

K E N D E L S E

Visma Logistics ASA
(advokat Niels Bertil Rasmussen, København)

mod

Københavns Amt
(advokat Jesper Lett, København)

Sagen angår et udbud af en IT-ydelse foretaget af indklagede Københavns Amt (amtet) som begrænset udbud efter direktiv 92/50 med senere ændringer om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (Tjenesteydelsesdirektivet). Udbudsbekendtgørelsen afsendtes til EF-Tidende den 3. september 1998. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra en række delkriterier (sagens bilag 1 pkt. 14 og bilag C, faneblad 2, s.18, pkt. 4.13).

Klageren, Visma Logistics ASA, Oslo (Visma) afgav tilbud, men amtet valgte en anden tilbudsgiver WM Data A/S (WM-data) som kontraktspart.

Under sagen, der er indbragt for Klagenævnet ved et klageskrift af 8. april 1999, har klageren, Visma endeligt nedlagt følgende påstande (visse formuleringer er i gengivelsen nedenfor ændret, uden at dette medfører realitetsændringer):

Påstand 1.

Klagenævnet skal konstatere, at Vismas tilbud er konditionsmæssigt, og at amtet som følge heraf uretmæssigt har afvist Vismas tilbud.

Påstand 2.

Klagenævnet skal konstatere, at amtet uretmæssigt har forskelsbehandlet Visma i forhold til tilbudsgiveren WM-data.

Påstand 3.

Klagenævnet skal konstatere, at amtet har foretaget efterfølgende forhandlinger i strid med udbudsreglerne eller har godkendt et ikke-konditionsmæssigt tilbud.

Påstand 4.

Klagenævnet skal pålægge amtet at betale sagsomkostninger til Visma.

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

Klageren fremsatte ved klagens indgivelse den 8. april 1999 anmodning om, at Klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, 2. pkt., skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 23. april 1999 besluttede Klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet på et møde den 8. juni 2000.

Der er under sagens forberedelse været holdt et særligt forberedende møde, og Klagenævnet har under dette møde truffet bestemmelse om aktindsigt for Visma i kontrakten mellem amtet og WM-data bortset fra med hensyn til prisangivelser o.l., og denne aktindsigt er gennemført. Visma har haft aktindsigt i sagens bilag i øvrigt bortset fra tilbudene fra de øvrige tilbudsgivere.

Klagenævnet har under det forberedende møde tilkendegivet, at Klagenævnet ikke ønsker at beskæftige sig med nogle af Visma rejste spørgsmål om prækvalifikation.

Sagens nærmere omstændigheder er i hovedtræk (i de direkte referater af bilag nedenfor er den typografiske opstilling kun delvis gengivet, og visse stavefejl o.l. er rettet):

I pkt. 5 i udbudsbekendtgørelsen, sagens bilag 1, var anført, at der kunne bydes på hele eller dele af tjenesteydelsen, men at amtet foretrak et samlet bud. I udbudsbekendtgørelsens pkt. 8 var anført, at tjenesteydelsen skulle være i drift senest medio 1999.

Der prækvalificeredes 7 potentielle tilbudsgivere.

I udbudsbetingelserne, der blev sendt til de prækvalificerede, sagens bilag C, var bl.a. anført:

».....

[Faneblad 2]

3.1 Den samlede opgave

Københavns Amt ønsker tilbud på en totalleverance af et indkøbs- og logistiksystem, som opfylder de overordnede krav, der er specificeret i bilag 2 til kontrakten.

Amtet foretrækker en leverandør, som er i stand til at levere samtlige de ønskede ydelser.

Ud over anvendelsesprogrammel samt nødvendig hardware og basisprogrammel ønsker amtet tilbud på en række yderligere ydelser, som er nødvendige for at implementere indkøbs- og logistiksystemet.

Disse ydelser omfatter bl.a. teknisk bistand til installation m.v., uddannelse, konvertering og integration m.v. I afsnit 3.5. er givet en kort beskrivelse af det overordnede flow, som amtets nye indkøbs- og logistiksystem forventes at understøtte.

3.2 Udstyr og programmel

Det tilbudte system forventes at omfatte følgende tekniske elementer:

Levering af teknisk virkende system

Til leverancen hører levering af hard- og software samt implementeringsassistance af det antal miljøer, som i henhold til tilbudsgivers forslag skal etableres for at gennemføre implementeringen samt i driftmiljø.

Leverandøren leverer alt maskinel, programmel samt ydelser, der er nødvendige for den beskrevne løsning, med mindre det nedenfor er specificeret, at amtet leverer ydelsen.

Følgende leveres af leverandøren:

.....

3.4 Implementeringsmodel

Tilbudsgiver bedes komme med forslag til implementeringsmodel under hensyn til, at amtet ønsker at gå i drift 1. august 1999 som minimum med de centrale dele af systemet.....

.....

3.5.....

Det er en forudsætning, at systemet kan driftsafvikles i amtets nuværende driftsmiljø.

Amtets driftsmiljø består af følgende hovedkomponenter:

- PC arbejdsplads
- Lan og Wan
- Serverpark(er)
- Brugeradministration

.....

Klientprogrammet skal kunne afvikles på en...PC samtidig med følgende programmer:

- Novell.....
- Microsoft Office.....
- SNA Emulering
- E-post systemerne.....
-Internet Explorer.....
- Doculive.....
- Klient til PPU Maconomy

Systemets klientprogrammell skal i øvrigt kunne koeksistere med en række faglige applikationer i de øvrige forvaltninger.....

.....

4.1 Generelt.....

Nedenstående tidsplan er kun vejledende og omfatter kun de væsentligste tidsfrister. Københavns amt forpligter sig således ikke til at overholde tidsfristerne eller til at anskaffe de nævnte systemer.

- 6. november 1998 Udbudsmateriale udsendes
- 25. november 1998 Frist for spørgsmål til orienteringsmøde
-
- April 1999 Politisk godkendelse
- April 1999 Kontraktindgåelse
- august 1999 Idriftsættelse af systemet

.....

4.4 Kontraktgrundlag

Ved udformning af kontrakt...vil vedlagte kontrakt blive lagt til grund.

.....

4.5 Alternative tilbud

Såfremt tilbudsgiver vurderer, at overholdelsen af visse...krav medfører uforholdsmæssigt store omkostninger i forhold til leverancen, kan/bør han give forslag til ændret formulering med tilhørende prisnedslag.....

Ved forslag til modifikationer skal følgende særlige forhold iagttages.

- Der lægges vægt på, at det klart fremgår, hvilke ydelser der er omfattet af tilbuddet. Ethvert forslag til modifikation skal være ledsaget af en nøjagtig angivelse af den ændrede formulering, samt med angivelse af indvirkning på behovsopførelsen.
- Såfremt tilbudsgrundlaget skulle forekomme uklart på visse punkter, skal tilbudsgiver ligeledes specificere, hvilke forudsætninger der regnes med.

.....

4.10 Priser

De i tilbudet angivne priser skal være faste i vedståelsesperioden.....

.....

4.13 Tildelingskriterier

.....der vil blive valgt det for amtet økonomisk mest fordelagtige bud med hensyn til:

.....

- forslag til tidsplan

.....

5. Krav til tilbuddets form

[Her indeholdes en lang og detaljeret beskrivelse af, hvorledes tilbud skal være disponeret]

.....

5.3 Beskrivelse af udstyr

Afsnittet forventes at indeholde en beskrivelse af den foreslåede tekniske løsning.....

Følgende forventes som minimum oplyst:

- Hardwarespecifikationer

.....

5.4 Beskrivelse af basisprogrammel

Afsnittet forventes at indeholde en beskrivelse af, hvordan interface fra standard/rammesystem til operativsystem, database, kommunikation m.v. vil blive etableret.

.....

5.5 Beskrivelse af øvrige ydelser

I afsnittet forventes beskrevet, hvordan den enkelte ydelse forventes gennemført/leveret

5.5.1 Installation og konfiguration

I afsnittet bedes tilbudsgiver redegøre for, hvordan denne påtænker at gennemføre installationen og konfigurationen.....Der skal endvidere redegøres for, hvilken plan for implementeringsmiljøer, som tilbudsgiver finder nødvendig for at gennemføre projektet.....

5.5.2 Konsulenthjælp i projektføreløbet

I afsnittet skal tilbudsgiver redegøre for, hvad denne finder nødvendig af konsulentbistand fra leverandørens side.....

5.5.4 Integration til økonomisystemet

I afsnittet skal tilbudsgiver beskrive, hvordan denne påtænker at konstruere integrationen.....

5.5.6 Indførings- og driftstøtte

Nærmere specifikation af Københavns Amts ønsker til ovenstående ydelser er beskrevet i kontraktbilag 8. Tilbudsgiver bedes udarbejde bilag 8a.

.....

5.7 Forslag til projektorganisation

Kontraktbilag 19 specificerer Københavns Amts ønsker til projektorganisation og samarbejde. Tilbudsgiver skal i kontraktbilag 19A beskrive dennes projektorganisation.....

.....

Følgende forhold forventes bl.a. belyst:

- Rollefordeling mellem amtet og leverandøren

- Hvilke arbejdsgrupper forventes nedsat.....
 - Beskrivelse af profilerne på de enkelte projektgruppers medlemmer
- Dette afsnit skal ses i tæt sammenhæng med den implementeringsplan, som foreslås af tilbudsgiver, da der forventes at være en tæt sammenhæng.

5.8 Forslag til implementeringsplan

Afsnittet forventes at indeholde et konkret og begrundet forslag til implementeringsplan. Afsnittet udarbejdes under hensyn til de i.....angivne forudsætninger.

Implementeringsplanen forventes at indeholde såvel forslag til tidsplan samt til projektplan, jf.....

[Faneblad 3]

Kontrakt.....

.....

2.2. Andre ydelser

Eventuelle aftaler om andre ydelser (f.eks. om uddannelse af kundens medarbejdere eller konsulentbistand) findes med angivelse af pris, indhold og omfang i bilag 8 og 8a.....

12.2. Svartider

Måling af svartider og kravene dertil, er fastsat i bilag 13.....

.....

13.3. Garanteret driftseffekt og svartider

.....

Leverandøren garanterer...for overholdelse af svartider.....

13.4. Garantiperiode

Alt udstyr og programmel, der leveres til kunden i henhold til nærværende kontrakt, er fra leveringsdagen undergivet leverandørens garanti. Garantiperioden løber min. 2 år fra overtagelsesdagen.....

.....

14.3. Bod

Hvis beregning af driftseffektivitet.....ikke opfylder det garanterede resultat, skal leverandøren betale en bod på.....

.....

[Faneblad 8]

Kontraktbilag nr. 8

.....

6. Indførings- og driftsstøtte

Leverandøren skal i forbindelse med ibrugtagning af systemet yde støtte til amtet på følgende områder.....

Indførings- og driftstøtten skal leveres af en fast stab af medarbejdere hos leverandøren og være til rådighed inden for den aftalte drifttid.

.....

Kontraktbilag nr. 8a

.....
 Kontraktbilaget indeholder leverandørens specifikation af andre ydelser.....opdelt på type, omfang og pris.

.....
 [Faneblad 13]
 Kontraktbilag 13

.....
 Svartider og måling af samme

.....
 1.2. Måling af svartider

.....
 Svartiderne vil blive kontrolleret ved en performancetest, når alle data er blevet etableret, således at målinger kan foretages så tæt på den endelige driftssituation som muligt. Svartidsmålingerne skal finde sted indenfor normal arbejdstid.....

Svartidsmålingen kan endvidere foretages under en spidsbelastning af systemet svarende til samtidig og intens anvendelse af 75% af de tilsluttede arbejdspladser.

De anvendte data- og transmissionsmængder...skal for at repræsentere spidsbelastningssituationen.....svare til.....

.....
 1.3. Specifikke svartidskrav

For svartiderne ved ekstern kommunikation må bidraget fra kommunikationsservere samt andet kommunikationsudstyr højst være.....

Svartiderne ved anvendelse af servere på lokalnettet til overførsel af filer eller til print.....må højst være.....

Den gennemsnitlige svartid på simpletransaktioner skal være mindre end.....

Den gennemsnitlige svartid for on-line print skal være mindre end.....

Den gennemsnitlige tid for opstart af klient og load af applikation på klient.....må ikke overskride.....

Den gennemsnitlige svartid for logon.....må ikke overskride.....

Der må ikke.....være flaskehalse i netværks/kommunikationsudstyr.....

.....«

Den 2. december 1998 afholdt amtet et informationsmøde for de prækvalificerede. I et efterfølgende brev af 4. december 1998, sagens bilag F (i bilagsmappe under faneblad 6), udtalte amtet:

».....

På informationsmødet den 2. december blev der stillet følgende spørgsmål, som vi hermed vil besvare.

1) Spørgsmål: Kan tidsplanen for implementering evt. forlænges?

Svar: Vi har set nærmere på tidsplanen og beskrevet mulighederne i vedlagte notat.

Som udgangspunkt må vi henstille at implementeringen finder sted den 1. august. Vi skal understrege, at vi i første omgang forventer at den centrale indkøbsfunktion idriftsættes først.

Som det fremgår af notatet vil amtet bestræbe sig på at forkorte vurderingsperioden mest muligt med det formål at størst mulig råderum til implementeringen.

.....

3) Spørgsmål: Må der ikke tages forbehold i kontrakten ?

Svar: Nej der må ikke tages forbehold i kontrakten men leverandørerne bør formulere evt. ønsker som forudsætninger, dette vil også gøre vurderings og godkendelsesfasen lettere og dermed kortere.

.....«

I det notat, der henvises til, og som er vedhæftet bilaget, er bl.a. anført:

»Amtet vurderer i øjeblikket konsekvenserne såfremt implementerings-
tidsplanen skulle rykkes til 1. september 1999, men umiddelbart virker
det ikke hensigtsmæssigt.«

Der blev afgivet tilbud fra 3 af de prækvalificerede, nemlig Visma, WM-data og en tredje virksomhed.

I Vismas tilbud, sagens bilag I (i bilagsmappe under faneblad 9), var bl.a. anført:

».....

[Indledning]

Visma Logistics har fornøjelsen at tilbyde Amtet et reelt standardsystem på linje med feks. Microsoft Word eller Exel. Alle brugere anvender den samme programversion. Visma Logistics anvendes af såvel sygehuse som virksomheder i industrien.....

.....

Da Visma Logistics er et standardprodukt ser vi os desværre ikke i stand til at imødekomme Københavns Amts kontraktuelle krav på nogle punkter, men vi tillader os at fremsende nærværende tilbud da vi mener at Vismas logistikkoncept besidder uovertrufne kvaliteter.....

.....

[s. 3]

Forslag til implementeringsplan
1999

Implementering start Umiddelbart efter kontraktunderskrift

Installation af Visma Logistics Primo maj

Datakonvertering og etablering af testdata Maj/juni

Undervisning af superbrugere August

Driftsstart CIK (Centralområdet) Primo september

Test og kontrolperiode CIK September

Forberedelse til sygehuse og institutioner Oktober, november, december

Implementering og igangsættelse på sygehuse og institutioner Januar, februar, marts (år 2000)

Det skal bemærkes, at systemet er i drift på centralområdet pr. 1. September, og det medfører, at Visma Logistics betjener hele amtet på det tidspunkt. Det vil sige de nuværende indkøbsrutiner kan bevares i overgangsperioden indtil det decentraliserede indkøbskoncept indføres i takt med at sygehusene og institutionerne forberedes til dette.

Visma ser frem til at få lejlighed til at præsentere Visma Logistics for Københavns Amt.

2.....

[s. 5]

Visma tilbyder en løsning baseret på klient/serverteknologi. Programmerne arbejder med en Sybase database som installeres på en database-server. Databaseserveren kan leveres af amtets foretrukne leverandør.....

.....

2.5 Specialudvikling

Københavns Amt stiller en række krav til funktionalitet som Visma indtil dato ikke har mødt hos kunderne. Visma er parat til at imødekomme Amtets ønsker og vil foreslå at de ønskede funktioner bliver implementeret i en aftalt prioriteret rækkefølge.....

.....

3. Beskrivelse af udstyr

Leverancen omfatter ikke udstyr. Der henvises til bilag 5 for oplysninger om minimumskrav. Det understreges at driftsmønsteret kan være afgørende for maskinvarens ydelse.

.....

4. Beskrivelser af basisprogrammel

Det er lidt uklart hvad der menes med hvad man forventer beskrevet under dette punkt. Visma Logistics har standard løsninger på denne problemstilling, som anvendes hos alle kunder. Kommunikation mellem databaseserver og arbejdsstation foregår via SQL-kald.

5.....

.....

5.2 Konsulenthjælp i projektføreløbet

Vismas konsulenter besidder betydelig ekspertise på fagområdet logistik. Vismas konsulenter vil stå til rådighed for KA efter ønske.

5.3

.....

5.4 Integration til økonomisystemet

Visma Logistics har programmeret integrationsmoduler til flere regnskabssystemer og ser ingen problemer i udveksling af data med Macconomy.

Hvilken information der skal udveksles mellem systemerne, er selvfølgelig afhængig af, hvilken information som findes i økonomisystemet. Det er vor erfaring, at en del af den integration, som kræves i logistiksystemet, normalt mangler i et økonomisystem, en entydig integration

mellem de to systemer er ikke mulig at beskrive på nuværende tidspunkt.

Integrationsmodellen fastlægges i samarbejde med Amtet's økonomiafdeling og repræsentanter fra PPU Maconomy.

5.5

.....

7. Forslag til projektorganisation

Visma udnævner en projektleder som sammen med Amtet's projektleder planlægger projektførløbet. Visma vil foreslå at der dannes arbejdsgrupper med deltagelse af Amtet's kommende superbrugere og medarbejdere fra Visma. Vismas indsats i projektførløbet vil variere, men vi har regnet med i gennemsnit to konsulenter plus en projektleder på deltid.

8. Forslag til implementeringsplan

Udarbejdes i detaljer efter kontraktsunderskrivelse

9. Prismodel

.....

Anvendelsesprogrammel [her nævnes priser for forskellige ydelser]

.....

Minimum følgende ydelser forventes prissat enkeltvis:

- Installation og konfiguration
- Konsulenthjælp i projektførløbet
- Konvertering af eksisterende data
- Integration til andre systemer.....
- Uddannelse
- Indførings- og driftsstøtte

[Herefter nævnes en samlet pris]

.....

10. Kontraktvilkår

Ved gennemlæsning af kontrakten er der en del punkter som ikke er relevante ved anvendelse af standardprogrammel, og som bør diskuteres. Visma kan dog ikke garantere maksimum responstider – programmets opetid er heller ikke målbar da der kan slukkes og startes igen for arbejdsstationen dersom denne "går ned". Et system med bøder kan derfor ikke anvendes. Med hensyn til fejlrettelser bør tidsangivelserne korrigeres. Visma betragter den fremsende kontrakt som et udkast. Visma ser ikke nogle væsentlige hindringer i kontrakten som kan karakteriseres som uoverkommelige, således at der ikke kan opnås enighed.

.....

Bilag 5

5. Specifikation af udstyr med priser

Leverancen omfatter ikke udstyr. Nedenfor er listet udstyr, godkendt af Leverandøren, som programvaren kan installeres på. Videre er nævnt mindstekrav for klienten.....

.....

Intel, Pentium Server vælges af amtet

.....

Klienten

Intel Pentium – PC med Windows 95 eller nyere

.....«

Efter tilbudenes afgivelse blev der givet de 3 tilbudsgivere lejlighed til en demonstration, og Vismas demonstration fandt sted den 15. januar 1999 (se sagens bilag K, i bilagsmappe under faneblad 11).

Amtets bedømmelsesudvalg vedrørende projektet vurderede i februar 1999 Vismas tilbud som ukonditionsmæssigt, men der blev ikke straks givet Visma underretning herom.

Ved brev af 1. marts 1999, sagens bilag L (i bilagsmappe under faneblad 12) rykkede Visma for en aftale om et referencebesøg. Endvidere blev sagen indbragt for Konkurrencestyrelsen. Efter at amtet havde indhentet en udtalelse fra sin advokat, sagens bilag O (i bilagsmappe under faneblad 15), udtalte amtet i et brev til Visma af 12. marts 1999, sagens bilag P (i bilagsmappe under faneblad 16):

».....

Københavns amt skal herved meddele....., at det af Visma fremsendte tilbud..... ikke kan betragtes som værende konditionsmæssigt.....idet tilbudet ikke lever op til de tidsmæssige krav til implementering, som amtet har opstillet i udbudsmaterialet samt krav om totalleverance.

Amtet.....har stillet krav om, at systemet – som minimum – skulle være i drift hos Centralindkøb 1. august 1999.....Vismas tilbud omfatter først idriftsættelse primo september 1999/1. september hos Centralindkøb.

Amtet har endvidere.....anmodet om et tilbud på en totalleverance omfattende såvel hardware som software. Visma's tilbud omfatter udelukkende software.

De to nævnte punkter, hvor tilbudet er ukonditionsmæssigt, medfører, at Københavns Amt er berettiget og forpligtet til at bortse fra Visma Logistics A/S tilbud.

Amtet har ikke taget stilling til om, der også er andre punkter, hvor tilbuddet vurderes som ukonditionsmæssigt.

.....«

Efter at Vismas advokat havde protesteret mod amtets karakterisering af Vismas tilbud som ukonditionsmæssigt, udtalte amtet i et brev til Visma af 30. marts 1999, sagens bilag 4 og T (sidstnævnte i bilagsmappe under faneblad 20):

».....kan det oplyses, at Amtet fortsat er af den opfattelse, at det...afgivne tilbud ikke er konditionsmæssigt.....

Omkring idriftsættelsestidspunkt skal det bemærkes, at Amtet.....har åbnet op for at der eventuelt kan foretages en faseopdelt implementering, men at tidspunktet 1. august 1999 er ufravigeligt i forhold til den centrale indkøbs- og lagerfunktion. Muligheden for en alternativ tidsplan vedrører således alene øvrige dele af amtets virksomhed.

.....

Udover, hvad der er anført i brevet af 12. marts 1999 og ovenfor, skal der f.eks. henvises til den omstændighed, at Visma Logistics ikke vil indestå for svartider og ikke kan acceptere betaling af bod.

Af yderligere forhold, som efter amtet umiddelbare opfattelse ligeledes medvirker til at tilbuddet vurderes som ukonditionsmæssigt, skal nævnes:

- Tilbuddet omfatter ikke en beskrivelse af den påtænkte integration til amtets økonomisystem, f.eks. hvilke data, som skal udveksles o.lign.,
- tilbuddet indeholder ikke et konkret forslag til implementeringsplan og projektorganisation,
- tilbuddet forholder sig ikke til driftstid i forbindelse med vedligeholdelsesaftale/support,
- tilbuddet indeholder ikke en beskrivelse af konsulentbistanden i implementeringsperioden,
- der tages kontraktmæssige forbehold,
- tilbuddets form lever ikke op til de krav, som Amtet har stillet i udbudsmaterialets kapitel 5,
- det er uklart, hvilke ydelser, som er omfattet af den faste pris/om der er tale om et fastpristilbud,
- det er uklart, hvilke ydelser og omfanget heraf, som er indeholdt under tilbuddets »andre ydelser.

.....«

Fra WM-datas tilbud, sagens bilag V, kan nævnes:

».....

[Indledning]

.....

WM-data tilbyder på dette projekt en logistik- og indkøbsløsning baseret på standardsystemet Oracle Applications. Vort løsningsforslag lever i meget stort omfang op til amtets krav.....Det skal også bemærkes, at WM-data er indstillet på hurtigt at igangsætte projektet og vil kunne leve op til amtets krav om implementering af en løsning på meget kort tid og dermed idriftssætte til 1.8.1999.

.....

1.3. Implementeringskoncept

Ved etablering af forslag til implementeringsplan har WM-data valgt at lægge stor vægt på amtets ønske om en hurtig idriftsættelse. Projektet tager udgangspunkt i WM-datas projekteringsmodel Ratten.

I umiddelbar forlængelse af projektstart gennemføres uddannelse af projektdeltagerne. WM-data har fundet det nødvendigt med et udviklings-, test og produktionsmiljø.

Projektet fortsætter herefter fire sideløbende spor: Workshops, udvikling af integrationer, udvikling af konverteringsprogrammel, samt udvikling af udvidelser. Disse aktiviteter gennemføres i udviklingsmiljøet.

.....

2.1.2 Et tæt integreret system

[Her følger et antal sider med beskrivelser af systemets funktion]

.....

2.5.2. Etablering af interfaces til amtets økonomisystem

[Her følger en beskrivelse over nogle sider]

.....

3. Beskrivelse af udstyr

I dette kapitel beskrives det udstyr, som WM-data anbefaler til drift af løsningen hos amtet.

3.1. Anbefalet server konfiguration

Konfigurationen består af en applikationsserver.....Desuden opsættes en databaseserver.....

.....

WM-datas tilbud baseres på levering af IBM RS/6000 servere.

[Her følger en beskrivelse af 2 servere.]

.....

3.2. Anbefalet klientkonfiguration

.....

4. Beskrivelse af basisprogrammel

[Her følger en beskrivelse på en side]

5. Beskrivelse af øvrige ydelser

[Her følger over et antal sider en beskrivelse af installation og konfigurering, konsulenthjælp, konvertering, integration, uddannelse og indførrings- og driftstøtte.]

.....

7. Forslag til projektorganisation

[Her følger en gennemgang på et antal sider]

8. Implementeringsplan

.....

For at sikre ibrugtagning af systemet den 1.8.1999 opdeles projektet i 4 parallelle forløb:

[Herefter følger over mange sider en detaljeret implementeringsplan]

.....

9. Prismodel

WM-data er indstillet på at der gives fastpris på hovedelementerne i aftalen.....

[Her følger en detaljeret liste over priser på forskellige ydelser og en samlet pris]

.....

10. Kontraktvilkår

.....

WM-data har følgende standard/forbehold/forudsætninger/ændringsforslag til det vedlagte kontraktsforslag. WM-data vil foreslå at disse gennemgås i forbindelse med aftaleafklaringerne.

[Her følger 14½ tætskrevne sider med opregning af over 60 forskellige punkter.]

.....

[Faneblad 13]

Kontraktbilag 13: Svartider

.....

WM-data og standardsystems leverandøren Oracle er indstillet på at diskutere og afklare indhold i et kontraktbilag vedrørende svartider. Der må dog opsættes klare forudsætninger for svartiderne og måling af disse.....

.....«

Amtets kontrakt med WM-data, sagens bilag X, indeholder på forskellige punkter afvigelser fra udbudsbetingelserne. Dette gælder således:

- Kontrakten indeholder i pkt. 13.3 en garanti vedrørende svartider, men i kontraktbilag 13 under faneblad 13 er opstillet en række forudsætninger for målinger af svartider, og det anføres bl.a., at de fleste af de funktioner, med hensyn til hvilke der skal måles svartider, ikke er fastlagt på kontrakttidspunktet. I nogle af kontraktens afsnit om bod, pkt. 14.3, henvises til disse bestemmelser.
- I henhold til kontraktens pkt. 13.4 løber leverandørens garanti for udstyr og programmmel i 1 år fra overtagelsesdagen.
- I kontraktbilag 1, faneblad 1, anføres tidspunktet for produktionsstart til 31. august 1999.

Det er oplyst, at kontrakten med WM-data omfatter levering af hardware, men at serviceringen foretages af IBM. For servicering efter garantiperiodens udløb betaler amtet direkte til IBM.

I tilbudet fra den tredje tilbudsgiver, sagens bilag U, var under punkt 10.3 med overskriften »Forbehold til kontrakt« opstillet forslag til ændringer til en lang række bestemmelser i kontrakten i udbudsbetingelserne. Under pkt. 10.4 var anført, at kontraktbilagene i tilbudet havde taget udgangspunkt i nogle standardiserede bilag, at nogle bilag kunne afvige fra den af amtet ønskede standard, og at enkelte bilag indeholdt specifikke forbehold.

Der er fremlagt et antal bilag ud over de nævnte, herunder en udtalelse fra Konkurrencestyrelsen.

Amtet har efter det oplyste foretaget en vurdering af alle de 3 afgivne tilbud i henhold til tildelingskriteriet. Ved denne vurdering skulle WM-datas tilbud havde opnået det højeste antal points og Vismas det laveste. Der er ikke fremkommet nærmere oplysninger om denne vurdering eller om baggrunden for, at amtet således tilsyneladende har vurderet Vismas tilbud i realiteten uanset karakteriseringen som ukonditionsmæssigt.

Knut Holthe har som repræsentant for Visma bl.a. forklaret: Svartider er afhængige af mange faktorer. Visma har ikke tidligere været ude for et krav om garanti for svartider, selvom har Visma har leveret mange store systemer. Visma er et rent softwarefirma.

Jens Harder, der er økonomichef i amtets centralforvaltning, har bl.a. forklaret: Økonomichef Jens Harder ledede informationsmødet den 2. december 1998. Hovedpunktet var, om man kunne forlænge tidsplanen. Økonomichef Jens Harder sagde, at han ville gøre alt for at afkorte vurderingsfasen, idet det bestående system ikke kunne overleve årtusindskiftet. Ved en senere lejlighed præsenterede Visma sin løsning for amtets bedømmelsesudvalg. Økonomichef Jens Harder havde indtryk af, at der var en klar søgning på at komme i dialog med amtet, hvilket han afviste. På et møde i amtets bedømmelsesudvalg i februar 1999 var der enighed om, at Vismas tilbud ikke var konditionsmæssigt. Man lagde derfor Vismas tilbud til side og foretog ikke referencebesøg vedrørende Vismas system, men indskrænkede sig til referencebesøg vedrørende de andre tilbudsgiveres systemer. Bedømmelsesudvalget indstillede senere, at WM-datas tilbud antoges, hvilket tiltrådtes af amtets økonomiudvalg i april 1999. Før underskriften af kontrakten med WM-data havde amtet 4 møder med WM-data. Man havde ikke møder med WM-data forinden.

Jette Sylow har bl.a. forklaret: Hun er amtets projektleder for projektet. Hun kom reelt først ind i projektet i januar 1999. Ændringen af tidsplanen skyldtes, at amtet ikke kunne underskrive kontrakten på det forudsatte tidspunkt, primært fordi sagen blev forsinket ved, at Konkurrencestyrelsen på baggrund af en henvendelse blev inddraget i sagen. Ingen forestillede sig, at man kunne installere det nye system på amtets eksisterende servere. Det ville være en helt utopisk tanke. Garantiperioden blev i kontrakten med WM-data reduceret til 1 år, fordi WM-datas prissætning af en garanti på 2 år var så høj, at en 2-årig garanti blev for dyr.

De afgivne forklaringer har også angået nogle øvrige spørgsmål, der findes uden betydning for Klagenævnets sag.

Parterne har i påstandsdokumenter og processkrifter samt under den mundtlige forhandling gjort rede for deres synspunkter.

Vismas anbringender går i absolutte hovedtræk ud på: Det afgørende for, om amtets karakterisering af Vismas tilbud har været berettiget, må være de 2 begrundelser, som amtet oprindeligt anførte til støtte herfor, dvs. tidsplanen i Vismas tilbud og det forhold, at Vismas tilbud ikke omfattede hardware. Ingen af disse begrundelser er imidlertid holdbare. Udbudet indeholdt ikke et ufravigeligt krav om idriftsætning 1. august 1999, og udbudsbetingelserne stillede ej heller krav om, at der nødvendigvis skulle leveres hardware. De supplerende begrundelser, som amtet senere fremkom med, må være af mindre betydning, men er heller ikke holdbare. Endvidere må det antages, at WM-datas tilbud var ukonditionsmæssigt, og Klagenævnet opfordres til nærmere at gennemgå dette tilbud. Kontrakten med WM-data indeholder således mange ændringer i forhold til udbudsbetingelserne, og amtet synes at have ført forhandlinger med WM-data i strid med EU's forhandlingsforbud. Ved afgørelsen af spørgsmålet om sagsomkostninger må henses til, at der måtte holdes en procedure om aktindsigt, og at amtet kunne have sparet Visma for mange udgifter, hvis man havde meddelt Visma vurderingen af Vismas tilbud som ukonditionsmæssigt med det samme.

Amtets synspunkter går i absolutte hovedtræk ud på: Vurderingen af Vismas tilbud som ukonditionsmæssigt var berettiget, jf. de begrundelser, som amtet har givet herfor. WM-datas tilbud har været konditionsmæssigt. Der har været foretaget visse forhandlinger med WM-data efter amtets beslutning om at tildele WM-data kontrakten. Sådanne forhandlinger har været uundgåelige som følge af opgavens størrelse og karakter. Ændringerne i kontrakten i forhold til udbudsbetingelserne er sket inden for den ramme, der blev lagt i WM-datas tilbud, og ikke alle WM-datas ønsker er fulgt. Der er tale om rimelige, ikke væsentlige, ændringer, og der er ved EU-udbud adgang til at tage forbehold om ikke væsentlige spørgsmål. Ved væsentlighedsvurderingen bør der henses til, at det drejer sig om en IT-kontrakt, der angår komplekse ydelser med store forskelligheder mellem leverandørerne, og der foreligger inden for IT-området ikke en standardkontrakt udformet med hensyntagen til begge parter interesser. Der kan ikke indgås en IT-kontrakt af nogen størrelse uden et forhandlingsforløb. Der bør ikke tillægges Visma sagsomkostninger.

Klagenævnet udtaler:

Generelle bemærkninger om tilbud, der afviger fra et udbud

Hvis et tilbud på grundlag af et EU-udbud afviger fra udbudet, må følgende antages at gælde, hvorved bemærkes, at det må være uden betydning, om afvigelsen benævnes forbehold:

Hvis afvigelsen angår et eller flere grundlæggende elementer i udbudet, følger det af EU's ligebehandlingsprincip, at udbyderen har pligt til ikke at tage tilbudet i betragtning.

Hvis afvigelsen ikke angår et grundlæggende element, har udbyderen ret, men ikke pligt, til at ikke tage tilbudet i betragtning, dvs. at udbyderen ikke overtræder ligebehandlingsprincippet ved ikke at tage tilbudet i betragtning, men at udbyderen heller ikke overtræder ligebehandlingsprincippet ved at tage tilbudet i betragtning. Hvis udbyderen vælger at tage tilbudet i betragtning, følger det imidlertid af ligebehandlingsprincippet, at udbyderen skal foretage en sagligt gennemført prissætning af afvigelsen.

Flere ikke grundlæggende elementer i et udbud vil efter omstændighederne kunne udgøre et grundlæggende element tilsammen, således at udbyderen har pligt til ikke at tage tilbud, der afviger fra dem alle, i betragtning.

Ovenstående forudsætter, at de forhold, der er tale om, kan karakteriseres som egentlige afvigelser fra udbudet.

I det nedenstående anvendes af sproglige nemhedsgrunde og i overensstemmelse med den danske licitationsretlige tradition udtrykket »ukonditionsmæssigt« om tilbud, der afviger fra et eller flere grundlæggende elementer i et udbud med den konsekvens, at udbyderen har ret og pligt til ikke at tage tilbudet i betragtning.

Generelle bemærkninger om det udbud, som sagen angår

Det aktuelle udbud bærer præg af en uklar og upræcis beskrivelse af det udbudte.

Udbudsbetingelsernes punkt 4.5 gav således tilsyneladende ubegrænset mulighed for, at tilbudsgiverne kunne foreslå ændringer i forhold til udbudsbetingelserne, og amtets brev af 4. december 1998 indeholdt en uklar bemærkning af usikker rækkevidde om, at der ikke måtte tages forbehold, men at tilbudsgiverne burde formulere eventuelle ønsker som forudsætninger. Udbudet var for så vidt egnet til at bibringe tilbudsgiverne den opfattelse, at amtet var indstillet på at forhandle om ydelsens art og omfang og om

kontraktvilkårene, uanset at udbudet var bekendtgjort som begrænset udbud.

Desuden indeholdt udbudet modstridende angivelser med hensyn til tidsplan og hardware, og udbudsbetingelsernes angivelser om svartider var reelt uden mening, jf. nedenfor ad påstand 1.

De begrundelser, som amtet gav for karakteriseringen af Vismas tilbud som ukonditionsmæssigt, blev endvidere ikke alle givet fra begyndelsen, og den første begrundelse var uholdbar, jf. nedenfor ad påstand 1. Der synes således hos amtet selv at have været usikkerhed med hensyn til, hvad udbudet nærmere gik ud på.

Amtet har således overtrådt den regel, der må anses indeholdt i EU's udbudsregler, om at et udbud skal indeholde en nøjagtig beskrivelse af det udbudte, og udbudet synes for så vidt at have været uegnet til at danne grundlag for tilbudsafgivelse. Udbudet har tilsyneladende heller ikke overholdt kravet i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 24, stk.1, om at der skal være fastsat mindstekrav for alternative bud.

Det må videre konstateres, at alle de afgivne tilbud afveg væsentligt fra udbudsbetingelserne, jf. nedenfor, hvilket bekræfter, at udbudet synes at have været uegnet til at danne grundlag for tilbud. Endvidere bekendtgjorde amtet udbudet som begrænset udbud, men gennemførte det i realiteten, som om der var adgang til at forhandle med VM-data alene. En sådan fremgangsmåde er i strid med de EU-retlige regler om begrænset udbud og er også i strid med reglen i Tjenesteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 2, a) om udbud efter forhandling, når der ikke er indkommet forskriftsmæssige tilbud. Denne regel kunne muligt have været anvendt i situationen, men er ikke påberåbt af amtet og er som anført heller ikke overholdt.

Udbudet og dets gennemførelse kan for så vidt siges at være fundamentalt i strid med EU's udbudsregler og dermed helt uegnet til at danne grundlag for indgåelse af kontrakt. Klagenævnet har derfor overvejet at annullere amtets beslutninger om at gennemføre udbudet i den anvendte form og om at indgå kontrakt med WM-data. Nævnet har imidlertid navnlig henset til, at kontrakten med WM-data nu må formodes at være opfyldt i det væsentligste, og at en annulation af amtets beslutning om at indgå kontrakt med WM-data derfor ville medføre et samfundsmæssigt værdispild, som ikke ville stå i rimeligt forhold til Vismas interesse i en annulation på nuværende tidspunkt. Klagenævnet har derfor fundet det rigtigst ikke at træffe afgørelse som nævnt.

De omtalte forhold må imidlertid medføre, at der har skullet meget til, for at et tilbud med rette kunne vurderes som ukonditionsmæssigt (se definitionen af dette ord ovenfor). Klagenævnet har dog lagt til grund, at udbudsbetingelserne trods alt indeholdt en central bestanddel af elementer, der hver for sig eller tilsammen var grundlæggende, således at tilbud har været ukonditionsmæssige, hvis de afveg fra disse elementer.

De omtalte forhold må yderligere medføre, at der har skullet særligt meget til, for at kun et enkelt tilbud med rette kunne vurderes som ukonditionsmæssigt.

Klagenævnets stillingtagen til Vismas påstande og de nedenstående bemærkninger i øvrigt skal ses på den anførte baggrund.

Om Vismas påstande

Ad påstand 1.

Ikke alle de forhold, som amtet har påberåbt sig til støtte for sin vurdering af Vismas tilbud som ukonditionsmæssigt, kan betegnes som afvigelser fra udbudet.

Dette gælder således med hensyn til tidsplanen, dvs. at Vismas tilbud gik ud på idriftsættelse senere end 1. august 1999. Udbudsbetingelserne stillede nok krav om idriftsættelse 1. august 1999, men dette krav blev reelt fraveget ved amtets brev af 4. december 1998, hvor amtet brugte formuleringen »Som udgangspunkt må vi henstille.....« om dette spørgsmål.

Det anførte gælder også med hensyn til, at Vismas tilbud ikke omfattede hardware. Udbudsbetingelserne stillede ganske vist tilsyneladende et klart krav om, at tilbudene skulle omfatte hardware, men efter udbudsbekendtgørelsen kunne der bydes på en del af ydelsen, og dette ses ikke at være udtrykkeligt fraveget i udbudsbetingelserne. Tværtimod anførtes i udbudsbetingelserne, at amtet foretrak en leverandør, som var i stand til at levere samtlige ydelser, hvilket naturligt må forstås sådan, at der konditionsmæssigt kunne gives tilbud på fx software alene. Det er derfor uklart, hvad udbudet gik ud på vedrørende det pågældende punkt, og risikoen for denne uklarhed må påhvile amtet.

Amtets oprindelige begrundelse for vurderingen af Vismas tilbud som ukonditionsmæssigt, dvs. tidsplanen og at Vismas tilbud ikke omfattede hardware, var således uholdbar.

Det anførte gælder endvidere med hensyn til svartider. Ingen IT-leverandør kan afgive garanti for svartider, uden at der er opstillet meget omfattende, præcise og detaljerede forudsætninger for målingen af svartiderne, og dette gælder ikke mindst i et tilfælde som det foreliggende, hvor den ønskede IT-leverance skulle kobles til amtets eksisterende net og integreres med amtets økonomisystem og desuden skulle kunne køre samtidig med en lang række andre eksisterende programmer og øjensynligt skulle kunne udveksle data med disse. Kravet i udbudsbetingelserne om garanti for svartider var derfor reelt uden mening, således som det var udformet, hvorfor det ikke kan karakteriseres som en afvigelse fra udbudsbetingelserne, at Vismas tilbud ikke indeholdt garanti for svartider.

Vismas tilbud indeholdt imidlertid afvigelser fra udbudsbetingelserne på en række punkter. Dette gælder således med hensyn til beskrivelse af basisprogrammel, konsulentbistand, integration til økonomisystemet, forslag til projektorganisation og forslag til implementeringsplan, idet angivelserne i tilbudet på disse punkter var ganske kortfattede og til dels intetsigende og langt fra opfyldte kravene i udbudsbetingelserne, således som disse naturligt må forstås. Hertil kommer, at det ikke fremgår tydeligt af prisangivelserne i tilbudet, i hvilket omfang de angivne priser skal forstås som faste, og at tilbudet for så vidt kan forstås som afvigende fra udbudsbetingelsernes krav om faste priser.

Endvidere bærer Vismas tilbud præg af, at Visma tilsyneladende opfattede udbudsbetingelserne som et rent forhandlingsoplæg, og at Visma manglede forståelse for, hvad EU-udbud går ud på, og hvordan tilbud ved EU-udbud skal udformes. Kortfattetheden i Vismas tilbud på en række punkter, jf. ovenfor, synes at være et udslag heraf. Forholdet fandt endvidere et markant udtryk i bemærkningerne i tilbudet om, at Visma ikke så sig i stand til at imødekomme amtets kontraktuelle krav på nogle punkter, og om, at man opfattede kontrakten i udbudsbetingelserne som et udkast. Hvis en tilbudsgiver ved et EU-udbud udviser en sådan holdning, kan denne holdning efter omstændighederne i sig selv berettige en karakterisering af tilbudet som ukonditionsmæssigt, og der skal i hvert fald ikke meget mere til for at gøre en sådan karakterisering berettiget.

De elementer i udbudsbetingelserne, som Vismas tilbud afveg fra, må, også på baggrund af den beskrevne holdning i tilbudet, i hvert fald tilsammen betegnes som grundlæggende. Amtet har derfor været berettiget og forpligtet til ikke at tage Vismas tilbud i betragtning, og det er uden betydning i denne sammenhæng, at amtet ikke fra begyndelsen henviste til de omhand-

lede forhold som begrundelse for vurderingen af Vismas tilbud som ukonditionsmæssigt. Påstand 1 tages herefter ikke til følge.

Ad påstand 2.

WM-datas tilbud indeholdt afvigelser fra en meget lang række elementer i udbudsbetingelserne, og de pågældende elementer må i hvert fald tilsammen betegnes som grundlæggende, jf. bemærkningerne ovenfor om pkt. 10 i WM-datas tilbud. Amtet har således været berettiget og forpligtet til ikke at tage WM-datas tilbud i betragtning, og det har derfor været en overtrædelse af det EU-retlige ligebehandlingsprincip, at amtet desuagtet tog WM-datas tilbud i betragtning.

Hertil kommer, at der som anført ovenfor under de generelle bemærkninger om det udbud, som sagen angår, under de foreliggende omstændigheder har skullet særligt meget til for kun at karakterisere et enkelt tilbud, dvs. Vismas tilbud, som ukonditionsmæssigt. Der ses imidlertid ikke at være sådanne forskelle mellem afvigelserne fra udbudsbetingelserne i Vismas tilbud og i VM-datas tilbud, at der har været grundlag for en forskellig holdning til konditions-mæssigheden af de 2 tilbud. At amtet har taget WM-datas tilbud i betragtning samtidig med, at man karakteriserede Vismas tilbud som ukonditions-mæssigt, har derfor været en særlig overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, og amtets overtrædelse af ligebehandlingsprincippet i forhold til Visma må i det hele karakteriseres som grov.

Påstand 2 tages herefter til følge, dog med formulering som nedenfor.

Ad påstand 3.

Forhandlingerne mellem amtet og WM-data efter amtets beslutning om at tildele WM-data ordren har muligvis været en overtrædelse af det EU-retlige forhandlingsforbud. Klagenævnet finder imidlertid ikke anledning til selvstændigt at beskæftige sig med dette spørgsmål, der udgør første led i påstand 3, efter at Klagenævnet har konstateret, at amtet ikke har været berettiget til at tage WM-datas tilbud i betragtning, jf. ovenfor ad påstand 2. Klagenævnet har endvidere ovenfor ad påstand 2 taget stilling til det andet led i påstand 3. Klagenævnet finder herefter ikke anledning til at tage selvstændig stilling til påstand 3.

Ad påstand 4.

Der henvises til bemærkningerne om sagsomkostninger nedenfor.

Om tilbudet fra den tredje tilbudsgiver

Også tilbudet fra den tredje tilbudsgiver indeholdt afvigelser fra en længere række elementer i udbudet, og disse elementer må i hvert fald tilsammen betegnes som grundlæggende. Amtet har herefter været berettiget og forpligtet til heller ikke at tage dette tilbud i betragtning. Alle de afgivne tilbud afveg således fra udbudsbetingelserne i et sådant omfang, at amtet var forpligtet til ikke at tage nogen af tilbudene i betragtning.

Om sagsomkostninger m.v.

Visma får reelt medhold i en væsentlig del af klagen. Hertil kommer, at amtets oprindelige begrundelse for karakteriseringen af Vismas tilbud som ukonditionsmæssigt var uholdbar, jf. ovenfor ad påstand 1, og Visma har allerede af denne grund haft føje til at indbringe sagen for Klagenævnet. Det pålægges herefter amtet i medfør af § 13 a i Lov om Klagenævnet for Udbud at betale sagsomkostninger til Visma med et skønsmæssigt fastsat beløb som nedenfor bestemt.

Klagegebyret tilbagebetales.

Herefter bestemmes:

Påstand 1 fra klageren, Visma Logistics ASA, tages ikke til følge.

Klagenævnet konstaterer, at indklagede, Københavns amt, har overtrådt EU's ligebehandlingsprincip ved at indgå kontrakt med WM Data A/S og ved at tage tilbudet fra WM Data A/S i betragtning samtidig med, at man ikke tog klagerens tilbud i betragtning.

Klagenævnet finder ikke anledning til at tage selvstændig stilling til klagerens påstand 3.

Indklagede, Københavns Amt, skal i sagsomkostninger til klageren, Visma Logistics ASA, betale 100.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelse af denne kendelses.

Klagegebyret tilbagebetales.

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig