Chr. Andersen).
- UU-center Ikast-Brande (e-mail af 10. april 2012 fra leder Bo Ravn).
- UU-center Herning (e-mail af 12. april 2012 fra centerleder Inger Veng Rasmussen).
- UU-center Aabenraa (e-mail af 22. april 2012 fra leder Svend Otto Jensen).
- UU-center Djursland (e-mail af 23. april 2012 fra Per Søjmark).
- UU-center Tønder (e-mail af 23. april 2012 fra UU leder John Møller).
- UU-center Vejle (e-mail af 23. april 2012) fra UU-leder Kjeld Petersen).
- UU-center Sydfyn (e-mail af 23. april 2012 fra UU-centerleder Bo Madsen).
- UU-center Odense (e-mail af 22. april 2012 fra centerleder John Vilhelmsen).
- UU-center Esbjerg (udateret brev/mail fra leder Finn Lambek).
- UU-center Vejen (e-mail af 25. april 2012 fra leder Bendix Kristensen).
- UU-center Tårnby (brev af 26. april 2012 fra leder Anette Kjærager).
- UU-center Lillebælt (e-mail af 26. april 2012 fra centerleder Anders Ladegaard).
- UU-center Horsens Hedensted (e-mail af 30. april 2012 fra konstitueret UU-leder Sune Agger).

Indklagede oplyste, at der var opnået tilsvarende mundtlige bekræftelser fra UU centrene i: Favrskov, Kolding, Silkeborg, Randers og Billund, samt at de pågældende centre var anmodet om skriftligt at erklære det samme.

Indklagede fremlagde endvidere en udateret erklæring fra formanden for Lederforsamlingen af UU-Centre i Danmark, Finn Lambek, stilet til centerchef Leif Petersen UU København. Det anføres:

»...UU centrene i Danmark er gjort bekendt med, at vi er medtaget i udbuddet.

På mødet for alle UU centre i Danmark, som blev afholdt hos UU København den 8. december 2012 redegjorde du for UU Københavns udbudsplaner i et forum, hvor alle UU centre var til stede.

Det er vores klare opfattelse, at du her gav en orientering om, at UU Københavns udbud ville komme til at omfatte alle UU centre, således vi senere kunne tage stilling til om vi ville fastholde vores nuværende aftale med UVdata eller konkurrenceafprøve vores eksisterende aftale med det vejledningssystem, som UU København fremadrettet ville have indgået aftale med.

Vi er således indforstået med, at vi er medtaget i UU Københavns udbud. Samtidig med at vi fastholder vores juridiske forpligtelser i forhold til indgåede aftale med UVdata. Baggrunden er, at vi derved står frit, i forhold til at tage stilling til hvilket system vi vil vælge i fremtiden, når kontraktperioderne med UVdata udløber, og således at der kan komme konkurrence ind på et område, der pt. er underlagt en monopolsituation.

...«

Der blev endvidere af indklagede fremlagt en e-mail af 12. april 2012 fra Kommunernes Landsforening, hvoraf fremgår blandt andet, at foreningen er blevet orienteret om, at indklagede:

»afløfter forpligtelsen til EU-udbud for alle UU-centre i Danmark ifm. med etableringen af et nyt IT-system til UU-vejledningen.«

Udover de erklæringer m.v., som lå til grund for klagenævnets afgørelse om opsættende virkning, har klageren efterfølgende fremlagt yderligere erklæringer om ikke at ønske at være omfattet af udbuddet og om, at dette ikke blev aftalt på mødet den 8. december 2011, fra:

- UU-center Vendsyssel (e-mail af 20. marts 2012 fra Ole Danekilde til indklagede),
- UU-center Aalborg (e-mail af 19. marts 2012 fra Anne Froberg til indklagede),
- UU-center Vestegnen (e-mail af 19. marts 2012 fra Carsten Bøtcher til indklagede)
- UU-center Vesthimmerland (e-mail af 19. marts 2012 fra centerleder Mette Sun Otte til klageren),

- UU-center Ringkøbing Fjord (e-mail af 27. april 2012 fra UU-leder Lars Ole Wulf til indklagede) og
- UU-center Mariagerfjord (e-mail 16. marts 2012 fra Niels Andreasen til klageren).

Af indklagede er der yderligere fremlagt erklæringer svarende til dem, som tidligere er fremlagt fra de 6 UU-centre i Region Sjælland m.fl. fra:

- UU-center Favrskov (brev af 1. maj 2012 fra leder Randi Winther),
- UU-center Kolding (udateret brev fra Bjarne Juhl Olesen),
- UU-center Randers (brev eller e-mail videresendt internt hos indklagede den 2. maj 2012 fra en person, hvis underskrift ikke kan læses),
- UU-center Billund (udateret brev fra Boye Skov Lauritsen),
- UU-center Varde (e-mail af 29. maj 2012 fra leder Henrik Michael Nielsen) og
- UU-center Haderslev (e-mail af 16. maj 2012 fra UU leder Birgitte S. Clemmensen),

Herudover har indklagede fremlagt:

- en e-mail af 14. juni 2012 fra teamleder Lisbeth Tved Olsen, Rebild Kommune (UU-centret formentlig), hvoraf fremgår, at kommunen/centret ønsker at have mulighed for at indtræde i aftalen på et senere tidspunkt, men ikke ønsker at optræde »på udbudsmaterialet« og
- en e-mail af 1. maj 2012 fra UU-leder Erik Rohde, UU-center Silkeborg, hvoraf fremgår, at centret »har været omkring juristerne i Silkeborg Kommune«, som anbefaler, at centret holder sig ude af aftalen, »så det er »beslutningen«. Centret beder endvidere indklagede om at slette centret i de allerede eksisterende papirer og holde centret ude af de kommende papirer.

Parternes anbringender

Ad påstand 1, litra a

Klageren har gjort gældende, at de danske kommuner er forpligtede til at oprette og drive UU-centre, der skal yde uddannelsesmæssig rådgivning og foretage opfølgning over for alle unge mellem 12 og 25 år efter fastlagte retningslinjer samt føre en såkaldt uddannelsesplan for samtlige elever, der forlader folkeskolens 9. klasse. Da der er ganske detaljerede lovgivningsmæssige krav til uddannelsesplanens udformning, kan IT-understøttelsen ikke foretages med et hvilket som helst journaliseringssystem, og der findes derfor et særskilt marked for særligt tilpassede IT-løsninger til brug for den lovpligtige uddannelsesrådgivning af unge. Både de hidtidige markedsforhold og rammerne for indklagedes udbud understøtter dette.

Ved, som indklagede har gjort det, at optage samtlige myndigheder (købere) på dette marked på en rammeaftale med kun én leverandør er der en reel risiko for, at markedet lukkes for andre deltagere, og at der dermed etableres et i praksis lukket marked med fravær af konkurrence. Dette må anses for at være i strid med forbuddet mod konkurrencefordrejende aftaler i udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, in fine.

Med den valgte model er indklagede reelt desuden blevet en konkurrent til klageren, idet indklagede har interesse i at »sælge« det nye IT-system til flest mulige UU-centre.

Der er ikke grundlag for at antage, at det nye IT-system vil være »åbent« og kunne tilpasses af brugerne eller andre. Det nye system baseres således på IT-systemet MyClinic, som selskabet MyClinic A/S har rettighederne til. Af det af Logica Danmark A/S udfyldte bilag 9 til leveranceaftale 1 fremgår endvidere, jf. punkt 3, at indklagede ikke må videreudvikle eller ændre det leverede standardprogrammel.

Indklagede har gjort gældende, at klageren ikke er fremkommet med indikationer eller beviser for, at et udbud af it-systemer på et så afgrænset område som Ungdommens Uddannelsesvejledning potentielt eller faktisk udgør en konkurrencefordrejende rammeaftale. Klageren har ikke med markedsundersøgelser eller andet underbygget sin påstand om en

konkurrencebegrænsende virkning, og selv hvis dette havde været tilfældet, kan den samlede gruppe af UU-centre ikke anses for en køberskare med en sådan magt, at de ville kunne fordreje konkurrencen på et marked. Derudover kan markedet for den type ydelser omfattet af denne sag ikke defineres så snævert, at det kun omfatter UU-centrene. Ydelserne omfattet af rammeaftalen vil således i mere eller mindre tilpasset form kunne tilbydes til alle sektorer, hvor personoplysninger og handlingsplaner på samme måde indgår, og således ikke kun til UU-centrene. Desuden er det for alle andre UU-centre end UU-København frivilligt, om centret vil gøre brug af rammeaftalen, og det er – som det fremgår af det, der er fremkommet vedrørende påstand 1, litra b – ikke alle centre, der ønsker at gøre brug af muligheden i rammeaftalen, da de for indeværende har gældende aftaler med netop klageren.

Ad påstand 1, litra b

Klageren har gjort gældende, at kravet i udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, 4. pkt., om korrekt identifikation af rammeaftalens parter ikke er opfyldt. Efter fremlæggelsen af de yderligere erklæringer, der er fremkommet efter klagenævnet traf afgørelsen om opsættende virkning, kan det således konkluderes, at

- 17 % af UU-centrene har afslået at deltage i udbuddet,
- 23 % har erklæret sig indforstået med at deltage i udbuddet, og må forventes faktisk at kunne anvende rammeaftalen,
- 44 % har givet divergerende oplysninger om deres deltagelse i udbuddet og/eller erklæret sig indforstået med at deltage, selvom allerede indgåede aftaler må antages at hindre deres anvendelse af rammeaftalen,
- 17 % har ikke ytret sig om deres deltagelse i udbuddet.

Det følger heraf, at indklagede har tilsidesat artikel 32, stk. 2, 4. pkt., ved at medtage samtlige UU-centre i udbuddet og i øvrigt i udbudsbetingelserne give indtryk af, at der er udsigt til, at en større del af UU-centrene vil anvende rammeaftalen, end hvad der faktisk er tilfældet.

Kravet i udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, 4. pkt., har til formål at sikre tilstrækkelig klarhed om rammeaftalens omfang. I lyset af dette formål kan bestemmelsens krav ikke anses for opfyldt, når blot »majoriteten« af de an-

givne parter er tilsluttet rammeaftalen. En upræcis angivelse som den, der her er tale om, er egnet til at skabe uklarhed om rammeaftalens omfang og er derfor i strid med bestemmelsen.

Indklagede har gjort gældende, at der foreligger positive erklæringer/tilbagemeldinger om bekræftelse af deltagelsen på rammeaftalen fra 80,8 % procent af de samlede UU-centre. 42 centre har således bekræftet, at de ønsker at være omfattet af rammeaftalen. De fremlagte erklæringer og de heri anførte tilsagn om, at centrene fra start har anset sig for værende omfattet af rammeaftalen, gør, at kravet om korrekt identifikation af rammeaftalens parter, jf. udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, 4. punktum, er opfyldt. Indklagede er således ikke enig i klagenævnets foreløbige vurdering i kendelsen af 3. maj 2012, som synes at indebære, at det forhold, at et fåtal af centrene efterfølgende har erklæret ikke at ville være omfattet, indebærer, at kravet ikke er opfyldt. Den nu dokumenterede store majoritet af centre, som anser sig for omfattet af udbuddet, indebærer tværtimod, at kravet må anses som opfyldt.

Kravet var og er efter indklagedes opfattelse opfyldt gennem indklagedes orientering på mødet den 8. december 2011. Indklagede forklarede på mødet de øvrige UU-centre om det påtænkte udbud og i den forbindelse om brugen og rækkevidden af rammeaftalen. Uagtet at et fåtal af UU-centre efterfølgende og i forbindelse med udarbejdelsen af den indbragte klage har erklæret, at de ikke ønsker at bruge rammeaftalen, var der ikke på mødet indsigelser mod fremgangsmåden. Som følge heraf kan angivelsen af alle centre som berettigede aftagere i henhold til rammeaftalen ikke anses for en krænkelse af gennemsigtighedsprincippet.

Dette understøttes af klagenævnets kendelse af 26. september 2011, TDC mod Økonomistyrelsen, hvor såvel krav til identifikation som gennemsigtighed ansås for opfyldt ved, at Økonomistyrelsen i sin udbudsbekendtgørelse anførte kredsen af berettigede som »alle danske kommuner og regioner samt Folketinget og Nationalbanken skal være part i Rammekontrakten med den virkning, at kommunerne, regionerne, Folketinget og Nationalbanken kan vælge at tilslutte sig til frivilligt at gøre brug af Rammekontrakten...«. Det har umiddelbart formodningen mod sig, at Økonomistyrelsen havde skaffet en større klarhed over de berettigede købere end indklagede har gjort i relation til dette udbud.

Klagerens opgørelse af UU-centre omfattet af rammeaftalen er i øvrigt ikke i overensstemmelse med de fremlagte erklæringer og bygger desuden på en grundlæggende fejlagtig forståelse af de udbudsretlige regler. Klageren synes således at mene, at en ordregiver ikke kan omfattes af en rammeaftale, såfremt den samme ordregiver har en eksisterende aftale med en anden leverandør, hvilket er klart forkert. Det har således ikke nogen betydning for spørgsmålet om identifikation, at flere af UU-centrene er bundet af aftaler med klageren. En ordregiver med en eksisterende aftale kan i øvrigt have gode grunde til alligevel at ønske at være del af en rammeaftale. For eksempel for at sikre sig, hvis den nuværende leverandør går konkurs, eller hvis en af kontraktparterne af andre årsager ønsker at komme ud af aftalen, før den løber ud.

Ad påstand 2

Klageren har gjort gældende, at det følger af ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2, at ordregiver er forpligtet til at basere sit valg af leverandør på saglige og objektive kriterier. Ligebehandlingen skal ikke alene efterleves i praksis – processen vedrørende ordretildelingen skal tillige fremstå som upartisk. I tilfælde, hvor der opstår berettiget tvivl om en ordregivende myndigheds efterlevelse af ligebehandlingsprincippet, må det påhvile ordregiver at godtgøre, at reglerne er efterlevet.

Ved indklagedes udsagn forud for udbuddet er der skabt en så betydelig tvivl om, hvorvidt udbudsproceduren og tildelingsbeslutningen er baseret på objektive og saglige kriterier, at ligebehandlingsprincippet i artikel 2 som udgangspunkt må anses for overtrådt. Dette gælder særligt udsagnene om, at »samtidig forventes det at samarbejdet med den eksisterende leverandør kan bringes til ophør«, og at »UU København reelt ikke er interesseret i at forsætte med UVdata«. Indklagede har tillige i sine interne arbejdsdokumenter givet udtryk for, at den ønskede løsning skulle være baseret på MyClinic systemet. Det bemærkes i den forbindelse, at MyClinic er et it-system til journalhåndtering udviklet af et dansk selskab, MyClinic A/S. En løsning baseret på dette system kan følgelig kun leveres af selskabet selv, eventuelt i samarbejde med en anden leverandør. MyClinic A/S samarbejdede under pilotprojektet med Logica Danmark A/S, der efterfølgende har fået tildelt kontrakten. Indklagede har med det tilkendegivne ønske om at indgå aftale med en specifik leverandør skabt yderligere væsentlig usikkerhed om overholdelsen af ligebehandlingsprincippet.

Indklagede har ikke afkræftet den formodning, der følger af de anførte udsagn. Ligebehandlingsprincippet må derfor anses for tilsidesat, og påstanden skal dermed tages til følge.

Indklagede har gjort gældende, at de af klageren påberåbte udsagn ikke skal og ikke kan tages som udtryk for, at indklagede ikke - såfremt klageren under udbuddet havde formået at afgive det økonomisk mest fordelagtige tilbud - ville have tildelt kontrakten til klageren.

Skulle klagerens anbringender blive fulgt, vil det være ensbetydende med, at indklagede aldrig ville kunne gennemføre et udbud af den ønskede ydelse, idet klageren til stadighed ville kunne påberåbe sig de anførte referater uden i øvrigt at konkretisere, hvori den konkrete krænkelse af ligebehandlingsprincippet skulle være sket.

Klageren, som blev prækvalificeret af indklagede, og som selv afstod fra at afgive tilbud, har ikke påpeget uregelmæssigheder i selve udbudsprocessen og har på intet tidspunkt godtgjort, at der heri skulle være sket en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. Påstanden skal derfor ikke tages til følge.

Ad påstand 3

Klageren har gjort gældende, at det udbudte projekt tager udgangspunkt i, at leverandøren skal udvikle et system som beskrevet i udbudsmaterialets kravspecifikation. I den forbindelse stiller indklagede i udviklingsperioden 300 interne timer pr. måned til rådighed for leverandøren, hvilket ifølge udbudsbetingelserne svarer til to fuldtidsressourcer, jf. bilag 6 til udbudsbetingelserne. Timer udover 300 timer pr. måned er prissat til 450 kr. pr. time. Værdien af 300 timer pr. måned må således formodes at udgøre 135.000 kr. for indklagede. Udviklingsperioden må forventes at strække sig over omtrent et år. Den samlede værdi af de timer, som indklagede stiller til rådighed, overstiger således 1,5 mio. kr. Værdien må anses for betydelig set i forhold til projektets samlede værdi.

Klageren bestrider ikke, at indklagede som ordregiver er berettiget til at lægge vægt på at opnå en udvikling og tilpasning af systemet således, at det opfylder indklagedes ønsker og behov – men dette forudsætter, at dette kan

ske med respekt af ligebehandlingsprincippet. Udbudsbetingelserne tager imidlertid ikke højde for den situation, at den ønskede tilpasning m.v. kan foretages inden for rammerne af den sædvanlige tilpasning, som en tilbudsgiver med et færdigudviklet system vil kunne tilbyde. Ved at undlade at kapitalisere værdien af de interne timer, indtræder der en væsentlig forskelsbehandling af de mulige tilbudsgivere. Samtidig medfører den manglende kapitalisering, at de opstillede underkriterier ikke bliver egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud, og at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet.

De af indklagede anførte ønsker om medindflydelse, medvirken og indsigt i det bagvedliggende system er ligeledes sædvanlige for ordregivere og indkøbere af IT-systemer. En kapitalisering af timerens værdi vil imidlertid ikke hindre, at ønsket om medindflydelse m.v. opfyldes. Indklagede er som ordregiver forpligtet til at udarbejde udbudsmaterialet således, at ligebehandlingsprincippet overholdes – uanset udbuddets formål i øvrigt.

Indklagede har gjort gældende, at det forhold, at klageren – i modsætning til andre tilbudsgivere – allerede havde et fungerende system og dermed ikke på samme måde som andre tilbudsgivere vil kunne nyde godt af de interne timer, som indklagede stiller til rådighed, ikke udgør en »utilbørlig« begünstigelse af de øvrige tilbudsgivere.

Formålet med at stille de anførte timer til rådighed var blandt andet at åbne konkurrencen, jf. for så vidt angår lovligheden heraf Rettens dom i sag T-345/03, *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen*.

Derudover ønskede indklagede som anført flere steder i udbudsbetingelserne - som første køber på rammeaftalen og som initiativtager til indførelsen af et mere åbent system - i videst mulig omfang at medvirke i udviklingen af det færdige produkt for derved at kunne påvirke den endelige udformning af det ønskede system samt opnå kendskab til det bagvedliggende system. At klageren forveksler dette ønske om medindflydelse, medvirken og indsigt i det bagvedliggende system samt samarbejdet med leverandøren med »den sædvanlige tilpasning, som en tilbudsgiver med et færdigudviklet system vil kunne tilbyde«, indikerer desværre med al ønskelig tydelighed, at klageren stadig ikke har forstået de bagvedliggende overvejelser for det gennemførte udbud.

At det anførte ønske om medvirken og medindflydelse i hvert fald ikke er strid med ligebehandlingsprincippet, synes i dette lys åbenbart.

Ad påstand 4

Klageren har gjort gældende, at indklagedes udbud lider af betydelige mangler og strider mod grundlæggende regler i udbudsdirektivet. Indklagedes beslutning af 4. april 2012 om at tildele kontrakten til Logica Danmark A/S skal derfor annulleres, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 13, stk. 1, nr. 2.

Indklagede har gjort gældende, at der i ikke er begået krænkelser af de udbudsretlige regler, og at der derfor intet grundlag er for at annullere tildelingsbeslutningen. Selvom klagenævnet måtte komme frem til, at der er sket en krænkelse ad påstand 1, litra b, så har denne krænkelse, jf. den dokumenterede tilslutning på over 80 % af UU-centrene, ikke et sådan omfang eller en sådan grovhed, at klagenævnet bør annullere tildelingsbeslutningen.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at klagen indgivet den 19. marts 2012, som opretholdt ved klagerens brev af 10. april 2012, var tillagt »automatisk« opsættende virkning, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, frem til klagenævnets kendelse af 3. maj 2012 om opsættende virkning. Brevet om opretholdelse af klagen er således indgivet i standstill-perioden efter indklagedes meddelelse af 4. april 2012 om at have besluttet at indgå kontrakt med Logica Danmark A/S. Det må antages, at en klage indgivet forud for tildelingsbeslutningen, skal tillægges automatisk opsættende virkning efter reglerne i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 2, når den, som tilfældet er her, fastholdes efter tildelingsbeslutningen. En anden retstilstand ville stille klagere væsentligt ringere end i tilfælde, hvor klagen er indgivet efter tildelingsbeslutningen, og reelt hindre indgivelsen af »tidlige« klager.

Indklagede indgik på trods af den automatiske opsættende virkning kontrakt den 17. april 2012. Kontrakten må på den baggrund erklæres for uden

virkning, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 16, nr. 2. Klagenævnet skal derfor erklære den indgående kontrakt for uden virkning.

Indklagede har gjort gældende, at klagen blev indgivet den 19. marts 2012 med påstand om annullation af udbuddet, og om at klagen skulle tillægges opsættende virkning. Klageren indgav således ikke klage i standstill-perioden i henhold til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 3, stk. 1, nr. 1, men derimod inden tildelingsbeslutningen blev truffet. Efter indklagedes evaluering af de indkomne tilbud blev det ved tildelingsbeslutning af 4. april 2012 meddelt, at indklagede agtede at indgå kontrakt med Logica A/S. I den herefter følgende lovpligtige standstill-periode indgav klageren ikke klage over selve tildelingsbeslutningen og nedlagde heller ikke påstand om annullation heraf. Klageren fastholdt i sit brev af 10. april 2012 alene sin begæring om opsættende virkning med tilføjelsen om, at den foretagne tildelingsbeslutning underbyggede, at klagen havde »noget på sig«.

For at kunne bruge den af klageren påberåbte hjemmel i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 16, stk. 1, nr. 2, jf. § 12, stk. 2, kræves det, at klagen er indgivet i standstill-perioden og i nærværende sag derfor inden for 11 dage efter, tildelingsbeslutningen blev meddelt klageren. Bestemmelserne dækker efter deres ordlyd ikke indgivelse af en klage hverken før eller efter standstill-perioden, og der er intet, der taler for, at en allerede verserende klagesag skal sidestilles med indgivelsen af en klage i standstill-perioden. Det følger hverken af § 16, stk. 1, nr. 2, jf. § 12, stk. 1, i den nugældende lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv. eller af den tidligere gældende lov, at klager indgivet uden for standstill-perioden opnår automatisk opsættende virkning (eller i øvrigt en midlertidig opsættende virkning, jf. den tidligere gældende klagenævnslav § 6a) i perioden, inden klagenævnet træffer sin beslutning. Da indklagede underskrev kontrakten, var klagen således ikke tillagt opsættende virkning. Klageren har ikke i perioden efter tildelingsbeslutningen indgivet en klage, og brevet af 10. april 2012 kan ikke sidestilles med en klage indgivet i standstill-perioden. Betingelserne i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 16, stk. 1, nr. 2, jf. § 12, stk. 2, for at erklære kontrakten uden virkning er således ikke opfyldt. Der er heller ikke på andet grundlag mulighed for at erklære den indgåede kontrakt for uden virkning, herunder efter § 16, stk. 1, nr. 2, jf. § 12, stk. 1.

Subsidiært har indklagede gjort gældende, at selv hvis klagenævnet skulle mene, at der var hjemmel til at erklære den indgåede kontrakt for uden virkning, beror en sådan adgang på en ret og ikke en pligt. Klagenævnets udnyttelse af en sådan ret - med underkendelse af en indgået kontrakt til følge - vil være ude af proportion i en sag, hvor klagenævnet ikke har fundet, at der er tale om en overtrædelse af udbudsreglerne af en sådan grovhed, at dette i sig selv har ført til beslutning om opsættende virkning eller en slækkelse af de øvrige krav i relation til uopsættelighed og interesseafvejning i øvrigt, jf. klagenævnets kendelse om opsættende virkning. Hertil kommer, at indklagedes efterfølgende indgåelse af kontrakten endvidere er uden materiel betydning for klagens egentlige genstand.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1, litra a

Klagenævnet udtalte i kendelsen af 3. maj 2012 om opsættende virkning om denne del af påstand 1:

»Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen punkt II.1.5), udbudsbetingelserne, notatet af 28. april 2011 om »Forslag til besparelser, effektiviseringer og budgetomlægninger i budget 2012« og de fremlagte interne udkast til indstillinger, at formålet med udbuddet er at opnå en konkurrenceudsættelse.

Baggrunden er, at UU-centrene for indeværende er henvist til at benytte en enkelt leverandør, klageren, der er den eneste, som tilbyder et IT-baseret vejledningssystem, og som derfor benyttes som leverandør af alle UU-centrene. Udbuddet vedrører et system, der i modsætning til det system, klageren for indeværende leverer, vil være åbent, således at UU-centrene selv eller en tredjepart har de fornødne rettigheder til at tilpasse, udvikle og drive det nye system.

Ifølge udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne er indklagede den eneste ordregivende myndighed omfattet af beskrivelsen af ordregivende myndigheder, som er forpligtet til at indgå en aftale med den valgte leverandør. For alle de øvrige UU-centre er det frivilligt, om de vil tilslutte sig rammeaftalen, og om de vil anvende den. Det fremgår endvidere af de af indklagede indhentede oplysninger, at visse UU-centre ikke har til hensigt at benytte rammeaftalen. Af de af indklagede indhentede erklæringer fremgår endvidere generelt, at UU-centrene, når deres aftaler med klageren udløber, ikke nødvendigvis

vil benytte rammeaftalen, idet de til den tid vil vurdere, om de skal benytte den eller indgå ny aftale med klageren eller en tredje leverandør.

Der er ikke efter ordlyden af udbudsdirektivet artikel 32, stk. 2, sidste punktum, eller de betragtninger i direktivets præambel, som vedrører denne bestemmelse, grundlag for en forståelse af bestemmelsen, der afviger fra forståelsen af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler og forbuddet mod misbrug af dominerende stilling i traktatens artikel 101 og 102, jf. herved også henvisningen i 2. betragtning til »traktatens øvrige bestemmelser« samt angivelsen i denne og 36. betragtning af et mål om »effektiv konkurrence«.

Der er ikke af klageren fremlagt markedsundersøgelser eller andet, som understøtter, at der konkurrenceretligt kan defineres et eller flere særlige danske markeder for levering til offentlige ordregivere af IT-systemer til brug for uddannelsesvejledning, hvor rammeaftalen som følge af en sådan snæver markedsdefinition kan have konkurrencebegrænsende virkning. Det forhold, at der ifølge blandt andet de fremlagte interne udkast til indstillinger i øjeblikket synes at bestå monopolstilling for klageren, kan dog tyde på, at der er foreliggende et ret snævert afgrænset marked, hvor det for indeværende – når først en aktør som klageren har opnået kontrakt/er – ikke er konkurrencemæssigt rentabelt for andre aktører at søge at konkurrere med den etablerede aktør. Den opståede monopolstilling kan dog også skyldes den måde, hvorpå kontrakterne hidtil har været udbudt. Uanset om egentlige markedsundersøgelser måtte vise, at der er grundlag for en sådan snæver markedsafgrænsning, kan det forhold, at indklagede og de UU-centre, som beslutter at anvende rammeaftalen, igennem ovennævnte konkurrenceudsættelse søger at imødegå en de facto monopolstilling for en leverandør efter en foreløbig vurdering ikke antages at udgøre en hindring, begrænsning eller fordrejning af konkurrencen som anført i artikel 32, stk. 2, in fine. Der er således ikke oplysninger, som understøtter, at UU-centrene har en sådan købermagt og/eller betydning som aftagere, at rammeaftalen kan antages at indebære, at konkurrencen hindres, begrænses eller fordrejes, jf. udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, sidste punktum. Umiddelbart er der dermed ikke udsigt til, at denne del af påstand 1 vil blive taget til følge.«

Klagenævnet finder, at der ikke er grundlag for at antage, at rammeaftalen som følge af indholdet af bilag 9 til leveranceaftale 1 i Logica Danmark A/S' tilbud vil have konkurrencebegrænsende virkninger som omhandlet i udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, in fine. Dette følger allerede af det forhold, at det pågældende bilag 9 efter sit indhold respekterer kravene i rammeaftalens punkt 17 og leveranceaftale 1 punkt 22, som krævet i de pågæl-

dende bestemmelser i rammeaftalen og leveranceaftalen. I den forbindelse bemærkes, at det standardprogrammel, som ifølge punkt 3 i bilag 9 ikke kan ændres, ikke som anført af klageren er MyClinic-programmet, men derimod Microsoft Dynamics AX, som er et standardprogram fra tredje-part.

Herefter, og af grunde, som er anført i kendelsen om opsættende virkning, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 1, litra b

I kendelsen af 3. maj 2012 om opsættende virkning udtalte klagenævnet om denne del af påstand 1:

»Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at udbuddet omfatter en rammeaftale med indklagede om levering af et standarddrammesystem til registrering af personoplysninger samt at »rammeaftalen indgås af UU København og på vegne af en række andre UU centre ...«. Af listen nævnt i udbudsbekendtgørelsen og af bilag 1 i udbudsbetingelserne fremgår, at alle landets UU-centre er omfattet af udbuddet. Ifølge de foreliggende oplysninger var de øvrige UU-centre på mødet den 8. december 2012 orienteret om det påtænkte udbud, og at det ville give alle UU-centre mulighed for at benytte rammeaftalen. Efter de afgivne erklæringer m.v. synes det dog ikke at have været alle UU-centre, som har opfattet det sådan, at de dermed havde tilsluttet sig rammeaftalen, eller i hvert fald sådan, at de har tilkendegivet et ønske om at have mulighed herfor.

Efter en foreløbig vurdering kan i hvert fald UU Nord, som positivt over for indklagede har tilkendegivet ikke at ønske at være omfattet af udbuddet, ikke anses for oprindelig part i rammeaftalen, jf. udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, 4. punktum. De samme gælder de øvrige UU-centre, som på klagerens forespørgsel har bekræftet ikke at ønske at være omfattet, idet dog bemærkes, at UU-center Vendsyssels leder og UU-center Horsens Hedensteds konstituerede leder efterfølgende over for indklagede har bekræftet, at dette UU-center har tilsluttet sig rammeaftalen, og at indklagede angiveligt har opnået tilsvarende mundtlige bekræftelser fra UU-centret i Silkeborg. Det af udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, 4. punktum, følgende krav om korrekt identifikation af rammeaftalens parter er dermed ikke opfyldt. Der foreligger dermed en krænkelse af gennemsigtighedsprincippet i artikel 2.

På det foreliggende grundlag er der herefter udsigt til, at denne del af påstand 1 vil blive taget til følge.«

I tillæg hertil bemærkes:

Det påhviler indklagede som den, der har forestået udbuddet, og som den, der i udbudsbekendtgørelsen har angivet, at udbuddet foretages på vegne alle landets UU-centre, at godtgøre, at indklagede på aftaleretligt eller andet grundlag har været berettiget til at lade de pågældende centre omfatte af udbuddet.

I modsætning til, hvad der var tilfældet i den sag, der blev afgjort ved klagenævnets kendelse af 26. september 2011, TDC A/S mod Økonomistyrelsen, hvor adgangen for Økonomistyrelsen til at lade en række andre myndigheder m.v. omfatte af udbuddet fulgte af aftalerne om kommunernes og regionernes økonomi og af efterfølgende tekstanmærkninger på finansloven, foreligger der ikke i denne sag et særligt hjemmelsgrundlag for at lade andre UU-centre end indklagedes eget center omfatte af udbuddet.

Bortset fra UU-center Aarhus, som gennem deltagelsen i og i fortsættelse af forsøget med prototypen baseret på en elektronisk patientjournal synes at have tilkendegivet at ønske at være omfattet af udbuddet, foreligger der for de øvrige UU-centres vedkommende ikke andet grundlag for at lade dem omfatte af udbuddet, end den stiltiende aftale, indklagede gør gældende at have indgået med de øvrige UU-centre ved orienteringen om udbuddet på mødet den 8. december 2011. Det forhold, at indklagede har orienteret Kommunernes Landsforening om udbuddet, indebærer således ikke, at UU-centre, som ikke på andet grundlag har accepteret at være omfattet, dermed kan anses for at være ordregivere omfattet af udbuddet.

De enkelte UU-centre, bortset fra København, er ikke forpligtet til at benytte den udbudte rammeaftale, som er ikke-eksklusiv. I hvert fald under disse omstændigheder finder klagenævnet, at de øvrige UU-centre i princippet har kunnet tilslutte sig udbuddet stiltiende ved at modtage indklagedes orientering om udbuddet på mødet den 8. december 2011. Det forhold, at en række af UU-centrene i hele eller en del af den udbudte rammeaftales løbetid er bundet af aftaler med klageren, er herved ikke i sig selv til hinder for, at de gennem den på mødet den 8. december 2011 indgåede aftale eller quasiaftale lod sig omfatte af rammeaftalen, der som

tidligere nævnt ikke indebar nogen aftageforpligtelse for de pågældende centre.

De yderligere erklæringer m.v., som er fremlagt efter kendelsen om opsættende virkning, ændrer imidlertid ikke på, at indklagede ikke har godtgjort, at alle de UU-centre, som var repræsenteret på mødet den 8. december 2011, forstod og accepterede, at de ved at undlade på mødet eller i tiden herefter at meddele indklagede, at de ikke ønskede at være omfattet af udbuddet, ville blive omfattet. De centre, som efterfølgende over for indklagede eller klageren har erklæret eller bekræftet ikke at ønske at være omfattet af udbuddet, kan således ikke antages at have samtykket i at indgå blandt de opregnede ordregivere, da det blev iværksat, og var dermed ikke omfattet af dette.

Da det krav om korrekt identifikation af rammeaftalens parter, som følger af udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, 4. punktum, ikke er opfyldt, og da der dermed tillige er sket en krænkelse af gennemsigtighedsprincippet i artikel 2, tages påstanden til følge.

Ad påstand 2

Om denne påstand anførte klagenævnet i kendelsen om opsættende virkning:

»Baggrunden for udbuddet er ifølge de interne udkast til indstillinger af 23. og 26. september 2011 og notatet af 28. april 2011 om »Forslag til besparelser, effektiviseringer og budgetomlægninger i budget 2012« et ønske om at konkurrenceudsætte området for IT-baseret vejledningssystemer til UU-centre. Indklagede har med henblik herpå gennemført et forsøg med brug af et andet IT-system MyClinic fra Logica Danmark A/S. Indklagede har valgt at foretage et begrænset udbud og har i nærværende udbud – i modsætning til det udbud, som blev annulleret – prækvalificeret klageren. Det fremgår endvidere af udkastene til indstilling af 23. og 26. september 2011, at indklagede forud for beslutningen om at iværksætte et EU-udbud var opmærksom på forpligtelsen til at afholde et sådant udbud og på, at der ville være en betydelig risiko for en klagesag fra klageren som følge af dennes holdning til udbuddet af opgaven. Indklagede valgte at foretage et begrænset udbud, hvori klageren kunne deltage, frem for et miniudbud under en SKI-aftale, som klageren ikke er part i. Klageren, som undlod at afgive tilbud, har ikke nedlagt en påstand og er ikke

fremkommet med konkrete anbringender vedrørende indklagedes beslutning om at tildele rammeaftalen til Logica Danmark A/S.

Efter en foreløbig vurdering finder klagenævnet på den baggrund, at de udsagn i udkastene af 23. og 26. september 2011 til indstilling, som klageren påberåber sig om, at UU-center København »reelt ikke er interesseret i at fortsætte med UVData«, og om, at der kan blive tale om et »skinudbud«, ikke sandsynliggør, at indklagede allerede forud for udbuddet havde besluttet ikke at ville indgå aftale med klageren, uanset om dennes tilbud måtte vise sig at være det økonomisk mest fordelagtige.

På det foreliggende grundlag er der dermed ikke udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge. Det forhold, at indklagede har anset tilbuddet fra Logica Danmark A/S for det økonomisk mest fordelagtige af de to tilbud, som blev indgivet, kan ikke føre til et andet resultat.«

Af de grunde, som er anført i kendelsen om opsættende virkning, og da det, som klageren yderligere har anført, ikke kan føre til et andet resultat, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 3

Om denne påstand anførte klagenævnet i kendelsen om opsættende virkning:

»Ordregiverens afholdelse af omstillingsomkostninger kan ved udbud af kontrakter som den her omhandlede være nødvendig, hvis det skal være muligt for andre leverandører end den bestående at afgive et konkurrencedygtigt tilbud. Dermed sikres den åbning af markedet, som er et af udbudsreglernes formål.

På den baggrund kan det forhold, at indklagede har valgt i et vist omfang at dække de meromkostninger, som enhver anden leverandør end den nuværende (klageren) vil have, ved vederlagsfrit at stille 300 interne timer pr. måned til rådighed, efter en foreløbig vurdering ikke anses for en overtrædelse af de udbudsretlige regler, herunder ligebehandlingsprincippet.

Der er således ikke udsigt til, at påstand 3 vil blive taget til følge.«

Af de grunde, som er anført i kendelsen om opsættende virkning, og da det, som klageren yderligere har anført, ikke kan føre til et andet resultat, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 4

Som fastslået ad påstand 1, litra b, har indklagede overtrådt gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 samt artikel 32, stk. 2, 4. pkt. ved i udbuddet at have medtaget et antal UU-centre som potentielle aftagere i henhold til rammeaftalen, uagtet de pågældende UU-centre ikke havde samtykket heri. Der er dermed stillet potentielle og aktuelle tilbudsgivere en større potentiel aftagekreds i udsigt end den, der faktisk var tale om.

Det er imidlertid en mindre andel af de centre, som oplistes i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, som reelt ikke var omfattet af udbuddet. Den udbudte ydelse er endvidere for alle andre UU-centre end UU-center København en ren option, som de frit kan vælge at benytte eller undlade at anvende. Det kan under disse omstændigheder sammenholdt med de foreliggende oplysninger om markedet for den udbudte ydelse og med indholdet af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne ikke antages, at medtagelsen i udbuddet af de UU-centre, som ikke havde samtykket heri, har haft væsentlig endsige afgørende betydning for, hvor mange og hvilke virksomheder der valgte at rekvirere udbudsbetingelserne og afgive tilbud på opgaven.

Klageren, som hidtil har været eneleverandør til UU-centrene af et it-baseret vejledningssystem med forskellige tillægsmoduler, har herigennem et indgående kendskab til markedssituationen på det pågældende område. Klageren har dermed, uanset de fejlagtige oplysninger i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne om parterne omfattet af den udbudte rammeaftale, ikke kunnet være i reel tvivl om udbuddets omfang. Det var endvidere af andre årsager end den fejlagtige identifikation af ordregiverne omfattet udbuddet, at klageren undlod at indgive tilbud på opgaven. Det kan dermed ikke antages, at den ad påstand 1, litra b, fastslåede overtrædelse har haft konkret betydning for klageren.

Uanset overtrædelsen efter sin karakter sædvanligvis ville medføre annullation af tildelingsbeslutningen, finder klagenævnet under de anførte omstændigheder ikke grundlag herfor.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 5

Klageskriftet, hvori klageren anmodede om, at klagen blev tillagt opsættende virkning, blev indgivet den 19. marts 2012, og dermed før tildelingsbeslutningen blev truffet den 4. april 2012. Klagen er således ikke indgivet i standstill-perioden efter lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 3, stk. 1, nr. 1. Klageren gjorde i brevet af 10. april 2012, som blev indgivet i standstill-perioden, alene opmærksom på, at klageren fastholdt den allerede indgivne klage. Som brevet er formuleret og under de i øvrigt foreliggende omstændigheder kan hverken brevet eller brevet sammenholdt med den tidligere indgivne klage anses for eller sidestilles med en klage indgivet i standstill-perioden. Bestemmelserne i lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 16, stk. 1, nr. 2, jf. § 12, stk. 2, finder derfor ikke anvendelse.

Påstanden tages som følge heraf ikke til følge.

Der er ved fastsættelsen af sagsomkostningerne taget hensyn til, at klageren kun har fået medhold i en enkelt påstand, og herunder ikke i påstandene om annullation og om, at kontrakten med Logica Danmark A/S skal erklæres for uden virkning.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1, litra b

Indklagede har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, 4. punktum, ved at lade rammeaftalen omfatte alle UU-centre, uanset at flere af landets UU-centre ikke har samtykket i at være omfattet af udbuddet af rammeaftalen.

Indklagede, Københavns Kommune, skal i sagsomkostninger til klageren, UVdata A/S, betale 15.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 1, litra a, og påstand 2-5.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Camilla Christina Nielsen
kontorfuldmægtig