

K E N D E L S E

Formpipe Software A/S
(advokat Jeppe Lefevre Olsen)

mod

Greve Kommune, Guldborgsund Kommune, Holbæk Kommune, Kalundborg Kommune, Køge Kommune, Lejre Kommune, Næstved Kommune, Odsherred Kommune, Ringsted Kommune, Roskilde Kommune, Slagelse Kommune og Vordingborg Kommune
(advokat Vibeke Fabricius Nordlander)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 199-451411 af 12. oktober 2018, offentliggjort den 16. oktober 2018, udbød Greve Kommune, Guldborgsund Kommune, Holbæk Kommune, Kalundborg Kommune, Køge Kommune, Lejre Kommune, Næstved Kommune, Odsherred Kommune, Ringsted Kommune, Roskilde Kommune, Slagelse Kommune og Vordingborg Kommune ("kommunerne"), der var gået sammen i regi af Digitaliseringsforening Sjælland (DIGIT), som et fælles, begrænset udbud efter udbudsloven en kontrakt om anskaffelse af et ESDH-system som en service (elektronisk sags- og dokumenthåndteringssystem) til en anslået værdi af 177 mio. kr. Kontrakten skulle løbe i 6 år med mulighed for forlængelse i op til 2 år.

Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation den 13. november 2018 havde 6 ansøgere anmodet om deltagelse i udbuddet. Alle ansøgere blev vurderet egnede og konditionsmæssige. 5 ansøgere blev i henhold til udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.9) opfordret til at afgive tilbud.

Ved tilbudsfristens udløb den 17. januar 2019 var der indkommet 5 tilbud, herunder fra Formpipe Software A/S ("Formpipe").

Den 12. april 2019 besluttede kommunerne, at de agtede at indgå kontrakt med Fujitsu A/S ("Fujitsu").

Inden for den oprindelige standstillperiode klagede Formpipe over denne beslutning til Klagenævnet for Udbud, der den 23. maj 2019 afsagde delkendelse om, at der på det foreløbigt foreliggende grundlag var udsigt til, at påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen af 12. april 2019 ville blive taget til følge, da betingelsen om fumus boni juris var opfyldt.

Den 3. juni 2019 annullerede kommunerne tildelingsbeslutningen, og Formpipe tilbagekaldte klagen.

Kommunerne genoptog efterfølgende evalueringen på baggrund af samme udbudsmateriale.

Ved brev af 30. september 2019 til Formpipe meddelte kommunerne, at de agtede at indgå kontrakt med Fujitsu. Kontrakt blev indgået den 29. oktober 2019.

Den 20. december 2019 indgav Formpipe klage til Klagenævnet for Udbud over kommunerne. Klagen har været behandlet skriftligt.

Formpipe har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at kommunerne har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have sammenlignet de indkomne priser, selvom tilbuddenes indhold var væsentligt forskelligt og usammenligneligt, idet ikke alle tilbud opfyldte krav 42 i bilag 1B, Appendix B om levering af fremtidige integrationer med komponenter i den kommunale rammearkitektur inden for servicevederlaget, og idet fremtidige integrationer udgør en stor økonomisk risiko for tilbudsgiverne.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at kommunerne har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at afvise Fujitsus tilbud som ukonditionsmæssigt, selvom tilbuddet i besvarelsen af krav 5-12 indeholdt forbehold, som ikke kunne prissættes.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere kommunernes beslutning om at tildele den udbudte kontrakt til Fujitsu.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal afgive foreløbig udtalelse, jf. lov om Klagenævnet for Udbuds § 14 a, om, at der ikke foreligger særlige forhold, der tilsiger, at kontrakten videreføres, jf. udbudslovens § 185, stk. 2.

Formpipe har taget forbehold for senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Kommunerne har vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge, subsidiært at Klagenævnet for Udbud skal afgive foreløbig udtalelse, jf. lov om Klagenævnet for Udbuds § 14 a, om, at der foreligger særlige forhold, der tilsiger, at kontrakten videreføres, jf. udbudslovens § 185, stk. 2.

Klagenævnet har den 23. december 2019 meddelt kommunernes kontrakt-part, Fujitsu, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Fujitsu har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Ved udbudsbekendtgørelse 2018/S 199-451411 af 12. oktober 2018, offentliggjort den 16. oktober 2018, udbød kommunerne som anført en kontrakt om anskaffelse af et ESDH-system som en service (elektronisk sags- og dokumenthåndteringssystem) til en anslået værdi af 177 mio. kr. Kontrakten skulle løbe i 6 år med mulighed for forlængelse i op til 2 år.

I udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.4) vedrørende beskrivelse af udbuddet er blandt andet anført:

”Udbuddet omfatter en Kontrakt, der indeholder elementer af såvel en offentlig kontrakt som en rammeaftale, idet Kontrakten både omfatter Leverandørens pligt til at levere det ovenfor angivne, ligesom der vil indgå et element af en rammeaftale i forbindelse med de ordregivende myndigheders muligheder for i kontraktperioden at tilkøbe nærmere angivne af hoc ydelser til de fastsatte timepriser for ad hoc bistand.”

Af pkt. II.2.9) i udbudsbekendtgørelsen fremgår, at antallet af ansøgere, der ville blive opfordret til at afgive bud, forventedes at være 5, og at der ville ske en begrænsning hertil, såfremt der blev modtaget flere egnede anmodninger end det fastsatte tal.

Af udbudsbetingelserne fremgår blandt andet:

”9. TILDELINGSKRITERIUM

Tildeling af Kontrakten vil ske til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, vurderet på grundlag af tildelingskriteriet ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet”.

Tildelingskriteriet ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet” indeholder følgende underkriterier med følgende vægtning:

- Kvalitet (35 %)
- Pris (20 %)
- Vedligeholdelse, videreudvikling og servicemål (20 %)
- Metode og proces (15 %)
- Kontraktlige vilkår (10 %)

Mindstekrav indgår ikke i tilbudsvurderingen.

Ved vurderingen af underkriteriet ”Kvalitet” lægges vægt på følgende:

- I hvilket omfang og med hvilket indhold Kundens krav i bilag 1A opfyldes med standardprogrammel og således minimerer behovet for specialudvikling eller specielle tilretninger, idet det vurderes positivt med højest mulig opfyldelse via standardprogrammel. I vurderingen indgår ligeledes, hvorvidt Kundens krav er opfyldt på tilbudstidspunktet eller på Ibrugtagningdagen for Bølge 1, idet det vurderes positivt, at Kundens krav er opfyldt på tilbudstidspunktet.

- I hvilket omfang og med hvilket indhold tilbudsgivers krav i bilag 1A1 (Kommunespecifikke forhold) fremstår som velbegrundede og relevante for at sikre en stabil afvikling af Systemet. Det vægter positivt, at omfanget af krav fra Leverandøren til den enkelte Kommunes hardware og programmel er lille, og at tilbudsgiver alene anlægger få forventninger til ændringsbehov ved etablering af integrationer i den enkelte Kommune, jf. tilbudsgivers krav i bilag 1A1, Appendiks A.
- I hvilket omfang og med hvilket indhold der leveres en effektiv uddannelse og et Fælles Innovationsmiljø, testmiljø samt uddannelsesmiljø, der understøtter Kundens ibrugtagning, anvendelse og optimering af Systemet ud fra de nedenfor angivne krav hertil, jf. bilag 1A, idet det vurderes positivt, at de angivne krav imødekommes:

Afsnit	Krav
2.2	[OPTION] Fælles Innovationsmiljø
2.3	Testmiljø
2.4	Uddannelsesmiljø
5.1	Uddannelse

- I hvilket omfang og med hvilket indhold der etableres en effektiv og smidig håndtering af integration til øvrige systemer/registre og skabes en effektiv interaktion i relation til rammearkitekturen og mobile platforme ud fra de nedenfor angivne krav hertil, jf. bilag 1A, idet det vurderes positivt, at de angivne krav imødekommes, og herunder særligt en velfungerende integration i relation til krav 18 vedr. Støttesystemet Adgangsstyring for Systemer.

Afsnit	Krav
3	Systemets integration med eksterne systemer
3.1	Generelle integrationskrav
3.2	Integrationer
3.3	Krav vedr. Rammearkitekturen
4.2	Integrationer
8	Adgang til Systemet via mobile platforme

- I hvilket omfang og med hvilket indhold tilbudsgiver etablerer en effektiv og smidig konvertering og aflevering/arkivering af data ud fra de nedenfor angivne krav hertil, jf. bilag 1A, idet det vurderes positivt, at de angivne krav imødekommes:

Afsnit	Krav
4.1	Konvertering
6	Krav til arkivering
7	Krav til konvertering

- I hvilket omfang og med hvilket indhold der etableres en effektiv og smidig understøttelse af sagsbehandlers og leders håndtering af dokumenter, sager samt mails ind og ud fra Systemet, herunder integrationen til e-mailprogram samt søgning i dokumenter og sager, rapportering, håndtering af navne- adresseoplysninger, herunder også understøttelse af hjemmearbejde, brugervenlighed, tilgængelighed og registrering ud fra de nedenfor angivne krav hertil, jf. bilag 1A, idet det vurderes positivt, at de angivne krav imødekommes:

Afsnit	Krav
9	Sags- og dokumentproduktion
12	Krav til søgning
14	Andre krav
15	Krav til registrering af navne- og adresseoplysninger
16	Krav til registreringssystematikker (journalplan)

I hvilket omfang og med hvilket indhold der etableres en effektiv og smidig håndtering af workflows samt overblik ud fra de nedenfor angivne krav hertil, jf. bilag 1A, idet det vurderes positivt, at de angivne krav imødekommes:

Afsnit	Krav
10	Overblik
11	Workflow

- I hvilket omfang og med hvilket indhold der etableres en effektiv og smidig håndtering af møder og produktion af dagsordner ud fra

de nedenfor angivne krav hertil, jf. bilag 1A, idet det vurderes positivt, at de angivne krav imødekommes:

Afsnit	Krav
13	Krav til Møde/dagsorden

- I hvilket omfang og med hvilket indhold optionen vedrørende byggesager skaber en effektiv interaktion i relation til håndtering af byggesager og deres data og processer ud fra de nedenfor angivne krav hertil, jf. bilag 1A, idet det vurderes positivt, at de angivne krav imødekommes:

Afsnit	Krav
17	Byggesagsmodul (Option)

- I hvilket omfang og med hvilket indhold der etableres en effektiv og sikker, smidig og lovlig administration af Systemet ud fra de nedenfor angivne krav hertil, jf. bilag 1A, idet det vurderes positivt, at de angivne krav imødekommes:

Afsnit	Krav
18	Systemadministration
19	Sikkerhed
20	Brugeradministration
21	Generelle lovgivningsmæssige krav

...

11. MINDSTEKRAV OG FORBEHOLD

Et mindstekrav er et krav, som ubetinget skal opfyldes og overholdes, idet fravigelser herfra ikke accepteres. Der kan således ikke tages forbehold over for krav, der er gjort til mindstekrav.

Tilbudsgiver skal respektere følgende mindstekrav:

...

- De i bilag 8 (Priser) angivne mindstekrav

...

Ovenstående er mindstekrav, og skal overholdes, og tilbudsgiver kan ikke tage forbehold for disse.

Såfremt mindstekravene ikke er opfyldt, anses tilbuddet for ukonditions-mæssigt, og tilbuddet vil ikke indgå i tilbudsvurderingen.

De ordregivende myndigheder betragter således mindstekravene som grundlæggende elementer i udbuddet. Dette udelukker ikke, at også andre elementer i udbuddet kan være grundlæggende elementer.

Det er i forbindelse med vurderingen af konditionsmæssighed uden betydning, hvorvidt tilbudsgiver benævner en afvigelse ”præcisering”, ”justering” eller lignende, idet det afgørende er, at der er foretaget en afvigelse, der ikke vil blive accepteret.

Forbehold over for mindstekrav og grundlæggende elementer i udbudsmaterialet vil medføre, at tilbuddet vil blive anset for ikke-konditionsmæssigt og dermed ikke indgå i tilbudsvurderingen.”

Som en del af udbudsmaterialet var der udfærdiget en Kontrakt om anskaffelse af ESDH-system som en service. I kontraktens pkt. 4 er der anført en række definitioner, herunder:

”Ved Service(s) forstås den tidsbegrænsede, ikke-eksklusive brugsret Kunden erhverver til Leverandørens System, der driftsafvikles i Leverandørens Driftsmiljø (eventuelt i et driftsfællesskab med Leverandørens øvrige kunder og eventuelt med en decentral klient installeret i Kundens it-miljø) samt de dertil knyttede nødvendige ydelser såsom support, vedligeholdelse og videreudvikling.

Ved Servicevederlag forstås det faste månedlige vederlag for de af Kontrakten omfattede Services, der blandt andet dækker Leverandørens drift, support og vedligeholdelse samt Kundens tidsbegrænsede, ikke-eksklusive brugsret. Servicevederlag faktureres og afregnes særskilt for hver Kommune.”

Vedrørende ændringsønsker i leverandørens brugerorganisation hedder det i kontraktens pkt. 16:

”Ændringer til Leverandørens Services i form af videreudvikling, der besluttet i fællesskab af Leverandørens samlede kundekreds, håndteres som udgangspunkt i den brugerorganisation, der af Leverandøren er etableret til dette formål.

En beskrivelse af brugerorganisationen og proceduren for håndtering af sådanne ændringsønsker fremgår af bilag 5.”

I kontraktens pkt. 17 er der anført nærmere om kundespecifikke ændringer, og det hedder heri blandt andet:

”For Kundens vedkommende kan ændringer være fremsat af Kunden og dermed være fælles ændringsanmodninger eller være fremsat af Kommunen og dermed være kommunespecifikke ændringsanmodninger.

...

Omfanget og arten af Kontraktens ændringsmulighed og betingelserne herfor skal følge Kontrakten og det i bilag 9 angivne. Ændringer af Kontrakten holdes samlet set inden for den ved udbuddet gældende tærskelværdi og 10 % af Kontraktens oprindelige værdi, jf. Udbudslovens § 180. Ændring af Kontrakten kan ikke føre til en ændring af Kontraktens overordnede karakter.”

I kontraktens pkt. 28.3 Servicevederlag fremgår følgende:

”Servicevederlaget omfatter samtlige vederlag, der indgår i Leverandørens Services, herunder Leverandørens drift, support og vedligeholdelse af Systemet samt Kundens tidsbegrænsede, ikke-eksklusive brugsret hertil.

En specifikation af Servicevederlaget fremgår af bilag 8. Servicevederlaget betales særskilt pr. Kommune.

Der betales fuldt Servicevederlag fra Ibrugtagningdagen.”

Af kontraktens bilag 9 vedrørende ændringshåndtering fremgår blandt andet følgende:

”Vejledning

Dette bilag indeholder - i forlængelse af Kontrakten - en regulering af bestemmelserne om ændringshåndtering i forbindelse med kundespecifikke ændringer.

Ændringer til Leverandørens Services, der besluttet i fællesskab af Leverandørens kunder, håndteres som udgangspunkt i den brugerorganisation, der er etableret til dette formål, jf. bilag 5.

Afvisninger over for bilaget skal markeres med ændringsmarkering ("Track Changes") eller på anden måde tydeligt fremhæves på en måde, hvor den oprindelige tekst stadig fremgår.

Tilbudsgiver kan alene angive afvisninger i det omfang, afvisningen ikke relaterer sig til/strider imod grundlæggende elementer eller mindstekrav. Sådanne afvisninger vil indgå i tilbudsvurderingen. Tilbudsgiver skal således sikre sig, at tilbudsgivers eventuelle afvisninger ikke medfører, at tilbuddet bliver ukonditionsmæssigt, idet grundlæggende elementer og mindstekrav ubetinget skal overholdes.

Afvisninger vil indgå i tilbudsvurderingen.

...

2. HÅNDBLIVNING AF ÆNDRINGER

2.1 Kundens og/eller Kommunens ændringsanmodning

...

Ændringsanmodningen skal være tilstrækkelig detaljeret til, at Leverandøren kan udarbejde et estimat over det vederlag, som vil være forbundet med udarbejdelse af et løsningsforslag.

Leverandøren skal uden ugrundet ophold og senest 10 Arbejdsdage efter modtagelsen af ændringsanmodningen udarbejde estimatet på det vederlag, der påregnes at være forbundet med at udarbejde løsningsforslaget for den ønskede ændring. Leverandøren er ikke berettiget til særskilt vederlag for udarbejdelse heraf. Estimatet skal beregnes på grundlag af de i bilag 8 anførte timepriser for ad hoc ydelser, og skal fremsendes til Kunden og/eller Kommunen til godkendelse.

Kunden og/eller Kommunen skal inden 5 Arbejdsdage efter modtagelse af estimatet meddele, om estimatet kan godkendes.

Når Kundens og/eller Kommunens godkendelse af estimatet foreligger, iværksætter Leverandøren behandlingen af ændringsanmodningen.

...

Leverandøren er alene berettiget til en opadgående justering af sit vederlag, jf. bilag 8, såfremt Leverandøren kan dokumentere, at ændringen i et ikke ubetydeligt omfang påfører Leverandøren meromkostninger. En sådan meromkostning kan eksempelvis foreligge, hvis der ved ændringen

tilføjes ny funktionalitet til Systemet, der ikke erstatter eksisterende funktionalitet.

2.2 Leverandørens ændringsanmodning

Leverandørens ændringsanmodning skal fremsendes skriftligt til Kunden og/eller Kommunen.

Leverandørens ændringsanmodning skal indeholde en udførlig beskrivelse af ændringen og dens konsekvenser for de af Kontrakten omfattede Etableringsydelser og Services samt justering af Leverandørens vederlag i opadgående eller nedadgående retning.

Leverandørens ændringsanmodning skal i øvrigt have samme indhold som Kundens og/eller Kommunens ændringsanmodning.

Leverandøren har ikke krav på vederlag for udarbejdelse af løsningsforslag for ændringsanmodninger, der stammer fra Leverandøren selv.

...

Leverandøren er alene berettiget til en opadgående justering af vederlag, jf. bilag 8, såfremt Leverandøren kan dokumentere, at ændringen i et ikke ubetydeligt omfang påfører Leverandøren meromkostninger. En sådan meromkostning kan eksempelvis foreligge, hvis der ved ændringen tilføjes ny funktionalitet til Systemet, der ikke erstatter eksisterende funktionalitet.

...

5. BETALING FOR GENNEMFØRELSE AF ÆNDRING

Betaling for Leverandørens gennemførelse af en ændring kan efter Kundens og/eller Kommunens ønske ske både som fast pris eller på baggrund af et estimat, idet de i bilag 8 angivne timepriser for ad hoc bistand finder anvendelse.

Leverandøren kan ikke overskride et estimat uden Kundens og/eller Kommunens forudgående skriftlige godkendelse.”

Tilbudsgiverne skulle i forbindelse med tilbudsafgivelsen udfylde en kravmatrix, som indeholdt 519 krav, hvoraf kommunerne frafaldt ét under udbudsprocessen. For hvert krav skulle tilbudsgiverne angive graden af opfyldelse med afkrydsning af et ”ja”, ”nej” eller ”delvist”. Det skulle endvidere angives, om der til opfyldelsen ville blive anvendt standardprogrammel eller

kundespecifikt programmel. Tilbudsgiverne havde desuden mulighed for at supplere med en redegørelse for opfyldelsen.

Kravspecifikationen indeholder blandt andet følgende krav:

"3. SYSTEMETS INTEGRATION MED EKSTERNE SYSTEMER

...

3.2 Integrationer

...

3.2.2 Digital Post

Krav 14 [K] Det er et krav, at Systemet kan håndtere afsendelse af Digital Post via den fælleskommunale Serviceplatform. Integration til og anvendelse af Digital Post via Serviceplatformen er beskrevet i KOMBIT eksterne dokumentbibliotek - KDI - integrationsbeskrivelser: SF1600 Print på serviceplatformen (Kundekrav).

...

3.2.4 Støttesystemet Adgangsstyring for Systemer

Krav 17 [K] Det er et krav, at Leverandøren skal integrere Systemet til Støttesystemet Adgangsstyring for Systemer. Leverandøren skal efterleve de principper for arkitektur og integration, som er opstillet i SKI 02.19, Bilag F5 D2 KOMBIT Krav til snitflader, M-06 - Integration til Støttesystemerne for Sikkerhed. Leverandøren skal følge de gældende integrationsvilkår, på: <http://www.kombit.dk/-sts/vilkaar> og KOMBIT eksterne dokumentbibliotek - KDI - integrationsbeskrivelser: SF1512 SikkerhedSecurity Token Service, indgående og SF1514 – Sikkerhed Security Token Service, udgående samt SF1518 Sikkerhed – Administrationsmodul webservice. Se også: www.kombit.dk/indhold/adgangsstyring. (Kundekrav).

3.2.5 Støttesystemet Adgangsstyring for Brugere

Krav 18 [K] Det er et krav, at Leverandøren kan integrere Systemet til Støttesystemet Adgangsstyring for Brugere. Leverandøren skal efterleve de principper for arkitektur og integration, som er opstillet i SKI 02.19, Bilag F5 D2 KOMBIT Krav til snitflader, M-06 - Integration til Støttesystemerne for Sikkerhed. Leverandøren skal følge de gældende integrationsvilkår, på: <http://www.kombit.dk/sts/vilkaar> og KOMBITs eksterne dokumentbibliotek - KDI - integrationsbeskrivelser: SF1511 Sikkerhed Hent token fra Context Handler, SF1515 – Sikkerhed SAMLSingleLogout og SF1518 Sikkerhed – Administrationsmodul webservice. Se også: www.kombit.dk/indhold/adgangsstyring. (Kundekrav).

...

3.2.6 Støttesystemet Sags- og Dokumentindeks

Krav 22 [K] Det er et krav, at Systemet skal understøtte følgende metadatafelter på alle sagstyper, og kunne aflevere principper sagsinformation til Støttesystemet, Sags- og Dokumentindeks, herunder men ikke begrænset til: a) Sagens ID b) Registreringsdata c) Sagsegenskaber d) Tilstand e) Sagsindeksegenskaber Leverandøren skal efterleve de for arkitektur og integration, som er opstillet i SKI 02.19, Bilag F5 D2 KOMBIT Krav til snitflader, M-03 - Integration til Støttesystemet Sags- og Dokumentindeks. Leverandøren skal følge de gældende integrationsvilkår, på: <http://www.kombit.dk/sts/vilkaar> og KOMBIT eksterne dokumentbibliotek - KDI - integrationsbeskrivelser: Integration SF1470 - Sags- og Dokumentindeks (Kundekrav).

3.2.7 Støttesystemet Organisation

Krav 23 [K] Det er et krav, at Systemet kan integrere med Støttesystemet Organisation. Systemet skal anvende Støttesystemet Organisation som den autoritative kilde til organisations- og medarbejderdata, der udstilles af Kunden, og som skal anvendes af Systemet. Leverandøren skal efterleve de principper for arkitektur og integration, som er opstillet i SKI 02.19, Bilag F5 D2 KOMBIT Krav til snitfla-

der, M-05 - Integrationer til Støttesystemerne Klassifikation og Organisation. Leverandøren skal følge de gældende integrationsvilkår, på: <http://www.kombit.dk/sts/vilkaar> og KOMBITs eksterne dokumentbibliotek - KDI - integrationsbeskrivelser: Integration SF1500 - Organisation services (Kunde krav).

Krav 24

[K] Systemet må ikke kræve oprettelse og vedligeholdelse af organisations- og medarbejderdata, som Kommunen allerede udstiller som autoritative data. Systemet må ikke kræve, at organisatoriske data, herunder enheder, brugere, adresser/kontaktoplysninger, oprettes og vedligeholdes i Systemet. Leverandøren skal i stedet anvende de autoritative kilder til data, der udstilles af Kunden. Systemet må gerne holde kopier af de autoritative data af performance-mæssige hensyn, samt berige disse lokale data med yderligere systemspecifikke oplysninger, som ikke findes i Kundens autoritative kilder til data (Kunde krav).

3.2.9 Personoplysninger (CPR)

Krav 25

[K] CPR data anvendt i Systemet skal hentes fra en af Kundens autoritative CPR-kilder. Enten den fælleskommunale Serviceplatform eller den fællesoffentlige Datafordeler. Al anvendelse af kopidata og eventuel berigelse heraf fra den valgte autoritative CPR-kilde i Systemet skal ske vederlagsfrit for Kunden. CPR-oplysninger via Datafordeleren: <https://datafordeler.dk/anvender/hvilke-data-er-der-adgang-til/CPR-oplysninger> via Serviceplatformen: <https://www.serviceplatformen.dk/administration/serviceOverview/list>. Bemærk, at der ved anvendelse af Serviceplatformen som CPR-kilde skal anvendes de CPR services, som benytter Serviceplatformens CPR-replika (Kunde krav).

...

3.2.10 Virksomhedsoplysninger (CVR)

Krav 28

[K] CVR-data anvendt i Systemet skal hentes fra den fællesoffentlige Datafordeler som er Kundens autoritative kilde til CVR-data. Al anvendelse af

kopidata og eventuel berigelse heraf fra den autoritative CVR-kilde i Systemet skal ske vederlagsfrit for Kunden. CVR-oplysninger via Datafordeleren: <https://datafordeler.dk/anvender/hvilke-data-er-der-adgang-til/> (Kundekrav).

3.2.11 Danmarks Adresseregister (DAR)

Krav 29 [K] Adresseoplysninger anvendt i Systemet skal hentes fra Kundens autoritative Adresseregister, Danmarks AdresseRegister (DAR), som findes på den fællesoffentlige Datafordeler. Al anvendelse af kopidata og eventuel berigelse heraf fra det autoritative Adresseregister i Systemet skal ske vederlagsfrit for Kunden. DAR oplysninger via Datafordeleren: <https://datafordeler.dk/anvender/hvilke-data-er-der-adgang-til/> (Kundekrav).

3.2.12 Øvrige krav

Krav 30 [K] I det omfang Systemet anvender reference- og grunddata, herunder men ikke begrænset til: a) CVR oplysninger b) CPR oplysninger c) BBR oplysninger d) Adresseoplysninger skal de autoritative data hentes via Serviceplatformen og Datafordeleren (Kundekrav).

...

3.3 Krav vedr. Rammearkitekturen

...

Krav 40 [K] Det er et krav, at Systemet følger og understøtter KOMBITs udvikling af den fælles kommunale rammearkitektur ved at opfylde de krav, rammearkitekturen stiller til denne type System (Kundekrav).

Krav 41 [K] Det er et krav, at Systemet kan integreres med de relevante komponenter i den kommunale rammearkitektur. Fra det tidspunkt, hvor KOMBIT har kravspecificeret integrationerne til et sæt komponenter i Rammearkitekturen, har Leverandøren pligt til at informere om sine planer for Systemets

integration til de pågældende komponenter, herunder på hvilket tidspunkt integrationen vil blive leveret og i hvilken version af Systemet (Kundekrav).

Krav 42 [K] Det er et krav, at Systemets fremtidige integrationer med komponenter i den kommunale rammearkitektur leveres som integrerede dele af nye versioner af Systemet, uden at Kunden skal betale særskilt herfor, dvs. at det er dækket af Servicevederlaget (Kundekrav).

4. Optioner

...

4.2 Integrationer

Alle optioner i dette afsnit kan kaldes af alle 12 kommuner.

...

4.2.2 Option – KOMBIT Byg og Miljø (BOM)

Krav 56 [K] Der skal kunne etableres integration mellem Systemet og Byg og Miljø (BOM) fra KOMBIT. Det er obligatorisk for Kommunerne at anvende KOMBITs fælleskommunale portal Byg og Miljø (BOM). Kunden ønsker, at den konkrete sagsbehandling af de ansøgninger, der modtages gennem BOM, sker i Systemet, og derfor skal der etableres en integration mellem Systemet og BOM (Kundekrav).

...

4.2.4 Option – DUBU 3.0

Krav 58 [K] Systemet skal kunne integrere til DUBU 3.0 ved at anvende rammearkitekturen, herunder Integration til Dokumentfordeler og Støttesystemet Sags- og Dokumentindeks (Kundekrav).

4.2.5 Option – Bygnings- og Boligregistret (BBR)

Krav 59 [K] Systemet skal integrere til den til enhver tid aktuelle version af Bygnings- og Boligregistret (BBR)

pt. v. 1.8.x. Leverandøren skal være opmærksom på at BBR er en af de Kommende tjenester på Datafordeleren. Og systemet skal derfor integrere til Bygnings- og Boligregistret (BBR) på Datafordeleren fra det tidspunkt tjenesten er tilgængelig for anvender systemer. Aktuelt i løbet af Q2 2019, jf. Grunddataprogrammet: Idriftsættelses- og paralleludstillingsplan. En eventuelt tidligere integration til BBR fra systemet skal derfor ændres til at benytte BBR tjenesten på Datafordeleren. Al anvendelse af kopi-data og eventuel berigelse heraf, fra Bygnings- og Boligregistret (BBR) i Systemet, skal ske vederlagsfrit for kunden. Oplysninger om BBR data via Datafordeleren: <https://datafordeler.dk/anvender/hvilke-data-er-der-adgang-til/Tidsplan> for implementering af <https://datafordeler.dk/om-datafordeler/tidsplan/> (Kundekrav).

...

4.2.8 Option – Dokumentfordeler/fordelingskomponenten

Krav 62 [K] Systemet skal kunne integrere til KOMBITs Dokumentfordeler/Fordelingskomponenten, således at Systemet derigennem kan opnå integration til fx SAPA eller DUBU 3.0. Leverandøren skal efterleve de principper for arkitektur og integration, som er opstillet i SKI 02.19, Bilag F5 D2 KOMBIT Krav til snitflader, M-09 - Integration til Dokumentfordeler. Leverandøren skal følge de gældende integrationsvilkår, på: <http://www.kombit.dk/sts/vilkaar> og KOMBITs eksterne dokumentbibliotek - KDI - integrationsbeskrivelser: SF2900 Fordelingskomponent V2 (Kundekrav).

4.2.9 Option – Beskedfordeler

Krav 63 [K] Det er et krav, at Systemet kan integrere med Støttesystemet Beskedfordeler. Systemet skal publicere notifikationsbeskeder, når der sker hændelser, som har relevans for Kommunens andre it-systemer. Der kan ligeledes være behov for, at Systemet skal kunne modtage notifikationsbeskeder fra fx Digital post. Leverandøren skal efterleve de principper for arkitektur og integration, som er opstillet

i SKI 02.19, Bilag F5 D2 KOMBIT Krav til snitflader, M-07 - Integration til Støttesystemet Beskedfordeler. Leverandøren skal følge de gældende integrationsvilkår, på: <http://www.kombit.dk/sts/vilkaar> og KOMBITs eksterne dokumentbibliotek - KDI - integrationsbeskrivelser: SF1460_A Modtag besked, SF1460_B Vedligehold værdiliste i beskedabonnement, SF1460_C Aflever besked og SF1460_D Modtag besked via pull (Kunde krav).

...

4.2.10 Option – Støttesystemet Klassifikation

Krav 65 [K] Systemet skal kunne integrere med Støttesystemet Klassifikation. Eksempelvis for at kunne hente oplysninger om KLE til klassifikation af sager. Leverandøren skal efterleve de principper for arkitektur og integration, som er opstillet i SKI 02.19, Bilag F5 D2 KOMBIT Krav til snitflader, M-05 - Integrationer til Støttesystemerne Klassifikation og Organisation. Leverandøren skal følge de gældende integrationsvilkår, på: <http://www.kombit.dk/sts/vilkaar> og KOMBITs eksterne dokumentbibliotek - KDI - integrationsbeskrivelser: Integration SF1510 - Klassifikation services (Kunde krav).

...

4.2.12 Option – SAPA

Krav 67 [K] Systemet skal understøtte Dialogintegration til - og fra Kommunens overblikssystem (SAPA). Det betyder, at sagsbehandleren i Systemet kan hoppe med udgangspunkt i et konkret forretningsobjekt (en sag), der vises i Systemets brugergrænseflade, til det samme eller et relateret forretningsobjekt i SAPA. Det kunne fx være, at en bruger i Systemet arbejder med en bestemt borger, og har behov for at få et overblik over denne borgers øvrige sager i Kommunen, hvorfor brugeren ved et enkelt klik fra Systemet ønsker at hoppe over i Kommunens overblikssystem (SAPA). På samme vis kan det være, at en bruger i overbliksløsningen har behov for at vide mere om en konkret sag, hvorfor brugeren med et enkelt klik kan hoppe fra overblikssystemets liste af

sager for borgeren til visning af den konkrete sag i Systemet, som sagen bor i. Leverandøren skal følge de gældende integrationsvilkår, på: <http://www.kombit.dk/sts/vilkaar> og KOMBITs eksterne dokumentbibliotek - SAPA - SAPA integrationsvilkår: SAPA - Vilkår for dialogintegration v. 2.2 (Kundekrav).

..."

Af vejledningen til Leverandørens Ydelses- og Servicebeskrivelse fremgår det nærmere, hvordan kravmatrixen skulle udfyldes for så vidt angår krav [K]. I vejledningen hedder det blandt andet:

"For hvert krav skal tilbudsgiver angive den konkrete kravopfyldelse. Dette sker ved en markering af tre valgmuligheder i kolonnen "Krav opfyldt".

- "J" markeres hvis kravet er opfyldt 100 %.
- "D" markeres hvis kravet er delvist opfyldt.
- "N" markeres hvis kravet ikke er opfyldt.

Såfremt Tilbudsgiver markerer et krav som opfyldt ("J"), er det ensbetydende med, at Tilbudsgiver fuldt ud indestår for at opfylde kravet.

Er et krav kun delvist opfyldt ("D"), skal det præcist fremgå af kommentarfeltet hvilke dele af kravet, der henholdsvis ikke er opfyldt og hvilke dele, der er opfyldt.

Et ikke-opfyldt krav ("N") skal ledsages af en uddybende forklaring i kommentarfeltet.

I Feltet "Uddybende besvarelse" har tilbudsgiver, som ovenfor beskrevet, mulighed for at give en uddybende kommentar til, hvorledes kravet er opfyldt. Kommentarfeltet kan ligeledes indeholde en henvisning til den overordnede Ydelses- og Servicebeskrivelse eller til et andet sted i Kontrakten, hvor et specifikt forhold er adresseret.

I kravmatrixen skal tilbudsgiver ligeledes angive, om et krav opfyldes ved levering af Standardprogrammell eller Kundespecifikt programmell.

Der, hvor celler er markeret sort, skal tilbudsgiver ikke udfylde cellen.

Hvert enkelt redegørelseskrav skal besvares i den tilhørende kolonne. Besvarelsen kan ligeledes indeholde en henvisning den overordnede Ydelses- og Servicebeskrivelse eller til et andet sted i Kontrakten, hvor et specifikt forhold er adresseret.

Besvarelsene af kravene indgår i vurderingen af underkriteriet ”Kvalitet”, jf. punkt 9 i udbudsbetingelserne.”

I kontraktens bilag 5 vedrørende Drift og vedligeholdelse fremgår blandt andet:

”1. LEVRANDØRENS VEDLIGEHOULDELSSEFORPLIGTELSE

1.1 Generelle krav

Krav nr. 5-1

...

Beskrivelse

Leverandøren skal udføre vedligeholdelse i overensstemmelse med God it-skik.

Vedligeholdelsen skal omfatte Systemet og Driftsmiljøet. Leverandøren skal herunder udføre forebyggende og afhjælpende vedligeholdelse, der til stadighed sikrer, at Systemet og Driftsmiljøet holdes i god og driftssikker stand og er i stand til at opfylde de i Kontrakten aftalte krav og garantier, herunder servicemål.

Vedligeholdelse skal udføres fra Ibrugtagningsdagen.

Leverandøren skal stille ressourcer til rådighed for udvikling af kundespecifikke ændringer.

Leverandøren skal desuden levere vedligeholdelse af ændringer fra idriftsættelsen af den pågældende ændring.

Leverandøren skal opbygge og opretholde en kvalificeret viden om Systemet og Driftsmiljøet i vedligeholdelsesaftalens løbetid og skal udelukkende lade vedligeholdelsen udføre af kompetente og erfarne fagfolk.

...

4. VIDEREUDVIKLING

Krav nr. 5-12

...

Beskrivelse	Leverandøren skal foretage videreudvikling af Systemet i Kontraktens løbetid, herunder have en organisation, der understøtter denne udvikling.
	Leverandørens omkostninger til videreudvikling af Systemet er omfattet af Servicevederlaget.
Redegørelse	Tilbudsgiver skal redegøre for opfyldelsen af kravene, herunder beskrive hvordan videreudvikling er organiseret. Tilbudsgiver skal desuden angive Kundens mulighed for at påvirke videreudvikling gennem brugergrupper eller lignende.

5. UDVIKLINGSPLANER

Krav nr. 5-13

...

Beskrivelse	Leverandøren skal udarbejde og vedligeholde en udviklingsplan for Systemet, som indebærer, at Systemet til enhver tid har en standard, der er tidssvarende. Udviklingsplanen skal indeholde igangværende og planlagte udviklingstiltag, deres omfang, aktuelle planer om nye versioner, moduler mv.
	Planen skal være tilgængelig for Kunden.
Redegørelse	Tilbudsgiver skal redegøre for opfyldelsen af kravene, herunder beskrive udviklingsplaner for Systemet.”

Om udfyldelse af bilag 5 Drift og vedligeholdelse fremgår blandt andet følgende af vejledningen:

"Tilbudsgiver skal for hvert krav redegøre for, i hvilket omfang og med hvilket indhold kravet opfyldes. Besvarelsen heraf skal anføres under hvert krav.

Tilbudsgiver skal ikke herudover supplere bilaget med tekstmæssige tilføjelser eller lignende.

Omfanget af opfyldelsen skal besvares ved i feltet ”Krav opfyldt” at skrive en af teksterne ”Ja”, ”Nej” eller ”Delvist” med følgende betydning:

<i>Svar</i>	<i>Betydning</i>
Ja	Kravet er opfyldt 100 %. Dette markerer, at kravet er opfyldt i sin helhed. Er et krav opfyldt i sin helhed, kan det i feltet ”Leverandørens redegørelse” ledsages af oplysning om hvordan det er opfyldt.
Delvist	Kravet er delvist opfyldt. Er et krav kun delvist opfyldt, bør det i feltet ”Leverandørens redegørelse” ledsages af oplysning om, hvad der er opfyldt og hvordan det er opfyldt, samt hvad der ikke er opfyldt.
Nej	Kravet er ikke opfyldt. Et ikke opfyldt krav bør i feltet ”Leverandørens redegørelse” ledsages af en uddybende forklaring.

Den konkrete eller manglende opfyldelse af et krav vil have betydning for tilbudsvurderingen.”

Krav nr. 42 er af Formpipe besvaret med et ”ja” og ”standard”.

Formpipe har i redegørelsen til krav 5-12 blandt andet anført:

” Organisering af videreudvikling

...

Selve videreudviklingen sker ved brug af den Agile metode, som er beskrevet yderligere i Bilag 09A Appendiks A. Heraf fremgår også at den generelle videreudvikling af Systemet sker i tæt samarbejde med Kunden og den øvrige kundegruppe. Dette sker både gennem Acadre Bruugerklubben og ved opsamling af ønsker direkte fra den enkelte kunde.

Kundens mulighed for at påvirke videreudviklingen

Systemet udvikles med afsæt i brugernes ønsker og behov. 2 gange årligt inviteres alle Leverandørens kunder på Systemet til prioritering og innovationsworkshops i Øst- og Vestdanmark. På disse workshops lægges grundlaget for de kommende udviklingsaktiviteter på nye funktioner i

Systemet såvel som moduler og integrationer. Løsningen bliver derfor i høj grad moduleret og tilpasset brugerens behov.

Tilsvarende de nuværende innovationsworkshops, vil Formpipe gerne etablere innovationsworkshops med Digitaliseringsforening Sjælland og opsamle ideer og ændringsønsker til det løbende roadmap.

Kunden har således rig mulighed for at påvirke prioriteringen af videreudviklingen.”

Fujitsu besvarede opfyldelsen af krav nr. 42 med ”delvist” og anførte, at opfyldelsen var en del af Fujitsus standardprogram. I sin redegørelse for opfyldelsen af kravet har Fujitsu nærmere anført følgende:

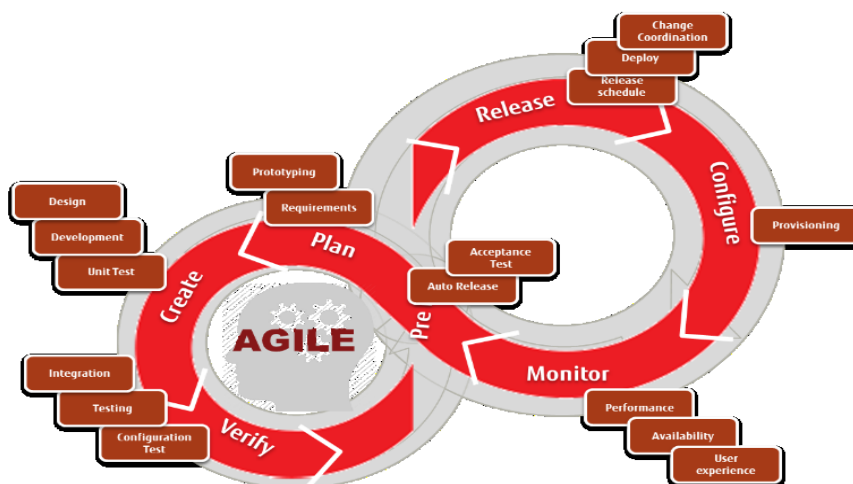
"Fremtidige integrationer vil ikke blive stillet vederlagsfrit til rådighed for kunden."

For så vidt angår krav 5-12 har Fujitsu i sit tilbud svaret ”ja” hertil og i sin redegørelse for kravets opfyldelse anført:

”Leverandøren vil foretage videreudvikling af Systemet i Kontraktens løbetid, Leverandøren har en organisation, til at understøtte denne udvikling. Leverandørens eDoc team er et fast og sammentømret hold som består af alle de kompetenceprofiler der skal til for at håndtere alt videreudvikling af eDoc ”in-house”, hvilket giver stor fleksibilitet og sikrer de rette input når der arbejdes med videreudvikling. Kompetenceprofilerne udgør ESDH konsulenter, forretningskonsulenter, systemarkitekter, systemudviklere, databasespecialister, QA specialister, implementeringsteknikere og service delivery managers. Altså alle de roller der skal til for at sikre den bedste og mest robuste udvikling.

Videreudvikling af Systemet som ikke omhandler ny funktionalitet, er organiseret efter DevOps tilgangen. Hvor udvikling og drift er et team, det har den fordel for Kunden, at Leverandøren har mulighed for at:

- Agere hurtigt
- Tilpasse ændringer hurtigt
- Levere effektivt via automatisering og konsolidering produktudvikling.
- Forbedre kvaliteten af Systemet
- Arbejde efter den agile metode



Leverandøren bruger agil udvikling med SCRUM, hvor Kunden inddrages i udviklingsprocessen for at skabe det ”rum” der skal til for at kunne vurdere delleverancer og eventuelt korrigere krav undervejs, for i sidste ende at opnå et resultat som passer bedst muligt til forretningens behov.

Processen omkring videreudvikling i form af ny funktionalitet sker i samarbejde med Kunden i samarbejde med en eDoc konsulent gennemgår behovet, hvorefter der gives en størrelsesindikation over for kunden, altså en økonomisk ramme som der arbejdes indenfor. Herefter har kunden mulighed for at vurdere om værdien i videreudviklingen er stor nok til at gå videre med projektet. Det kan også være en mulighed at dele økonomien omkring en videreudvikling med andre eDoc kunder der har samme behov, og dette kan i givet tilfælde aftales mellem de involverede kunder og Leverandøren.

Leverandørens eDoc brugergruppe indeholder repræsentanter fra alle de nuværende eDoc kunder, som er en god blanding af store, mellem og mindre kunder. Der afholdes jævnligt møder i brugergruppen, hvor Fujitsu altid stiller faciliteter til rådighed, og tilbyder sparring fra eDoc konsulenter eller andre relevante kompetence profiler. I denne brugergruppe har Kunden mulighed for at påvirke videreudvikling.”

Inden for fristen for anmodning om prækvalifikation den 13. november 2018 havde 6 ansøgere, der alle blev vurderet egnede og konditionsmæssige, som anført anmodet om deltagelse i udbuddet. I henhold til udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.9) blev 5 ansøgere opfordret til at afgive tilbud. Ved tilbudsfristens udløb den 17. januar 2019 var der indkommet 5 tilbud, herunder fra Formpipe.

Kommunerne besluttede den 12. april 2019 at indgå kontrakt med Fujitsu.

Formpipe klagede inden for den oprindelige standstillperiode over denne beslutning til Klagenævnet for Udbud, der den 23. maj 2019 afsagde delkendelse om, at der på det foreløbige foreliggende grundlag var udsigt til, at påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen af 12. april 2019 ville blive taget til følge, da betingelsen om fumus boni juris var opfyldt.

Kommunerne annullerede tildelingsbeslutningen den 3. juni 2019, og Formpipe tilbagekaldte klagen.

Kommunerne genoptog efterfølgende evalueringen på baggrund af samme udbudsmateriale.

Ved brev af 30. september 2019 til Formpipe meddelte kommunerne, at de agtede at indgå kontrakt med Fujitsu.

I brevet står der blandt andet:

”Evalueringmetode for de kvalitative kriterier

For underkriterierne ”Kvalitet”, ”Metode og proces” og ”Vedligeholdelse, videreudvikling og servicemål” er der for hvert af de tilhørende delkriterier foretaget en samlet vurdering af det kvalitative tilbud ud fra de enkelte delkriteriers evalueringssindhold. Evalueringen af det enkelte delkriterium inden for de kvalitative underkriterier har således resulteret i en samlet skønsmæssig bedømmelse for hvert delkriterium.

Det er de ordregivende myndigheders vurdering, at eventuelle forbehold til de i Kontrakten nævnte bestemmelser ikke sagligt og objektivt kan prissættes af myndighederne. For underkriteriet ”Kontraktlige vilkår” er der derfor foretaget en kvalitativ vurdering fra følgende kategorisering, der anvendes som støtte for vurderingen, der resulterer i en samlet skønsmæssig bedømmelse:

- Kategori A: Væsentlig forringelse af Kundens retsstilling
- Kategori B: Forringelse af Kundens retsstilling
- Kategori C: Redaktionelle og/eller mindre betydende ændringer i forhold til Kundens retsstilling.

På baggrund af de ovenfor angivne vurderinger er der herefter foretaget en samlet verbal vurdering for hvert af de kvalitative underkriterier, der

således er udtryk for den samlede kvalitative evaluering for underkriteriet. Vurderingen er absolut, hvilket indebærer, at hvert tilbud vurderes særskilt i forhold til de stillede krav.

Der er ved vurderingen anvendt en pointmodel, der udmønter den verbale vurdering af det enkelte underkriterium i et point.

Der er således for hvert enkelt kvalitativt underkriterium givet et point på en skala fra 0 til 8, hvor 0 er laveste og 8 er højeste pointscore

Vurdering af det kvalitativt tilbudte i forhold til de stillede krav	Point
Bedst mulige opfyldelse af kriteriet	8
Glimrende opfyldelse af kriteriet	7
God opfyldelse af kriteriet	6
Over middel opfyldelse af kriteriet	5
Middel/tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	4
Under middel opfyldelse af kriteriet	3
Mindre tilfredsstillende opfyldelse af kriteriet	2
Ringe opfyldelse af kriteriet	1
Dårlig opfyldelse af kriteriet (men konditionsmæssigt tilbud)	0

For hvert af de til et underkriterium hørende delkriterier er der foretaget en samlet vurdering af det kvalitativt tilbudte indenfor delkriteriet. Evalueringen af det enkelte delkriterium har således resulteret i en samlet skønmæssig bedømmelse på baggrund af vurderingerne af delkriterierne, der udmønter sig i en samlet pointtildeling for underkriteriet.

Den samlede vurdering af et underkriterium er således foretaget på baggrund af en samlet vurdering af delkriterierne, der udmøntes i den samlede kvalitative evaluering for underkriteriet.

Point er givet i hele tal.

...

Vurdering af tilbud

Ud fra en samlet vurdering af underkriterierne med den angivne vægtning, blev Deres tilbud beklageligvis ikke vurderet som det økonomisk mest fordelagtige.

..”

For så vidt angår delkriteriet ”I hvilket omfang og med hvilket indhold der etableres en effektiv og smidig håndtering af integration til øvrige systemer/registre og skabes en effektiv interaktion i relation til rammearkitekturen og mobile platforme ud fra de angivne krav hertil, jf. bilag 1A, afsnit 3, 3.1, 3.2, 3.3, 4.2 og 8, idet det vurderes positivt, at de angivne krav imødekommes, og herunder særligt en velfungerende integration i relation til krav 18 vedr. Støttesystemet Adgangsstyring for systemer” anførte kommunerne i redegørelse for de relevante grunde for beslutningen vedrørende Fujitsus tilbud blandt andet følgende:

”Tilbudsgiver opfylder kun delvist kravet om levering af fremtidige integrationer som integrerede dele af nye versioner af Systemet, hvilket vurderes negativt.”

Kontrakten med Fujitsu blev underskrevet den 29. oktober 2019, og kontraktindgåelsesbekendtgørelse af 4. november 2019 herom blev offentliggjort den 6. november 2019.

Ved brev af 20. november 2019 rettede Formpipe henvendelse til kommunerne vedrørende de forhold, som er omfattet af klagen, og anmodede om, at kontrakten med Fujitsu blev bragt til ophør.

Kommunerne afviste ved brev af 13. december 2019 at bringe kontrakten til ophør.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Formpipe har gjort gældende, at kommunerne har tilsidesat ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at have sammenlignet priser for tilbud, der reelt vedrører forskellige ydelser.

Tilbudsgiverne havde ved besvarelse af kravmatrixens krav 42 angivet, om fremtidige integrationer med komponenter i den kommunale rammearkitektur var dækket af servicevederlaget. Fujitsu havde hertil svaret: "Fremtidige integrationer vil ikke blive stillet vederlagsfrit til rådighed for kunden." Formpipe havde besvaret opfyldelsen af kravet med "ja" og stillede således

fremtidige integrationer med komponenter i den kommunale rammearkitektur vederlagsfrit til rådighed. Fremtidige integrationer var således omfattet af Formpipes tilbud inden for servicevederlaget, mens dette ikke var tilfældet i Fujitsus tilbud.

Formpipe bestrider ikke, at Fujitsu udfyldte tilbudsdokumenterne i overensstemmelse med udbudsmaterialet, idet materialet lagde op til, at tilbudsgiverne kunne vælge, om de ville opfylde krav 42. Ud fra opbygningen af kravmatrixen i bilag 1A lod kommunerne det således være op til tilbudsgiverne, om de ville opfylde kravene, herunder krav 42.

Opfyldelsen af krav 42 drejede sig om placeringen af en økonomisk risiko - for fremtidsforhold - ved enten tilbudsgiveren eller ordregiveren.

Det forhold, at en ordregiver ved udformningen af udbudsmaterialet har givet tilbudsgiverne mulighed for at tilbyde forskellige ydelser, ændrer imidlertid ikke ved, at det er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet at sammenligne tilbud, der har så forskelligt indhold, at de reelt vedrører forskellige ydelser, hvilket først har vist sig under denne klagesag.

Fremtidige integrationer med komponenter i den kommunale rammearkitektur indebærer en så betydelig ydelse, at den skal håndteres ensartet mellem alle tilbudsgivere, herunder også som følge af kommunernes krav om at ydelsen skulle være omfattet af det tilbudte, faste servicevederlag, idet den udgør en stor økonomisk risiko for tilbudsgiverne. Kommunernes udbud har resulteret i, at de tilbudte ydelser ikke var sammenlignelige, idet ikke alle tilbuddene omfattede fremtidige integrationer som en del af servicevederlaget. Der er i øjeblikket en række kommunale systemer under udvikling, som det må forventes, at der vil blive behov for integrationer til, men som ikke fremgår af udbuddets kravspecifikation. Integration med disse systemer må således forventes at skulle dækkes af betegnelsen "fremtidige integrationer". Hertil kommer formentlig yderligere systemer, hvis udvikling endnu ikke er kendt i markedet, og formentlig også systemer, som kommunerne end ikke har påtænkt udviklingen af endnu.

Alene kendskabet til udviklingen af systemerne medfører, at tilbudsgiverne har været nødsaget til at påregne, at det kan blive aktuelt at udvikle integrationer til systemerne i fremtiden, idet vederlagsfri levering af fremtidige integrationer potentielt kan omfatte alle disse systemer.

Kommunerne er i henhold til "Bestemmelser om samarbejde mellem KOMBIT [kommunernes it-fællesskab] og kommunerne ved tilslutning til it-løsninger" forpligtet til at sikre, at deres IT-miljø lever op til de krav, som KOMBIT meddeler kommunerne.

Udvikling af kommunernes IT-miljø kan således også ske på KOMBITs foranledning, og kommunerne har dermed ikke nødvendigvis kendskab til, hvilke fremtidige løsninger der er udsigt til.

Omfanget af fremtidige integrationer kan derfor potentielt være meget stort. De indkomne tilbud, hvor nogle omfattede fremtidige integrationer indenfor det tilbudte Servicevederlag, mens andre ikke gjorde, vedrørte dermed reelt forskellige ydelser, som ikke var sammenlignelige, fordi nogle tilbudsgivere havde påtaget sig en væsentlig økonomisk risiko, som andre lod kommunerne bære.

Det forhold, at Fujitsu ikke stillede fremtidige integrationer vederlagsfrit til rådighed for kunden, taler i sig selv for, at også Fujitsu har vurderet, at fremtidige integrationer potentielt kunne have omfattende værdi. Således giver det ikke mening, at Fujitsu svarer "delvist" og derved åbenlyst tilbød ringere kvalitet, hvis ikke Fujitsu havde vurderet, at den økonomiske risiko var for stor til, at selskabet ville påtage sig risikoen for ikke at opnå den bedst mulige kvalitative vurdering. Til støtte herfor kan nævnes Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. december 2019, Willis Towers Watson I/S og Willis Limited mod DSB.

Usikkerheden omkring omfanget af fremtidige integrationer har haft betydning for tilbuddenes udformning og prissætning.

Kommunerne anfører, at de fremtidige integrationer alene vedrører "relevante komponenter i den kommunale rammearkitektur". Med dette synspunkt indføres imidlertid endnu en ubekendt faktor, idet tilbudsgiverne har skullet gætte sig til både, hvilke systemer der ville blive udviklet som en del af den kommunale rammearkitektur i fremtiden, og herefter hvilke af disse kommunerne ville finde "relevante i forhold til ESDH-systemet". Uanset, at der alene var tale om "fremtidige integrationer med relevante komponenter i den kommunale rammearkitektur", var usikkerheden i omfanget heraf således fortsat meget stor.

Omfanget af ”relevante komponenter” var betydeligt, da ESDH-systemet anvendes på tværs af fagområder og processer, og det må derfor forventes at være relevant, at ESDH-systemet udvikles i samspil med den kommunale rammearkitektur i meget vidt omfang. Fremtidige integrationer – også kun med ”relevante komponenter” – i den kommunale rammearkitektur indebar en usikker og potentielt meget stor økonomisk risiko for tilbudsgiverne, som kommunerne ikke havde sikret håndteret i det gennemførte udbud.

Skønnet over fremtidige integrationer var forbundet med stor usikkerhed, fordi tilbudsgiverne på ingen måde kunne vide, hvor mange og hvilke integrationer der ville komme til, og derfor var Formpipes tilbud også opgjort konservativt og dermed med så stor sikkerhed, som det var muligt. Kendskabet til en række systemer, som var under udvikling eller planlagt, gav også en indikation af omfanget af fremtidige systemer, som endnu ikke var planlagt. Henset til den historiske udvikling af den kommunale rammearkitektur, var det Formpipes og markedets klare forventning, at der blev behov for en hel række nye integrationer i den 8-årige periode, kontrakten kan løbe over. Formpipe havde f.eks. ved sin tilbudsudarbejdelse set sig nødsaget til at kalkulere med et worst-case-scenario og inddrage alle de systemer under udvikling, som Formpipe havde kendskab til, samt herudover en ”buffer” til at dække udgiften til integrationer med systemer, som Formpipe ikke havde kendskab til udviklingen af.

Når kommunerne om flere af de oplyste systemer anfører, at integration hermed ikke var relevant, er det udtryk for kommunernes vurdering - under en klagesag omkring usikkerheden i udbuddet - af behovet for fremtidige integrationer. En vurdering, som tilbudsgiverne ikke var bekendt med og derfor ikke kunne inddrage i deres vurdering af omfanget af fremtidige integrationer.

Uanset om udfaldet i kontraktens løbetid faktisk bliver mange eller få integrationer, har tilbudsgivere, der har påtaget sig at levere integrationer inden for servicevederlaget (herunder Formpipe), påtaget sig en væsentlig risiko, som Fujitsu ikke tilsvarende har påtaget sig. Afgørende for risikoens omfang er ikke kommunernes – bagudrettede – forventninger til omfanget af integrationer, men derimod tilbudsgivernes berettigede forventninger herom med udgangspunkt i udbuddet, da tilbudsgiverne ikke havde kendskab til kommu-

ernes overvejelser om fremtidige integrationer. Kommunernes forventninger afspejler i øvrigt ikke nødvendigvis virkeligheden, og en ubegrænset pligt til at levere fremtidige integrationer var under alle omstændigheder forbundet med en væsentlig økonomisk risiko. En sådan risiko ville kommunerne f.eks. heller ikke kunne kapitalisere i en evalueringsproces.

Kommunerne forsøger at nedtone den økonomiske risiko forbundet med opfyldelsen af krav 42, f.eks. ved at sammenligne den med tilbudsgivernes forskellige risici forbundet med kravenes opfyldelse, afhængigt af om disse allerede var opfyldt ved tilbudsgivernes eksisterende standardløsninger eller ej.

Hvorvidt et krav opfyldes ved en tilbudsgivers standardprogrammel afhænger af tilbudsgiverens egne forhold, og det er et spørgsmål om modenheden af den enkelte tilbudsgivers løsninger og dermed kvaliteten heraf. Det er naturligt, at en leverandør med et veludviklet produkt kan levere kendt (måske høj) kvalitet til en kendt (måske lavere) pris, end en leverandør, hvis produkt ikke er nær så udviklet.

Det afgørende for sondringen mellem Software as a Service (SaaS) henholdsvis et traditionelt indkøb af it-system er, om leverandørerne kan levere deres standardsystemer uden betydelig tilpasning som følge af ordregiverens krav – uanset om kravene er set hos flere forskellige ordregivere.

I kommunernes udbud har den lange række krav (535 krav i alt) betydet, at leverandørerne – for at opfylde kravene og dermed opnå en god kvalitativ vurdering – har måttet tilpasse deres standardsystemer i vidt omfang. Dette er også tilfældet for Formpipes tilbud. Når Formpipe kan tilbyde en kravopfyldelse på 99,8 % og kravopfyldelse via standardprogrammel på 100 %, skyldes det netop, at Formpipe har tilpasset sin standard til kommunernes mange krav. Opfyldelsesgraden er således kun mulig, fordi Formpipe var indstillet på at foretage betydelige tilpasninger af standardprogrammellen, således at dette levede op til kommunernes krav. At tilpasningerne (også) kan anvendes hos andre kunder – også ordregivere – ændrer ikke herpå.

Det er Formpipes opfattelse, at de øvrige tilbudsgivere tilsvarende har tilpasset deres systemer med henblik på at opnå en høj grad af kravopfyldelse, idet det er højst usandsynligt, at nogen leverandører allerede inden udbuddet kunne opfylde de 535 specifikke krav med eksisterende systemer. Herudover fandtes også ca. 10 % unikke krav – altså krav, som heller ikke var set hos

andre ordregivere. Disse unikke krav indebar i sig selv en betydelig udviklingsopgave. Der var således i de 535 specifikke krav også en ganske betydelig mængde unikke krav, som krævede helt særlig – og udviklingsmæssig betydelig – tilpasning efter kommunernes ønsker, og som ikke før var set i markedet.

Formpipe er enig med kommunerne i, at ikke alle fremtidige integrationer nødvendigvis vil kræve integrationstilpasninger af alle grundservices. Det er dog sandsynligt, at en række integrationer faktisk vil indebære betydeligere tilpasninger heraf. Det afhænger af den konkrete integration, hvilke grundservices der er nødvendige, men omfanget heraf er potentielt stort for hver enkelt integration, og henset til at mængden af fremtidige integrationer er ukendt, er det samlede omfang potentielt meget stort. Det er dén risiko, der er afgørende i forbindelse med tilbudsafgivelsen og dermed udbuddet.

Kommunerne har under klagesagen henvist til, at det er "den markedsmæssige standard, at alle leverandører leverer et standardsystem, der understøtter KOMBIT's udvikling af den fælles kommunale rammearkitektur, samt at systemerne løbende integreres med komponenter i den kommunale rammearkitektur." Denne "markedsmæssige standard" afveg Fujitsu imidlertid fra ved netop ikke at tilbyde fremtidige integrationer inden for servicevederlaget. Det synes således som en tilsnigelse at sige, at der forelå en sådan "markedsmæssig standard".

Det bestrides, at det har formodningen imod sig, at fremtidige integrationer inden for servicevederlaget indebar en væsentlig økonomisk byrde, når 4 ud af 5 tilbudsgivere tilbød fremtidige integrationer inden for servicevederlaget. Dette understøttes af, at underkriteriet "Kvalitet", som Bilag 1A indgik i opfyldelsen af, vægtede 35 %, mens pris kun vægtede 20 %. En god kvalitativ bedømmelse vægtedes således højere end en lav pris, hvorfor tilbudsgiverne bestræbte sig på at tilbyde så høj kvalitet som muligt.

Når kommunerne anfører, at ingen af tilbudsgiverne har undladt at levere fremtidige integrationer som en del af nye versioner af leverandørens standard ESDH-løsning, overser eller glemmer kommunerne det væsentlige faktum, at Fujitsu netop ikke tilbød dette inden for servicevederlaget, men kræver særskilt betaling herfor.

Fujitsu havde tilbudt en løsning med udgangspunkt i, at den økonomiske risiko ved fremtidige integrationer var for stor til, at Fujitsu ville påtage sig risikoen, hvilket som anført taler for, at den økonomiske risiko var betydelig. Hvis ikke fremtidige integrationer indebar en væsentlig økonomisk risiko, var der ingen grund for Fujitsu til at undlade at opfylde kravet. Under Formpipes tilbudsudarbejdelse krævede netop dette punkt en særlig indsats henset til risiko- og økonomiperspektivet heri. En ubegrænset forpligtelse til at levere fremtidige integrationer inden for det faste servicevederlag udgjorde en stor økonomisk risiko for tilbudsgiverne, og med Fujitsus tilbudsafgivelse blev kommunernes model udstillet som ikke-ligebehandlende og uigennemsigtig.

Den tilbudstekniske pris siger isoleret set ikke noget om, hvilken betydning opfyldelsen af krav 42 har haft for de afgivne priser – og dermed heller ikke noget om tilbudsgivernes vurdering af omfanget heraf. Hver leverandør havde valgt sin egen strategi for prissætningen. Derfor var det oplagt, at de enkelte leverandørers prissætning ikke kunne gøres op i forhold til krav 42. De tilbudstekniske prisers fordeling bidrager således på ingen måde til forståelsen af omfanget af krav 42.

Det er i strid med ligebehandlingsprincippet, at kommunerne har sammenlignet priser for forskellige ydelser. Dette er senest slået fast i klagenævnets kendelse af 26. september 2019, MBG Entreprise mod Københavns Kommune.

Formpipe er for så vidt ikke uenig med kommunerne i, at krav 42 i et vist omfang skal læses i sammenhæng med de øvrige krav vedrørende rammearkitekturen, herunder særligt krav 40 og krav 41. En samlet læsning heraf ændrer dog ikke på, at fremtidige integrationer er – og i sagens natur altid vil være – en ukendt størrelse, idet der netop er tale om integrationer, der kommer til i fremtiden og ikke nødvendigvis er planlagt endnu. Dette forhold har medført, at kommunerne ikke har kunnet sikre et sammenligneligt tilbudsafgivelsesgrundlag.

Udbudsmaterialets udformning har som anført resulteret i, at de indkomne priser ikke var sammenlignelige, og at udbudsmaterialet derfor ikke kunne danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Denne markante forskel kan ikke tilgodeses ved en sædvanlig evaluering af kvalitative forhold holdt op mod et økonomisk forhold, da den manglende opfyldelse ikke blot var en

kvalitativ forringelse af tilbuddet, men også en introduktion af økonomisk usikkerhed for kunden.

Udbuddet var forberedt og gennemført med et behov for særdeles store tilpasninger af markedets eksisterende ESDH-systemer, hvilket dels viste sig at medføre en risiko for, at de tilbudte løsninger indebar ganske betydelige indholdsmæssige forskelle, dels ganske betydelige risikomæssige forskelle i forhold til håndteringen af fremtidige ændringer.

Til støtte for påstand 1 gøres det således sammenfattende gældende, at kommunerne handlede i strid med ligebehandlingsprincippet ved at sammenligne priser for forskellige ydelser, selvom forskellene i tilbuddene skyldtes udbudsmaterialets udformning.

Kommunerne har gjort gældende, at det ubestridt kan lægges til grund, at Fujitsu har besvaret krav 42 i overensstemmelse med udbudsmaterialets angivelser, og at Fujitsus delvise opfyldelse af krav 42 er indgået i tilbudsevalueringen i overensstemmelse med udbudsmaterialets beskrivelser. I lighed med de fleste andre udbud var der således tale om en sammenligning af kravopfyldelse vægtet op mod tilbudte priser.

Påstand 1 relaterer sig reelt til, om udbudsmaterialets udformning og den deraf afledte evaluering af tilbuddene udgør en udbudsretlig overtrædelse, således at udbudsmaterialet er uegnet til at danne grundlag for tildeling.

Udbudsmaterialet var udformet på den måde, at tilbudsgiverne kunne beslutte, hvilke krav tilbudsgiveren ønskede at opfylde og, som en naturlig konsekvens, prissætte tilbudsgiverens service i overensstemmelse med den konkrete opfyldelsesgrad. Dette gjorde sig også gældende for krav 42, og opfyldelsen af kravet er indgået i evalueringen af tilbuddene.

Det har været fuldt ud gennemsigtigt, at tilbudsgiverne havde mulighed for at opfylde krav 42 helt, delvist eller ikke at opfylde kravet, og muligheden for besvarelse af krav 42 har været egnet til at blive benyttet af tilbudsgiverne i det omfang, den enkelte tilbudsgiver efter den pågældendes standardløsning og markedsstrategi har vurderet det relevant og hensigtsmæssigt, herunder henset til udbuddets evalueringsmodel. Dette gjorde sig gældende for samtlige krav i kravmatrixen, og denne metode har også været kendt og anvendt af Formpipe.

Det er helt sædvanligt, at udbud af "Software as a Service" indebærer en konkurrenceudsættelse af både indholdet af serviceydelsen og vilkårene for denne serviceydelse. Krav 42 og de forskellige muligheder for tilbudsgivernes besvarelse heraf var således udtryk for en konkurrenceudsættelse af muligheden for at købe fremtidige integrationer til som en del af det faste servicevederlag.

Software as a Service er efter kommunernes opfattelse kendetegnet ved, at software tilbydes som en tjeneste, der betales for ved et løbende servicevederlag. Det er således en leveringsmodel, der indebærer en tidsbegrænset, ikke-eksklusiv brugsret til software mod betaling af et løbende vederlag for denne brugsret.

Det betyder, at der ikke er tale om køb af et IT-system. Software as a Service kan sidestilles med at lease et produkt i en periode, og i udbud af sådanne løsninger vil både kvalitet af produktet og "leasingvilkårene" blive konkurrenceudsat. Både krav 42 og krav 5-12 vedrørte indholdet af serviceydelsen samt vilkårene for denne serviceydelse.

Valg af kravspecifikationsmetode er ikke afgørende for, hvorvidt systemet skal leveres som en service eller ej. Derimod spiller graden af standardssystem ind i denne vurdering, idet det er en forudsætning for levering af en service, at løsningen i meget høj grad er standardiseret.

Et eventuelt behov for kundespecifikke tilpasninger medfører ikke, at der ikke kan være tale om en kontrakt, der omfatter en service. Servicebaserede kontrakter findes således i forskellige varianter på markedet.

Det er korrekt, at ydelsen var kravspecificeret ved en række krav, men der var ikke som sådan tale om "specifikke krav" i forhold til kommunerne. Materialet indeholdt et meget stort antal standardiserede krav, som enten kom fra den fælles offentlige kravspecifikation for sag- og dokumentområdet (FESD) eller fra kommunernes IT-fællesskab KOMBIT. Den øvrige kravmængde var i øvrigt brugt i mange andre IT-udbud på det kommunale område af andre kommuner.

Tilrettelæggelsen af udbuddet havde efter kommunernes opfattelse i endog meget høj grad ramt markedet, hvilket fuld kravopfyldelse fra alle leverandører på over 90 % af kravene viste. Kravopfyldelse via standardprogrammel

(dvs. i hvilket omfang et krav opfyldes via standardprogrammel og ikke kundespecifikt programmel) var også meget højt for alle tilbudsgivere, over 98 %. For Formpipes vedkommende var kravopfyldelse 99,8 % og kravopfyldelse via standardprogrammel 100 %.

Det var således ikke korrekt, at leverandørerne skulle foretage en særdeles betydelig tilpasning til kommunernes behov.

Under delkriteriet om kravopfyldelse (under underkriteriet ”kvalitet”) indgik det også i evalueringen af tilbud, om kundens krav var opfyldt på tilbudstidspunktet eller på ibrugtagningdagen for Bølge 1, idet det vurderedes positivt, at kundens krav var opfyldt på tilbudstidspunktet, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 9.

For Formpipes tilbud gjorde der sig dog det særlige forhold gældende, at Formpipe havde valgt at anvende andre begreber end ”ibrugtagningdag” (eller ibrugtagningstidspunkt), jf. følgende bemærkning i kommunernes underretningsbrev af 30. september 2019 til Formpipe: ”Tilbudsgiver har ikke tydeligt angivet om kravene er opfyldt på tilbuds- eller Ibrugtagningdagen. I stedet har Tilbudsgiver anvendt termerne ”overdragelsestidspunktet” eller ”overleveringstidspunktet”. Disse termer anvendes ikke i udbudsmaterialet, og det er derfor uklart på hvilket tidspunkt kravene opfyldes i forhold til tilbudstidspunktet eller på Ibrugtagningdagen for Bølge 1, hvilket vurderes negativt.”

Dette ændrer dog ikke ved, at Formpipes tilbudte løsning afspejlede en meget høj kravopfyldelse og i meget høj grad en opfyldelse af kravene med standardprogrammel, som minimerede behovet for specialudvikling eller specielle tilretninger. Formpipes tilbud blev samlet set vurderet til at opfylde det pågældende delkriterium i meget høj grad.

Formpipes bemærkninger om ”helt særlig – og udviklingsmæssig betydelig – tilpasning”, tegner et andet billede end den forståelse af tilbuddet, som kommunerne lagde til grund ved evalueringen heraf.

Det bestrides, at krav 42 udgjorde en grundlæggende betingelse om, at fremtidige integrationer skulle være dækket af servicevederlaget, hvilket Formpipe heller ikke ses at gøre gældende.

Formpipe omtaler problemstillingen som ”vederlagsfri levering af fremtidige integrationer”. Dette er ikke korrekt. Problemstillingen handler om, hvorvidt fremtidige integrationer leveres som integrerede dele af systemet indenfor det servicevederlag, som tilbudsgiverne fastsætter i forbindelse med udbuddet.

En sådan tilrettelæggelse af udbuddet er ikke i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, uanset om der måtte være en vis usikkerhed vedrørende omfanget af økonomisk risiko, og at denne risiko er forskellig for forskellige tilbudsgivere. At kravopfyldelse relaterer sig til krav, der indebærer en økonomisk risiko, er ikke usædvanligt.

Dette gælder også, selvom det er tilbudsgivers valg, der afgør, hvem af parterne, der skal bære den økonomiske risiko, og selvom risikoen til dels er ”udefrakommende”. Det svarer til muligheden for at tage forbehold overfor vilkår, der indebærer økonomisk risiko, og lade dette indgå i den kvalitative evaluering.

Det er ikke korrekt, at der er tale om ”sammenligning af tilbud med så forskelligt indhold, at de reelt vedrører forskellige ydelser, hvilket først har vist sig i denne klagesag.” Dette postulat hænger heller ikke sammen med, at Formpipe medgiver, at det har været klart i udbudsmaterialet, at det var op til tilbudsgiverne, om de ville opfylde kravene, herunder krav 42. Det har således været klart, at dette kunne indebære en forskel i graden af kravopfyldelse og den økonomiske risiko, som en tilbudsgiver kunne vælge at påtage sig. Forskellen mellem tilbuddene beroede alene på tilbudsgivernes egne valg, og der var tale om valg, som tilbudsgiverne traf på et fuldstændigt klart og ensartet grundlag.

Udbudsreglerne indebærer ikke en forpligtelse for ordregiveren til at begrænse ”spillepladen” for tilbudsgiverne således, at der alene er tale om at sammenligne sammenlignelige ydelser. Sammenligning af ”forskellige ydelser” er ikke i strid med udbudsreglerne. For eksempel vil alternative tilbud ofte være udtryk for forskelligartede løsninger. Som et andet eksempel kan nævnes funktionsudbud, der netop er egnede til at differentiere tilbuddene. Det afgørende er i den sammenhæng, at grundlaget for afgivelse af tilbud og evalueringen heraf er ensartet for alle tilbudsgivere og klart og gennemsigtigt beskrevet.

Det konkrete krav 42 vedrører fremtidige integrationer, og omfanget heraf ligger ikke entydigt fast. Det kan dog konstateres, at alle tilbudsgivere opfyldte alle krav vedrørende rammearkitekturen, herunder krav 40 og 41, og kravet om at fremtidige integrationer leveres som en del af nye versioner af den pågældendes standard ESDH-system (som en del af krav 42). Efter de afgivne tilbud er det således den markedsmæssige standard, at alle leverandører leverer et standardsystem, der understøtter KOMBITs udvikling af den fælles kommunale rammearkitektur, samt at systemerne løbende integreres med komponenter i den kommunale rammearkitektur.

Udbudsmaterialets udformning indebar som anført, at tilbudsgiverne havde mulighed for at opfylde krav 42 fuldt ud, delvist eller ikke opfylde kravet, og der var således ikke tale om et grundlæggende krav, som tilbudsgiverne skulle opfylde. Hvis en tilbudsgiver har vurderet, at krav 42 ville være økonomisk byrdefuldt og medførte en væsentlig højere pris, stod det tilbudsgiveren frit for ikke at opfylde kravet og prissætte tilbudsgiverens service på den baggrund og med den konsekvens, at den mangelfulde opfyldelse ville blive inddraget i tilbudsevalueringen.

Der var derfor heller ikke tale om et forbehold for vederlagsfrie integrationer. Tilbudsgivere, der havde valgt at opfylde kravet fuldt ud, må antages at have prissat dette som en del af deres tilbudsstrategi og henset til den pågældendes markedsstrategi i øvrigt.

Det er helt sædvanligt, at en tilbudsgiver under en udbudsproces må afgøre, hvordan han bedst optimerer sit tilbud ud fra udbudsmaterialets udformning, herunder hvad der tillægges positiv vægt i evalueringen af tilbuddene. Under en udbudsproces er det således op til den enkelte tilbudsgiver at afgøre, hvordan han ønsker at optimere sit tilbud under hensyntagen til de anførte kvalitative krav og de anførte under- og delkriterier. Et tilbud kan både optimeres ved en høj grad af opfyldelse af stillede krav og en eventuelt deraf afledt højere pris eller ved en mindre grad af kravopfyldelse og muligvis en billigere pris. Det er op til hver enkelt tilbudsgiver at træffe sådanne tilbudsstrategiske beslutninger i forbindelse med afgivelsen af tilbud.

At Formpipe har truffet én tilbudsstrategisk beslutning, og Fujitsu har truffet en anden i forhold til opfyldelse af krav 42, indebærer ikke, at tilbuddene var usammenlignelige, eller at der ikke lovligt kunne tildeles kontrakt på grundlag af udbuddet.

Det er tværtimod fuldt ud i overensstemmelse med udbudsreglerne og sædvanligt, at en ordregiver konkurrenceudsætter, hvilke ydelser en tilbudsgiver vil levere og på hvilke vilkår, og lader dette afspejle sig i den kvalitative evaluering. En sådan tilgang medfører ikke, at priserne bliver usammenlignelige, og det har stået tilbudsgiverne klart, hvordan de kunne optimere deres tilbud med hensyn til pris og kvalitet.

At Formpipe var nødt til at kalkulere med worst-case scenario var i givet fald også udtryk for et valg, og det kan ikke umiddelbart læses ud af de tilbudte priser. To tilbudsgivere havde således tilbudt priser, der var væsentligt højere end Formpipe, og Fujitsu havde ikke afgivet laveste pris.

Det er uklart, hvilken konkret betydning opfyldelse af krav 42 har haft for den enkelte tilbudsgivers prissætning, da dette beror på en række aspekter, herunder graden af opfyldelse af de øvrige 517 krav.

Det forhold, at opfyldelse af krav indebar elementer af økonomisk risiko, og at denne risiko var forskellig for forskellige tilbudsgivere, indebar ikke en overtrædelse af de grundlæggende principper om gennemsigtighed og ligebehandling. Det gælder navnlig i det tilfælde, hvor udbudsmaterialet åbnede mulighed for, at tilbudsgiverne traf et valg om, hvorvidt et krav skulle opfyldes og dermed indgå i tilbudsgiverens prissætning. Det er helt sædvanligt, at opfyldelse af krav indebærer elementer af økonomisk risiko, og at denne risiko er forskellig for forskellige tilbudsgivere.

Opfyldelse af krav, der indgår som en del af en tilbudsgivers standardløsning, og som allerede er udviklet på tidspunktet for afgivelse af tilbud, indebærer en væsentlig mindre økonomisk risiko end opfyldelse af samme krav for den tilbudsgiver, der først efter afgivelse af tilbud skal udvikle en løsning. Det betyder dog ikke, at det er i strid med de grundlæggende udbudsretlige principper ved evaluering af tilbud at lægge vægt på, om opfyldelse af kravet sker ved standardprogrammel, og/eller lægge vægt på, hvornår specialudvikling kan forventes klar.

Det er heller ikke i strid med de udbudsretlige principper at lade tilbudsgiverne bære risici ved kontrakten og lade dem prissætte dette. Dette kan også lovligt ske ved, at påtagelse af risici beror på den enkelte tilbudsgivers valg, hvilket mulighed for at tage et forbehold ofte er udtryk for.

Det bestrides, at krav 42 indebar en stor økonomisk risiko for Formpipe. Udbudsmaterialet, og dermed det tilbudte (og den tilhørende pris) fra alle tilbudsgiverne, rummede med den høje kravopfyldelse en meget ambitiøs krav-sætning i relation til integrationer til støttesystemer og komponenter i den fælleskommunale rammearkitektur både i form af krav og optioner. Alene en realisering af kravene og optionerne ville betyde en flerårig horisont qua kontraktens bølgeplan.

Dertil kommer, at kontraktperioden sammenholdt med implementeringshorisonten for nye centrale tiltag fra KOMBITs side i forhold til en implementering hos 12 kommuner har betydning for omfanget af fremtidige integrationer omfattet af krav 42. Erfaringerne for, hvor hurtigt integrationer til støttesystemer og komponenter i rammearkitekturen rulles ud, tilsiger multiple flerårige udrulningsforløb, førend fremtidige integrationer kan være parate til konkret implementering. Med en modningsperiode for de nuværende støttesystemer, der indtil videre har taget ca. 7 år, må det antages, at der er tilsvarende lang modningsperiode for fremtidige integrationer.

Dette begrænser naturligt behovet for integrationer med fremtidige komponenter i rammearkitekturen inden for kontraktens løbetid. Krav 42 vedrører alene sådanne fremtidige integrationer og ikke modernisering, opgraderinger eller fremtidige versioneringer af de allerede kravsatte integrationer til rammearkitekturen.

Forpligtelsens omfang skal ses i lyset af udbudsmaterialets udformning, herunder at udbudsmaterialet indeholdt en række krav og optioner om integrationer, og sammenholdes med det tidsmæssige aspekt i relation til udrulningsforløb, som efter kommunernes opfattelse også var almindeligt markeds-kendskab for aktører inden for området. Henvisningen til ”relevante komponenter” var ikke udtryk for, at der indførtes endnu en ubekendt faktor. At der var tale om ”relevante komponenter” fremgik eksplicit af ordlyden af krav 41, som krav 42 skal læses i sammenhæng med.

Krav 42 skal således ses i lyset af udbudsmaterialets indhold i øvrigt, og som følge heraf er krav 42 reelt ikke så byrdefuldt, som Formpipe forsøger at tegne et billede af.

Udbudsmaterialet var netop udformet således, at der var en række krav og optioner, der tog højde for integrationer til kendte og relevante systemer.

Formpipe nævner en række systemer, der er under udvikling, og som Formpipe mener, at tilbudsgiverne har været nødsaget til at påregne, at det kunne blive aktuelt at udvikle integrationer til under krav 42. Denne opfattelse harmonerer dog ikke med de faktuelle omstændigheder.

Behovet for fremtidige integrationer er ikke udtryk for kommunernes egne forventninger, men derimod udtryk for et almindeligt kendskab til udviklingen af forskellige systemer i markedet. De relevante markedsaktører forudsættes at have kendskab hertil, idet alle markedsaktører, herunder Formpipe, løbende deltager i drøftelser med KOMBIT om udviklingen af den fælleskommunale rammearkitektur, herunder forskellige fremtidige kommunale systemer. Baseret på disse drøftelser og almindeligt tilgængelige informationer har alle relevante markedsaktører efter kommunernes opfattelse et fornødent kendskab til omfang af fremtidige integrationer indenfor en relativ lang tidshorisont.

Dette understøttes netop af, at det er markedsmæssig standard, at fremtidige integrationer leveres som en del af nye versioner af den pågældende leverandørs standard ESDH-løsning. Det er således ikke en forpligtelse af et så ubegrænset og uforudsigeligt omfang, at nogen tilbudsgiver har undladt at påtage sig den forpligtelse.

At kravet reelt ikke er så byrdefuldt, som det tilstræbes beskrevet i klagen, understøttes således også af, at alle tilbudsgiverne har tilkendegivet, at fremtidige integrationer er en del af leverandørernes standardprogrammel og derfor må være en naturlig del af leverandørernes markedsstrategi.

Kommunerne har heller ikke i Formpipes tilbud kunnet se, at Formpipe vurderede, at der var en stor økonomisk risiko ved opfyldelsen af krav 42. Formpipe havde alene i sin besvarelse af kravmatrix markeret krav 42 som opfyldt via standardprogrammel, selv om det i matrix var muligt at angive, at opfyldelsen skulle ske som tilpasning/opsætning til systemet. Formpipe havde heller ikke angivet en uddybende besvarelse af krav 42 i rubrikken ”redegørelse”.

Hvis tilbudsgiverne havde vurderet, at opfyldelse af kravet indebar en væsentlig økonomisk byrde og en betydelig økonomisk risiko, har det endvidere formodningen imod sig, at 4 ud af 5 tilbudsgivere har besvaret krav 42 som

fuldt opfyldt. Det skal i øvrigt bemærkes, at der ikke er stillet spørgsmål til kravets omfang under udbudsprocessen.

At Fujitsu har en evalueringsteknisk pris, der er lavere end Formpipes evalueringstekniske pris, kan måske ses som en konsekvens af, at Fujitsu har afvejet – ud fra udbudsmaterialets udformning – hvordan Fujitsu kunne levere et tilbud med bedste forhold mellem pris og kvalitet. Denne mulighed for at optimere tilbuddet forelå ligeledes for Formpipe. Formpipe har dog bevidst valgt fuld opfyldelse af krav 42, selvom Formpipe eventuelt måtte mene, at opfyldelsen af kravet indebar en økonomisk risiko.

Det er således meget tvivlsomt, om opfyldelse af krav 42 har den store økonomiske konsekvens. Både den billigste tilbudsgiver (KMD A/S med en tilbudsteknisk pris på 86.815.043 kr.) og den dyreste tilbudsgiver (Tieto Denmark A/S med en tilbudsteknisk pris på 133.938.304 kr.) har fuld kravopfyldelse af kravene til rammearkitekturen, herunder krav 42. Derfor kan der ikke udledes noget entydigt om, hvilken betydning en fuld eller for den sags skyld en delvis kravopfyldelse af krav 42 er vurderet til at have blandt tilbudsgiverne i forhold til pris. Det vil dog være i fuld overensstemmelse med udbudsreglerne, hvis en dårligere kravopfyldelse – dvs. en dårligere kvalitet – har medført en tilsvarende lavere pris.

Der foreligger på den baggrund ikke en overtrædelse af gennemsigtigheds- eller ligebehandlingsprincippet, da udbudsmaterialets udformning ikke var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Kommunerne har derfor ikke overtrådt principperne ved at sammenligne priser fra tilbudsgiverne med forskellig kravopfyldelse. Det bemærkes, at under den tidligere klagesag fra 23. maj 2019 fandt klagenævnet, at evalueringsmodellen var i overensstemmelse med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, jf. den tidligere klagesags påstand 1.

Ad påstand 2

Formpipe har gjort gældende, at Fujitsus tilbud indeholdt forbehold og derfor skulle være afvist som ukonditionsmæssigt.

I krav 5-12 skulle tilbudsgiverne svare på, om omkostningerne til videreudvikling af systemet var omfattet af servicevederlaget. Formpipe bestrider

ikke, at der ved besvarelsen af krav 5-12 kunne være svaret "nej" eller "delvist", uden at dette isoleret set ville udgøre et forbehold.

Formpipe er desuden enig i, at redegørelseskravet i krav 5-12 er to-ledet, således at der dels skulle svares på, hvordan videreudvikling var organiseret, dels redegøres for kundens mulighed for at påvirke videreudviklingen. Ud over redegørelsen skulle tilbudsgiverne imidlertid også besvare graden af opfyldelse af kravet med "ja", "nej" eller "delvist", og denne besvarelse relatere sig til begge led af redegørelsen.

Kommunerne introducerer en nyopfundet model til redegørelsesdelen af krav 5-12. Der er intet i udbudsmaterialet, der støtter en sådan tilgang. Der er heller intet i en naturlig læsning af kravet, der støtter en sådan tilgang. Endvidere er der intet i udbud af ESDH-ydelser generelt, der støtter en sådan tilgang. Den eneste naturlige og reelle tilgang til udformningen af en løsningsbeskrivelse af krav 5-12 er, at redegørelsen netop vedrører/uddyber opfyldelsen af kravet. At den "afsluttende del" af Fujitsus redegørelse ikke skulle relatere sig til kravets opfyldelse forekommer kunstigt og kan i bedste fald ses som en efterrationalisering.

En besvarelse af krav 5-12 med "ja" forudsatte, at leverandørens omkostninger til videreudvikling af systemet var omfattet af servicevederlaget i sin helhed, idet der hverken i kravet skelnedes mellem ny funktionalitet henholdsvis ikke ny funktionalitet, eller mellem leverandørinitieret udvikling henholdsvis kundeinitieret udvikling. Fujitsu havde således svaret konfliktende og uklart, og kommunerne havde pligt til at afvise tilbuddet fra Fujitsu.

Fujitsu havde svaret "ja" til, at krav 5-12 var opfyldt, herunder at omkostninger til videreudvikling af systemet var omfattet af servicevederlaget. Af redegørelsen fremgår imidlertid klart: "...hvorefter der gives en størrelsesindikation over for kunden, altså en økonomisk ramme som der arbejdes indenfor." Fujitsu havde således svaret "ja" til, at leverandørens omkostninger til videreudvikling af Systemet var omfattet af Servicevederlaget, men havde efterfølgende skrevet, at kunden gives en økonomisk ramme og på baggrund heraf skal vurdere, om arbejdet skulle udføres. Denne formulering skabte tvivl om, hvorvidt videreudvikling i form af ny funktionalitet var omfattet af servicevederlaget, og den udgjorde derfor et forbehold for prisen.

Forbeholdet i Fujitsus tilbud bestod således i en uoverensstemmelse mellem Fujitsus redegørelse i krav 5-12 og besvarelsen "ja" til samme kravs opfyldelse. Uoverensstemmelsen skabte en klar usikkerhed og tvivl om, hvorvidt omkostninger til videreudvikling i form af ny funktionalitet var omfattet af servicevederlaget. Af redegørelsen i Fujitsus tilbud fremgår helt klart, at kommunerne ville skulle betale for videreudviklinger ud over servicevederlaget.

Fujitsus redegørelse medførte, at det med sikkerhed ikke kunne lægges til grund, at al videreudvikling var omfattet af servicevederlaget som (ellers) angivet ved besvarelsen "ja".

Selv om uklarheden i Fujitsus tilbud ikke vedrørte et mindstekrav, skabte den alligevel usikkerhed om, hvad der var omfattet af servicevederlaget, og kommunerne kunne derfor ikke foretage en evaluering af Fujitsus tilbud, ligesom kommunerne i øvrigt hverken kunne have kapitaliseret eller set bort fra forbeholdet. Der var således i tilbuddet en betydelig uklarhed om, hvilke ydelser der var indeholdt i servicevederlaget.

Det er efter klagenævnets faste praksis tilbudsgiveren, der bærer risikoen for uklarheder i tilbuddet, jf. blandt andet Klagenævnet for Udbuds kendelse af 31. januar 2014, Avaleo ApS mod Vejle Kommune.

Fujitsu behandlede i sin redegørelse "videreudvikling i form af ny funktionalitet" som en særlig form for videreudvikling, der kunne behandles adskilt fra videreudvikling i øvrigt. Videreudvikling var imidlertid ikke et forhold, som kunne opdeles i forskellige former, og "videreudvikling af ny funktionalitet" kunne dermed heller ikke behandles adskilt fra "videreudvikling i øvrigt". Det er essentielt at adskille videreudvikling fra en kundeinitieret ændring, der har en selvstændig regulering i den udbudte kontrakt, men som ikke var relevant for krav 5-12.

Krav 5-12 var i udbuddets bilag 5 placeret under afsnit 4 "Videreudvikling". Overskriften indeholdt ikke nogen yderligere afgrænsning af begrebet videreudvikling, og der var ikke i beskrivelsen af kravet lagt op til en afgrænsning af begrebet videreudvikling.

Den naturlige læsning og sædvanlige definition af krav 5-12 medfører, at kravet vedrører al videreudvikling af systemet. Videreudvikling indebærer,

at noget eksisterende udvikles, så det kan noget andet og mere, end den oprindelige funktion. Det er således naturligt, at videreudvikling netop resulterer i ny funktionalitet, og det var derfor et klart forbehold - og IT-mæssigt unaturligt - at videreudvikling af ny funktionalitet i Fujitsus redegørelse ikke var omfattet.

Som krav 5-12 er formuleret, indebar det således, at al videreudvikling var omfattet, og en afgrænsning af begrebet videreudvikling i tilbudsgiverens redegørelse måtte forudsætte, at der svares "delvist" til kravets opfyldelse, idet besvarelsen "ja" forudsætter, at al videreudvikling er omfattet af servicevederlaget. Ved at have svaret "ja" til at videreudvikling leveres inden for servicevederlaget, men efterfølgende at have foretaget en begrænsning af begrebet videreudvikling, har Fujitsu skabt tvivl om tilbuddets indhold og taget forbehold for, hvad servicevederlaget omfatter.

Fujitsu skelnede i sit tilbud som anført mellem "videreudvikling af Systemet som ikke omhandler ny funktionalitet" henholdsvis "videreudvikling i form af ny funktionalitet". Der var ikke noget, der indikerede, at den ene af disse skulle være leverandørinitieret og den anden kundeinitieret - tværtimod inddrages kunden i begge processerne. Kommunerne har i læsningen af Fujitsus tilbud tilsyneladende indfortolket – og i hvert fald i svarskriftet fremført – en sontring mellem leverandørinitieret henholdsvis kundeinitieret videreudvikling. Der var imidlertid hverken i udbudsmaterialets beskrivelse af kravet eller i Fujitsus redegørelse lagt op til en sådan sontring, som bestrides.

Det bestrides endvidere, at Fujitsus besvarelse af krav 5-12 vedrører kundespecifikke ændringer. Fujitsus tilbud kan læses på forskellige måder, hvilket i sig selv er problematisk, idet der derved opstår tvivl om, hvilke ydelser der er omfattet af servicevederlaget, herunder om der er modstrid mellem tilbuddets egne angivelser. Hvis kommunerne ved evalueringen har lagt til grund, at den økonomiske ramme alene vedrører kundespecifikke ændringer, skulle dette være søgt afklaret forud for tilbudsevalueringen, idet der efterfølgende ville opstå tvivl, hvis Fujitsu med formuleringen mente videreudvikling af ny funktionalitet generelt.

Kundespecifikke ændringer var omhandlet i krav 5-1, som også fremgår af tilbuddets bilag 5. Det giver således ikke mening, at Fujitsu også under krav 5-12 besvarer spørgsmål om kundespecifikke ændringer, idet dette allerede var behandlet i krav 5-1, og idet krav 5-12 vedrører videreudvikling og ikke

ændringer. I besvarelsen af krav 5-1 skelner Fujitsu i øvrigt mellem ny funktionalitet og kundespecifikke ændringer.

Der var ikke noget, der tydede på, at Fujitsu i besvarelsen af krav 5-12 skulle henvise til kundespecifikke ændringer, når de anførte videreudvikling i form af ny funktionalitet. Kundespecifikke ændringer var desuden behandlet i udbudsmaterialets bilag 9, og det savnede derfor også af den grund mening, at Fujitsu skulle beskrive kundespecifikke ændringer i udbudsmaterialets bilag 5-12.

Det følger af Klagenævnet for Udbuds praksis, at forbehold for priser oftest udgør forbehold for grundlæggende elementer, og i det omfang det ikke vedrører grundlæggende elementer, sjældent kan kapitaliseres.

Kommunerne har ikke foretaget en kapitalisering af forbeholdet. Det er i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2 at tage tilbud, der indeholder forbehold, i betragtning, uden at der foretages en kapitalisering af forbeholdet.

Forbeholdet ville heller ikke kunne kapitaliseres, idet det ikke på kontraktindgåelsestidspunktet vides, hvilke nye funktionaliteter der kan forventes at skulle udvikles. Fujitsus tilbud burde og skulle derfor være afvist som ukonditionsmæssigt.

Kommunerne har overordnet gjort gældende, at Fujitsus besvarelse af krav 5-12 var i overensstemmelse med udbudsmaterialets udformning, og det bestrides, at besvarelsen indeholdt et forbehold.

Kommunerne har nærmere gjort gældende, at det ikke er en korrekt forståelse af udbudsmaterialet, når Formpipe gør gældende, at al videreudvikling skulle være omfattet af servicevederlaget, herunder navnlig henset til kontraktens vilkår, og det harmonerer heller ikke med den måde, hvorpå Software as a Service fungerer og udbydes, ligesom det heller ikke ses afspejlet i Formpipes eget tilbud. Kontrakten var netop udformet under hensyntagen til, at der var tale om levering af en Software as a Service, og tilbudsgiverne fastsatte ved besvarelse af krav 5-12 (videreudvikling) og 5-13 (udviklingsplaner), hvilken videreudvikling der skulle leveres indenfor det servicevederlag, som tilbudsgiveren havde prissat i tilbuddet. Dette medførte tillige, at angivelser i besvarelsene af disse krav ikke kunne anses for forbehold.

Udbudsmaterialet var udformet på den måde, at tilbudsgiverne havde mulighed for at opfylde krav 5-12 helt, delvist eller slet ikke at opfylde kravet. Hvis en tilbudsgiver ikke opfyldte kravet, ville det derfor ikke have medført, at tilbuddet kunne og skulle anses for ukonditionsmæssigt. Levering af videreudvikling indenfor servicevederlaget var netop ikke et grundlæggende element, som ikke kunne fraviges.

Tværtimod åbnede udbudsmaterialet op for, at det var tilbudsgiverne, der ved besvarelse af krav 5-12 og 5-13 fastsatte, hvilken videreudvikling der skulle leveres indenfor det servicevederlag, som tilbudsgiveren havde prissat i tilbuddet.

I forbindelse med besvarelsen af krav 5-12 skulle tilbudsgiverne redegøre ”for opfyldelsen af kravene, herunder beskrive hvordan videreudvikling er organiseret”. Tilbudsgiver skulle desuden ”angive Kundens mulighed for at påvirke videreudvikling gennem brugergrupper eller lignende.”

Redegørelseskravet var således 2-ledet. Det 1. led i redegørelseskravet vedrører leverandørens opfyldelse af kravet om videreudvikling, og det 2. led omhandler kundens mulighed for at påvirke denne videreudvikling. Redegørelseskravet var udformet med henblik på, at tilbudsgiverne beskrev, hvordan den leverandørinitierede videreudvikling fandt sted og var organiseret (1. led af redegørelseskravet). Det var den videreudvikling, der var omfattet af servicevederlaget – i kraft af Fujitsu besvarede kravet med ”ja”, og som defineredes af leverandørens udviklingsplaner, jf. krav 5-13.

Opfyldelse af krav 5-13 kunne ligeledes angives ved besvarelse af ”ja”, ”nej” eller ”delvist”, og i den forbindelse skulle tilbudsgiverne redegøre for ”opfyldelsen af kravene, herunder beskrive udviklingsplaner for Systemet.”

Det er helt sædvanligt på det specifikke marked for standard ESDH-systemer, der leveres som en service, at leverandøren, for at sikre et tidssvarende og markedskonformt system, leverer leverandørinitieret videreudvikling af sit system, der er omfattet af servicevederlaget.

Det er således ubestrideligt, at reguleringen af videreudvikling i nærværende kontrakt med bilag er en fuldstændig gængs og kendt regulering på markedet for levering af systemer som en service.

Det er i sagens natur ikke muligt helt entydigt at specificere, hvori en sådan leverandørinitieret videreudvikling består, idet indholdet og omfanget af videreudviklingen løbende påvirkes af blandt andet systemets modenhed i forhold til markedsstandarden, den enkelte leverandørs udviklingsplaner og -muligheder samt udefrakommende omstændigheder i form af f.eks. ny lovgivning mv., der udmøntes i en ændring af systemet.

Kravet om, at leverandøren skal redegøre for sine udviklingsplaner (i krav 5-13), er designet til at give kunden oplysning om, hvad leverandøren vil foretage af leverandørinitieret videreudvikling. Udover den leverandørinitierede videreudvikling kunne kunden i denne kontrakt kræve kundespecifikke ændringer til systemet. Sådanne ændringer kunne indeholde et element af videreudvikling, men kunne også bestå af ny funktionalitet. Kundespecifikke ændringer er reguleret i kontraktens pkt. 17 (Kundespecifikke ændringer) med tilhørende bilag 9 og underbilag 9A. Sådanne ændringer afregnes særskilt og var således ikke omfattet af servicevederlaget. Af bilag 9, pkt. 5, følger således, at vederlaget for kundespecifikke ændringer afregnes enten som fast pris eller et estimat baseret på de i bilag 8 angivne timepriser; altså ud fra en økonomisk ramme for den pågældende kundespecifikke ændring.

Endelig kunne kunderne påvirke ændringer til systemet via brugergrupper eller tilsvarende fora. Denne mulighed var formuleret i kontraktens pkt. 16 (Ændringsønsker i leverandørens brugerorganisation), og leverandørens beskrivelse af sin organisering fremgår af bilag 5. Det var således leverandøren, der ved besvarelse i bilag 5 fastsætter rammerne for, hvordan ændringsønsker (videreudvikling) som led i leverandørens brugerorganisation håndteres.

Det er helt sædvanligt, at leverandører, der leverer standardiserede systemer eller applikationer som en service, etablerer brugerorganisationer bestående af flere kunder, der alle anvender systemet som en service. Kunderne i brugerorganisationen fungerer som en sparringspartner for leverandøren, bl.a. i relation til videreudvikling.

Betalingen for gennemførelse af ændringsønsker, der opstår i brugerorganisationen, kan ske på flere måder, herunder ved at leverandøren kan vælge, at konkrete ændringsønsker, der opstår i brugerorganisationen, indarbejdes i leverandørens udviklingsplan for systemet og dermed bliver omfattet af servicevederlaget, at konkrete ændringsønsker betales af de deltagende kunder,

typisk ud fra en forholdsmæssig fordeling, eller at afholde dele af udviklingsomkostningerne selv således at de deltagende kunder kun betaler en del heraf.

Kontraktens pkt. 16 regulerer alene kundens mulighed for at påvirke leverandørens system via brugerorganisationer, men ikke den konkrete betaling herfor. En sådan detailregulering er ikke hensigtsmæssig eller i øvrigt mulig, idet kunden ikke kan pålægge leverandøren en bestemt metode for betaling og derved påvirke leverandørens andre kontrakter med øvrige kunder, der anvender det samme system.

Udbudsmaterialets indhold i relation til videreudvikling er helt i tråd med den gængse opfattelse i markedet, og alle tilbudsgivere havde i bilag 5 beskrevet netop deres tilgang hertil.

Derfor var udbudsmaterialet udformet således, at tilbudsgiverne ved deres besvarelse af krav 5-12 og krav 5-13 fastsatte, hvilken videreudvikling der leveres indenfor det servicevederlag, som leverandøren havde prissat i tilbuddet.

Det er således ikke en korrekt forståelse af udbudsmaterialet, når Formpipe anfører, at servicevederlaget skulle dække al videreudvikling, da denne forståelse ikke hænger sammen med kontrakten og den måde, hvorpå ”Software as a Service” fungerer og udbydes.

Formpipes opfattelse savner også mening i forhold til udformningen af Formpipes eget tilbud. Det fremgår desuden af Formpipes overordnede ydelses- og servicebeskrivelse, at Formpipes tilbud ikke omfattede modulerne/integrationerne Kvalitetskontrol, Fleksibel Rapportering, Acadre ES (Skanning) og Meeting Plus (Borger). Formpipe kan på den baggrund næppe mene, at virksomhedens eget tilbud skal forstås på den måde, at når nye funktioner, moduler og integrationer tilrettelægges på workshops, som beskrevet i krav 5-12, leveres dette til kunden indenfor servicevederlaget. Formpipes tilbud synes også at afspejle flere steder, at det giver mening at behandle kundespecifikke ændringer under besvarelse af krav 5.12.

Fujitsus besvarelse skal således læses i lyset af udbudsmaterialets udformning, herunder at der ved besvarelse af krav 5-12 var tale om et toleddet krav. Fujitsu anførte i sin besvarelse af krav 5-12, at kravet opfyldes, idet kravopfyldelsen besvares med et ”ja”.

Fujitsu redegjorde for sin opfyldelse af kravet ved først at beskrive, hvordan den leverandørinitierede videreudvikling fandt sted og var organiseret (1. led af redegørelseskravet). Herefter besvarede Fujitsu i de to sidste afsnit af sin redegørelse, hvordan kunden i øvrigt kunne påvirke videreudvikling gennem brugergrupper eller tilsvarende fora (det vil sige 2. led af redegørelseskravet). 2. del af redegørelseskravet relaterede sig ikke kun til den videreudvikling, der var omfattet af servicevederlaget, men til videreudvikling i bredere forstand og i lighed med hvordan leverandørerne af sådanne systemer på forskellig vis kan inddrage brugerne i overvejelser og planlægning af videreudvikling. Det var derfor ikke i strid med besvarelsen ”ja” til kravet om, at videreudvikling var omfattet, når Fujitsu i afsnittet vedrørende anden del af kravet omtaler betaling for videreudvikling, der jo netop også fremgik af kontraktens bestemmelser.

Dette er udtryk for en naturlig læsning af redegørelseskravet set i lyset af, hvordan videreudvikling ved ESDH-systemer som en service fungerer, og hvordan udbudsmaterialet netop var udformet med dette fokus. Dette havde været hensigten ved formuleringen af redegørelseskravet, og det var efter kommunernes opfattelse også den forståelse af redegørelseskravet, som tilbuddet fra Fujitsu afspejlede. Efter kommunernes opfattelse kunne dette klart læses ud af kravets formulering.

Ved i redegørelsen at anføre, at udvikling af ny funktionalitet kunne være en særskilt betalbar ydelse, var der således tale om en redegørelse for, hvordan kunden kunne påvirke videreudviklingen, og herunder hvordan betaling for dette eventuelt kunne være betalbart og eventuelt betalbart i forhold til en flerhed af kunder i brugerorganisationen.

Den leverandørinitierede videreudvikling var således utvivlsomt omfattet af servicevederlaget, og angivelsen af betaling for ny funktionalitet, der udsprang af kundens påvirkning i brugerorganisationen, var derfor ikke et forbehold.

Fujitsus bemærkning i tilbuddet kunne ikke anses for et forbehold overfor krav 5-12, da dette ikke var et mindstekrav, eller anses for et forbehold overfor vederlagsstrukturen eller kontrakten i øvrigt. Fujitsus besvarelse af krav 5-12 harmonerede således med udbudsmaterialets indhold, herunder de fastsatte krav for besvarelse af krav i bilag 5 og det toleddede redegørelseskrav i

krav 5-12 samt kontraktens vilkår i øvrigt i relation til videreudvikling i brugerorganisationer og betaling for videreudviklingsønsker fra kunden.

Det forhold, at Formpipe havde en anden opfattelse og mener, at udbudsmaterialet og navnlig redegørelseskravet skulle forstås på en anden måde, indebærer ikke, at kommunerne var berettiget eller forpligtet til at anse Fujitsus tilbud for ukonditionsmæssigt. Der er ikke tale om en uklarhed i Fujitsus tilbud, der skal fortolkes til skade for Fujitsu.

Der var i givet fald tale om en uklarhed, der alene handlede om forståelse af udbudsmaterialet, og navnlig det toleddede redegørelseskrav. Der var netop på den baggrund ikke tilstrækkeligt sikkert grundlag for at anse Fujitsus tilbud for ukonditionsmæssigt. Der var i givet fald tale om en uklarhed, som kommunerne i overensstemmelse med fast klagenævnspraksis måtte bære risikoen for med den konsekvens, at kommunerne ikke var berettiget til at anse Fujitsus tilbud for ukonditionsmæssigt. Dette ville tværtimod være i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i forhold til Fujitsu.

Ad påstand 3

Formpipe har gjort gældende, at det ovenfor om påstand 1 og 2 anførte medfører, at kommunernes tildelingsbeslutning af 30. september 2019 skal annulleres, jf. lov om Klagenævnet for Udbuds § 13, stk. 1, nr. 2.

Udbudsmaterialet kunne som anført ikke danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, idet materialets udformning resulterede i tilbud, der var usammenlignelige. Som følge heraf var kommunernes tildelingsbeslutning ulovlig.

Fujitsus tilbud indeholdt desuden forbehold for prisen, som ikke kunne kapitaliseres. Fujitsus tilbud burde derfor være afvist som ukonditionsmæssigt, hvorfor kommunernes beslutning om at tildele kontrakten til Fujitsu også af den grund var ulovlig.

Begge påstande fører efter en konkret væsentlighedsvurdering til, at kommunernes tildelingsbeslutning skal annulleres.

Det bestrides, at Formpipe har udvist passivitet. Formpipe kunne ikke have inddraget påstandene under denne sag i den tidligere klagesag vedrørende

samme udbud. Klagenævnet for Udbud afsagde delkendelse i den første sag mellem Formpipe og kommunerne den 23. maj 2019. Formpipe havde den 24. april 2019 anmodet om aktindsigt i Fujitsus tilbud, men først den 28. maj 2019 fik Formpipe aktindsigt i materialet. Den 3. juni 2019 meddelte kommunerne, at tildelingsbeslutningen annulleredes, og Formpipe tilbagekaldte herefter sin klage.

Det kan ikke lægges Formpipe til last, at forhold, der først kunne konstateres, efter Formpipe fik aktindsigt den 28. maj 2019, ikke var inddraget i den klagesag, hvori Klagenævnet for Udbud afsagde delkendelse den 23. maj 2019.

Der foreligger derfor ikke en sådan form for passivitet, at påstanden om annullation ikke skal tages til følge, idet Formpipe har indgivet klage 2,5 måned efter meddelelse om tildelingsbeslutning, og forud herfor har indledt en dialog med kommunerne allerede 1,5 måned efter meddelelse om tildelingsbeslutningen, jf. også Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. december 2019, Jørns Rutetraffic A/S mod Nordjyllands Trafikselskab.

Kommunerne har gjort gældende, at kommunerne ikke har handlet i strid med de udbudsretlige regler og principper, jf. ad påstand 1 og 2, og at der derfor ikke er grundlag for annullation af tildelingsbeslutningen.

Afgørelse om annullation skal dog ikke alene bero på en vurdering af, om kommunerne har begået fejl under udbudsprocessen. Vurderingen skal foretages ud fra en samlet vurdering af de forhold, som taler for og imod annullation, jf. klagenævnets kendelse af 22. januar 2012, Bombardier Transportation Denmark A/S mod Banedanmark. Kendelsen er et eksempel på, at passivitet må inddrages i grundlaget for vurderingen af en annullationspåstand.

Formpipes klage angår forhold, som Formpipe i al væsentlighed kunne konstatere på tidspunktet for offentliggørelse af udbudsmaterialet tilbage i oktober 2018.

Kommunernes tildelingsbeslutning var baseret på samme udbudsmateriale og samme tilbud fra Fujitsu, som den tidligere klagesag også angik. Formpipe havde derfor allerede under den tidligere klagesag haft mulighed for at inddrage de anførte forhold, idet udbudsmaterialet havde været det samme siden oktober 2018, og Formpipe modtog allerede i maj 2019 aktindsigt i tilbuddet fra Fujitsu.

Formpipe har således forholdt sig passivt i forhold til de anførte forhold, indtil kommunernes fornyede tildelingsbeslutning ikke gik i Formpipes retning. Denne passivitet skal indgå i vurdering af annullationspåstanden.

En annullation af tildelingsbeslutningen vil indebære et væsentligt værdispild både for kommunerne og de virksomheder, der har deltaget i processen.

Ad påstand 4

Formpipe har gjort gældende, at det følger af udbudslovens § 185, stk. 2, at ordregiver er forpligtet til at bringe en kontrakt til ophør, hvis tildelingsbeslutningen annulleres, medmindre særlige forhold tilsiger kontraktens videreførelse.

Ophør af en udbudspligtig kontrakt medfører i sagens natur et vist værdispild, idet udgifterne forbundet med udbuddets gennemførelse i et vist omfang kan være spildt, ligesom der kan være betalt et vist vederlag til den ulovligt valgte leverandør. Dette gælder uanset kontraktens karakter, og det er derfor klart, at det ”sædvanlige værdispild” forbundet med ophør af en udbudspligtig kontrakt ikke er tilstrækkeligt, til at en kontrakt indgået på ulovligt grundlag kan videreføres med hjemmel i udbudslovens § 185, stk. 2.

Af lovbemærkningerne til udbudslovens § 185, stk. 2, fremgår:

"En kontrakt kan videreføres, hvis særlige forhold gør sig gældende. Dette kan f.eks. være, når ophør af kontrakten vil stride mod væsentlige samfundsinteresser, eksempelvis den offentlige sikkerhed, mennesker og dyrs liv og sundhed, eller hvis ophør af kontrakten vil medføre et helt ekstraordinært værdispild."

Der skal således efter forarbejderne meget mere til end det sædvanlige og forventelige værdispild, som evt. måtte kunne findes i denne sag, førend en ulovligt indgået kontrakt kan videreføres. Der er intet, der taler for, at der i dette tilfælde er tale om ”et helt ekstraordinært værdispild”, herunder også henset til det stadie, som kommunernes og Fujitsus samarbejde pt. kan være nået til. Så vidt Formpipe er oplyst, er projektet væsentligt forsinket i forhold til den oprindelige tidsplan. Ifølge Formpipes oplysninger forventes det således nu, at Bølge 1 ibrugtages i foråret 2021, selvom dette oprindeligt var planlagt at skulle ske i juni 2020.

Det følger af tidsplanen, at afklaringsfasen løber frem til et år før ibrugtagningstidspunktet for Bølge 1. Eftersom ibrugtagning af Bølge 1 nu er skubbet til foråret 2021, befinder projektet sig således stadig i afklaringsfasen, og et eventuelt værdispild vil som følge heraf være yderst begrænset. Hertil kommer, at projektet i sin helhed er opdelt i forskellige bølger, således at senere bølger i endnu lavere grad er igangsat.

Et eventuelt erstatningskrav fra leverandørsiden kan ikke indgå i vurderingen af værdispildsbetragtningerne.

Et ophør af kontrakten vil således ikke medføre et helt ekstraordinært værdispild.

Kommunerne har gjort gældende, at udbudslovens § 185, stk. 2, er en national regel, der er indført i udbudsloven efter anbefalinger fra udbudslovsudvalget. Det fremgår af lovforarbejderne, at en kontrakts videreførelse kan begrundes, hvis ophør af kontrakten vil stride mod væsentlige samfundsinteresser, eksempelvis den offentlige sikkerhed, mennesker og dyrs liv og sundhed, eller hvis ophør af kontrakten vil medføre et helt ekstraordinært værdispild.

Ophør af kontrakten vil medføre et værdispild for i alt 12 kommuner, og i vurdering heraf skal Formpipes passivitet inddrages, jf. bemærkningerne ovenfor ad påstand 3.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

I kravspecifikationen er det i krav nr. 42 fastsat:

”[K] Det er et krav, at Systemets fremtidige integrationer med komponenter i den kommunale rammearkitektur leveres som integrerede dele af nye versioner af Systemet, uden at Kunden skal betale særskilt herfor, dvs. at det er dækket af Servicevederlaget (Kundekrav).”

Tilbudsgiverne skulle angive graden af opfyldelse for hvert krav, og det var således muligt at opfylde krav nr. 42 fuldt ud, delvist eller ikke opfylde kravet.

Det har således stået tilbudsgiverne klart, at de helt kunne undlade at opfylde kravet, og at dette ville indgå i tilbudsevalueringen, ligesom det har stået tilbudsgiverne klart, hvordan de på den baggrund kunne optimere deres tilbud mest muligt med hensyn til pris og kvalitet.

Det forhold, at tilbudsgivernes grad af opfyldelse af krav nr. 42 ikke var ens, indebærer ikke i sig selv, at tilbuddene under disse omstændigheder var usammenlignelige på en sådan måde, at det var i strid med ligebehandlingsprincippet.

Det kan ubestridt lægges til grund, at Fujitsu har besvaret krav nr. 42 i overensstemmelse med det, som er fastsat i udbudsmaterialet, og at Fujitsus delvise opfyldelse af krav nr. 42 indgik i tilbudsevalueringen i overensstemmelse med beskrivelsen i udbudsmaterialet.

På denne baggrund har kommunerne ikke overtrådt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2.

Det, som Formpipe har anført vedrørende den økonomiske risiko/byrde ved at påtage sig en opfyldelse af krav nr. 42, kan ikke føre til en ændret vurdering, da det har været klart for tilbudsgiverne, at en forskel i graden af opfyldelse af kravet kunne indebære en tilsvarende forskel i graden af økonomisk risiko, som blev påtaget på et klart og gennemskueligt grundlag.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

Ved vurderingen af, om en tilbudsgiver har taget et forbehold, er det ikke afgørende, hvordan et forbehold betegner sig, hvor i tilbuddet forbeholdet er anført, eller om tilbudsgiver specifikt har anført, at der ikke er taget forbehold. Dette har alene betydning som fortolkningsmomenter ved uklare forbehold. Et forbehold er en afvigelse fra udbudsbetingelserne, uden at disse har lagt op til, at en sådan afvigelse er tilladt. Bedømmelsen af, om et tilbud indeholder forbehold eller ej, skal afgøres på baggrund af udbudsbetingelserne og det afgivne tilbud.

I kontraktens bilag 5 vedrørende Drift og vedligeholdelse er i krav nr. 5-12 fastsat følgende:

”Leverandøren skal foretage videreudvikling af Systemet i Kontraktens løbetid, herunder have en organisation, der understøtter denne udvikling.

Leverandørens omkostninger til videreudvikling af Systemet er omfattet af Servicevederlaget.”

Tilbudsgiverne blev i tilknytning til kravet anmodet om at redegøre for følgende:

”...opfyldelsen af kravene, herunder beskrive hvordan videreudvikling er organiseret. Tilbudsgiver skal desuden angive Kundens mulighed for at påvirke videreudvikling gennem brugergrupper eller lignende.”

Tilbudsgiverne skulle for kravet anføre, i hvilket omfang og med hvilket indhold kravet var opfyldt. Såfremt der blev svaret ”ja” til, at et krav var opfyldt, betød det, at kravet var opfyldt i sin helhed.

Kravet var ikke et mindstekrav, og det ville ikke udgøre et forbehold, såfremt en tilbudsgiver svarede ”nej” eller ”delvist” til graden af opfyldelse.

Servicevederlag er i kontraktens pkt. 4 defineret som ”det faste månedlige vederlag for de af Kontrakten omfattede Services, der blandt andet dækker Leverandørens drift, support og vedligeholdelse samt Kundens tidsbegrænsede, ikke-eksklusive brugsret.”

Samme sted er ”Service(s)” defineret som ”den tidsbegrænsede, ikke-eksklusive brugsret Kunden erhverver til Leverandørens System, der driftsafvikles i Leverandørens Driftsmiljø (eventuelt i et driftsfællesskab med Leverandørens øvrige kunder og eventuelt med en decentral klient installeret i Kundens it-miljø) samt de dertil knyttede nødvendige ydelser såsom support, vedligeholdelse og videreudvikling.”

Af kontraktens bilag 9, der indeholder en regulering af bestemmelserne om ændringshåndtering, fremgår blandt andet, at leverandøren – for så vidt angår kundens og/eller kommunens ændringsanmodning – alene er berettiget til en opadgående justering af vederlag, såfremt leverandøren kan dokumentere, at ændringen i et ikke ubetydeligt omfang påfører leverandøren meromkostninger, hvilket eksempelvis foreligger, hvis der ved ændringen tilføjes ny funktionalitet til systemet, der ikke erstatter en eksisterende funktionalitet.

Det fremgår endvidere af bilaget, at betaling for leverandørens gennemførelse af en ændring kan ske både som fast pris eller på baggrund af et estimat.

Det var således fastsat i udbudsmaterialet, at i det omfang der ved en ændring blev tilføjet en ny funktionalitet til systemet, der ikke erstattede en eksisterende funktionalitet, kunne dette begrunde en betaling ud over servicevederlaget.

Fujitsu havde ved besvarelsen af krav nr. 5-12 svaret ”ja” til, at kravet var opfyldt og havde i tilknytning hertil dels redegjort for videreudvikling af systemet, som ikke omhandlede ny funktionalitet, dels redegjort for udvikling i form af ny funktionalitet. I tilknytning til sidstnævnte var det anført, at der ville blive givet en indikation af den økonomiske ramme, som der blev arbejdet indenfor, og at kunden på den baggrund kunne vurdere værdien af videreudviklingen, og om den var stor nok til, at der var grundlag for at gå videre med projektet. Der ligger heri, at denne del af videreudviklingen ikke var omfattet af servicevederlaget.

Under henvisning til den måde, som ændringshåndteringer er beskrevet i kontraktens bilag 9, herunder at der kunne kræves en opadgående justering af vederlaget, såfremt der blev tilføjet ny funktionalitet til systemet på baggrund af en kundeinitieret ændringsanmodning, der ikke erstattede en eksisterende funktionalitet, findes Fujitsu ikke herved at have taget et forbehold overfor prisen, da indholdet af redegørelsen ikke kan anses at stride med udbudsmaterialets bestemmelser eller i øvrigt gøre det tvivlsomt, om Fujitsu opfyldte kravet, som selskabet havde svaret ”ja” til.

Påstanden tages på den baggrund ikke til følge.

Ad påstand 3 og 4

Under henvisning til det, der er anført under påstand 1 og 2, tages påstandene ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Formpipe Software A/S skal i sagsomkostninger til Greve Kommune, Guldborgsund Kommune, Holbæk Kommune, Kalundborg Kommune, Køge Kommune, Lejre Kommune, Næstved Kommune, Odsherred Kommune, Ringsted Kommune, Roskilde Kommune, Slagelse Kommune og Vordingborg Kommune betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig