

K E N D E L S E

Inlead ApS
(advokat Jesper Fabricius, Hellerup)

mod

Det Digitale Folkebibliotek
(advokat Martin Stæhr og advokat Kasper Ingemann Larsen, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 136-362842 offentliggjorde Det Digitale Folkebibliotek ("DDF") den 16. juli 2021 en bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed (profylaksebekendtgørelse) vedrørende en kontrakt om udvikling af basisplatformen til DDB CMS Next, som DDF ønskede at indgå med Reload A/S ("Reload").

Den 10. august 2021 indgik DDF kontrakt med Reload. Kontraktindgåelsen blev offentliggjort ved udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 156-414042 den 13. august 2021.

Den 9. september 2021 indgav Inlead ApS ("Inlead") klage til Klagenævnet for Udbud over DDF. Inlead fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 15. oktober 2021 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagen har været behandlet skriftligt.

Inlead har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Det Digitale Folkebibliotek har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og § 6 ved at have indgået en aftale med Reload A/S om udvikling af basisplatformen til DDB CMS Next uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, idet betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 3, ikke er opfyldt.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere Det Digitale Folkebiblioteks beslutning af 12. juli 2021 om at tildele kontrakt om udvikling af basisplatformen til DDB CMS Next til Reload A/S.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal erklære aftalen mellem Det Digitale Folkebibliotek og Reload A/S om udvikling af basisplatformen til DDB CMS Next for uden virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal idømme Det Digitale Folkebibliotek en økonomisk sanktion i den udstrækning kontrakten med Reload A/S om udvikling af basisplatformen til DDB CMS Next ikke erklæres for uden virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 18 og 19, subsidiært indgive politianmeldelse i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 18, stk. 2, og § 20.

Påstand 5 (subsidiær til påstand 3)

Klagenævnet skal komme med en foreløbig, ikke bindende udtalelse om, at der ikke foreligger særlige forhold, der tilsiger, at kontrakten videreføres, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 14a.

DDF har vedrørende påstand 1 - 4 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge, og vedrørende påstand 5 nedlagt påstand om afvisning.

Klagenævnet har den 10. september 2021 meddelt DDF's kontraktpart, Reload, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

Reload har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder:

Af punkt II.I.4) i profylaksebekendtgørelsen (udbudsbekendtgørelse nr. 2021/S 136-362842) fremgår, at udbuddet havde til formål at danne grundlaget for udviklingen af brugergrænsefladen til bibliotekernes fælles hjemmeside (DDB CMS) ved at etablere fundamentet og de værktøjer, som udviklingen af brugergrænsefladen tager udgangspunkt i.

Af bekendtgørelsens punkt II.1.7) fremgår, at udbuddets samlede værdi er opgjort til 1.091.239 kr.

Bekendtgørelsens punkt II.2.4) indeholder følgende beskrivelse af udbuddet:

”Det Digitale Folkebibliotek der varetager opgaver, der primært omhandler bibliotekernes digitale brugergrænseflader og digitale tilbud til borgerne, har igangsat Next Projektet. Projektet skal med fem (5) indbyrdes forbundne opgaver opgradere bibliotekernes hjemmesideløsning. Udbuddet af kontrakten om udvikling af basisplatformen til DDB CMS Next er den første kontrakt i Next projektet. Formålet med kontrakten er at danne grundlaget for udviklingen af brugergrænsefladen ved etablering af det fundament og de værktøjer, som udviklingen af brugergrænsefladen tager udgangspunkt i, samt dokumentation af samme, så andre aktører kan involveres i udviklingsarbejdet. Opgaven omfatter bl.a. oprettelsen af kode- og design repositorer, og byggeværktøjer, som udviklerne skal bruge for opsætning af lokale udviklingsmiljøer, så de kan bidrage til kodebasen, samt en build-pipeline, som skal muliggøre continuous deployment af miljøer. Det er ønsket at en installationsprofil med Drupal 9 og React etableres med grundlæggende service integrationer som kan danne grundlaget for udviklingen af brugergrænsefladen i de øvrige delkontrakter i Next Projektet. Basisplatformen skal lette arbejdet med at udføre og kvalitetssikre efterfølgende delprojekter.”

Bekendtgørelsens punkt IV.1.1) indeholder følgende beskrivelse af proceduren:

”Proceduretype:

Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse

- Kun en bestemt økonomisk aktør kan levere de pågældende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser af følgende årsag:
 - manglende konkurrence af tekniske årsager

Forklaring:

Det følger af udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2, at en ordregiver kan anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, når:

- i) bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne kun kan leveres af en bestemt økonomisk aktør og
- ii) den manglende konkurrence skyldes tekniske årsager.

Adgangen til at gennemføre udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse gælder således i situationer, hvor det er objektivt udelukket, at andre aktører vil kunne levere anskaffelsen. Det pågældende afgrænsede opgave og opfyldelse af kontrakten udvikling af basisplatformen kræver specialistviden i meget høj grad. Der kan ikke kun peges på en enkelt teknisk årsag, men en række tekniske årsager der med sikkerhed samlet kan begrunde, at der må antages at være manglende konkurrence, ligesom enkelte tekniske årsager isoleret set muligvis også selvstændigt kan begrunde denne antagelse. Leverandøren skal have indsigt i it-biblioteksinfrastrukturens opbygning og de datastrukturer, der benyttes i sektoren, fx biblioteksdatafelter mv. For at kunne løse opgaven kræves der viden om det eksisterende CMS og den eksisterende build pipeline, herunder bestående uhensigtsmæssigheder, erfaring med at bygge cloudbaseret drift set up og specialistkompetencer i forhold til at foretage integrationer til biblioteksinfrastrukturen og bibliotekssystemet. Der er endvidere tale om en unik national it-struktur med DBC-Databrønden som et centralt værktøj bestående af diverse poster, herunder Nationalbibliografien, med integrationer til de lokale systemer. Det Digitale Folkebibliotek har også opdelt opgaverne under Next projektet i 5 delkontrakter for at fremme konkurrencen om opgaverne. Således at det kun er nærværende afgrænsede opgave om udvikling af basisplatformen som den tekniske årsag er knyttet til, og som anvender udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, mens de øvrige dele af Next projektet udbydes separat.”

Inden offentliggørelsen af bekendtgørelsen havde DDF udarbejdet ”Notat om DDB CMS Next opgaver og basisplatformen”. Af notatet fremgår bl.a.:

”BAGGRUND:

DDF’s brugerteam og jurateam har på en række møder drøftet, hvordan opgaverne vedrørende den sammenhængende digitale bibliotekstjeneste NEXT konkurrenceudsættes/udbydes i overensstemmelse med de udbudsretlige regler, herunder navnlig om det er berettiget at anvende udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2 om udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse ”på grund af manglende konkurrence af tekniske årsager.”

I dette notat opsummeres disse drøftelser i en vurdering af retsstillingen efter de udbudsretlige regler for NEXT-opgaverne og særligt for gennemførelse af opgaven med basisplatformen.

1. GENNEMFØRELSE AF BASISPLATFORMEN ER AF HASTENDE OG NØDVENDIG KARAKTER

Jurateamet har nøje gransket Drupal Community og diverse andre open source-udviklingssamarbejders vurderinger af konsekvenserne for it-sikkerheden af manglende opgradering ved Drupal 7 end-of-life (EOL). Der er helt overvejende enighed om, Drupal 7- og 8-websites efter EOL vil blive eksponeret for hacking og sikkerhedsbrud. Websites, der ikke er opgraderede, vil endvidere efter EOL blive markeret som ”usikkert” for tredjepart, der tilgår websitet. DDF, der er databehandler for samtlige kommuner vedrørende alle behandlinger af personoplysninger i folkebibliotekernes fælles brugergrænseflader mv. med en række underdatabehandlere, kan ikke løbe en risiko ved ikke hurtigt at foretage opgradering af den fælles CMS-løsning, der endvidere ikke kan vurderes i den risikovurdering, der løbende skal foretages og kontrolleres indgående af den årlige it-revision. Opgaven med basisplatformen har således hastende karakter.

2. NEXT-OPGAVERNE

Det er intentionen, at NEXT-opgaverne konkurrenceudsættes i overensstemmelse med det tidligere DDB’s flerleverandørstrategi. Til gennemførelse af opgaverne set samlet under et kræves der i videre udstrækning specialistviden og -kompetencer vedrørende dansk it-biblioteksinfrastruktur, bibliografiske data og sammenhængen mellem de bestående it-tekniske løsninger og anvendte it-teknologier. Der er på markedet en lille kreds af leverandører, som vil kunne byde kvalificeret ind på opgaver på de forskellige områder. Gennem samarbejdet med leverandørkredsen i regi af DDB har DDF indgående indsigt i, hvilke kompetencer og hvilken viden de enkelte leverandører i leverandørkredsen besidder.

3. AFGRÆNSNING AF NEXT-OPGAVERNE OG VALG AF UDBUDSFORM

Brugerteamet ved projektledelsen har identificeret nogle områder eller opgavekategorier, hvor opgaverne er indbyrdes forbundne og bedst kan gennemføres samlet, og flere leverandører i konkurrence vil kunne byde ind på opgaver. Områderne er på nuværende tidspunkt afgrænset i kategorierne ”Lånerstatus og brugerprofil”, ”Søgning”, ”Biblioteksinformation”, ”Biblioteksfilialer og åbningstider” og ”Udvidet visning af arrangementer”. Brugerteamet gør imidlertid opmærksom på, at denne afgrænsning ikke er endelig, idet tidsfaktoren kan bevirke, at opgaver fra en kategori må overføres til en anden kategori, eller at nogle områder må slås sammen. Der er imidlertid et væsentligt problem med opgaven vedrørende etablering af basisplatformen, idet kun en enkelt leverandør, it-

virksomheden Reload, inden for de givne tidsmæssige rammer vil kunne sikre gennemførelse af opgaven efter de krav, der må stilles hertil. Hvis alle NEXT-opgaverne derfor konkurrenceudsættes samlet, vil kun Reload teknisk kunne opfylde udbudskravene.

Jurateamet bemærker, at opgaverne i så fald må udbydes i delkontrakter, jf. hertil udbudslovens § 49, der finder anvendelse på udbud i henhold til udbudslovens afsnit II. (...)

4. GENNEMFØRELSE AF BASISPLATFORMEN

Basisplatformen skal integreres og arbejde sammen med andre af DDF's tjenester og med systemer på andre områder af it-biblioteksinfrastrukturen, som DDF ikke er bestiller eller ejer af eller leverandør til i overensstemmelse med den bestående forretningsmodel eller de investeringer, som DDF gennem en periode har foretaget. Til gennemførelse af opgaven kræves specifik indsigt i it-biblioteksinfrastrukturens opbygning og de datastrukturer, der benyttes i bibliotekssektoren, det kræver viden om det eksisterende-CMS og den eksisterende build pipeline samt erfaring med at bygge cloudbaseret drift set up. Endvidere kræver det specialiserede kompetencer i forhold til at foretage integrationer til biblioteksinfrastrukturen og bibliotekssystemet. Brugerteamet finder, at det kun it-teknisk vil være muligt for it-virksomheden Reload at gennemføre opgaven med etablering af basisplatformen.

AD SPECIFIK INDSIGT I IT-BIBLIOTEKSINFRASTRUKTURENS OPBYGNING OG DATA STRUKTURER:

- Reload har udarbejdet API-specifikationen til FBS CMS-API'et med udgangspunkt i det tidligere bibliotekssystem DDELibra.
- Reload har rådgivet om og udarbejdet "Openformat-rapporten" vedrørende integration til FBS (Det Fælles Bibliotekssystem) og har stor erfaring med arbejde med React-komponenter fra client-side i den Fælles Biblioteksinfrastruktur.

AD VIDEN OM DET EKSISTERENDE CMS OG DEN EKSISTERENDE BUILD PIPELINE SAMT ERFARING MED AT BYGGE CLOUDBASERET DRIFT SET-UP:

- Reload har udviklet store dele af den eksisterende build pipeline vedrørende Github, Circle C1 og Platform.sh.
- Reload har stor og indgående erfaring med automatiske test suit til testning af kode, tilgængelighed mv.
- Reload har ydet væsentlig bistand med CMS-designsystem – kodebase, strukturelt i Github mv.
- Reload har udviklet applikationsarkitekturen til Ding2, der danner basis for eksisterende DDB CMS som underleverandør til DBC.

- Reload har rådgivet om udvikling af de dataformater, som DBC nu er ved at implementere i Fælles Biblioteksinfrastruktur, på grundlag af erfaringer fra DDB CMS.
- Reload har udviklet de første webservices i overensstemmelse med Det Digitale Folkebiblioteks GDPR- og forretningsstrategi for etablering af hosting-platform i Microsoft Azure set up, hvor DDF har investeret betydelige ressourcer i at træffe sikkerhedsforanstaltninger (brug af GUID) mod risikoen for, at personoplysninger overføres til USA fra amerikansk ejet hosting-leverandør, der hoster personoplysningerne i Europa.

AD SPECIALISEREDE KOMPETENCER I FORHOLD TIL AT FORETAGE INTEGRATIONER TIL BIBLIOTEKSINFRASTRUKTUREN:

- Reload har stor erfaring med Kubernetes, som i Azure-drift set up svarer til andre af DDF's digitale services.
- Reload har erfaring med Lagoon, som er Apache 2-licenseret og ReactJS, som er på en MIT-licens. Lagoon kan være den eneste løsning, der imødekommer DDF's GDPR-krav.
- Reload arbejder med Azure-løsninger.
- Reload har udviklet det første proof of concept på de produktionsklare client-side React-komponenter, som er i drift på nuværende DDB CMS. Proof of concept er centralt for gennemførelse af basisplatformen, da det er bevis på at der kan integreres til de bagvedliggende webservices fra client side React komponenter. Komponenterne understøtter flere forskellige funktioner i Drupal fx oversættelse, brug ad administrationsgrænseflade mv.

5. ER OPGAVEN MED BASISPLATFORMEN UDBUDSPLIGTIG?

Jurateamet er i tvivl om, hvorvidt opgaven med basisplatformen må antages at være udbudspligtig som en selvstændig opgave. Det bemærkes herved, at den økonomiske ramme, der er fastsat for gennemførelse af basisplatformen, ligger væsentligt under tærskelværdien for udbud af tjenesteydelser for offentlige organer efter afsnit II i udbudsloven. Det bemærkes endvidere, at etablering af basisplatformen udgør grundlaget for den efterfølgende udvikling på de andre områder, fx lånerstatus og brugerprofil samt søgning. Hvis ikke basisplatformen fungerer, og alt den udviklede kode med tilhørende dokumentation er publiceret i Github, kan de øvrige opgaver under NEXT ikke gennemføres. Der er således med opgaven vedrørende basisplatformen tale om en selvstændig opgave, og det er helt indlysende, at der ikke foretages en kunstig opdeling af fortløbende opgaver hos samme leverandør e.l. Den fælles hjemmesideløsning DDB CMS har ikke tidligere har været i udbud. Den er udviklet i et digitalt samarbejde (Ding-samarbejdet) mellem en række biblioteker og DBC.

Jurateamet ved ikke, om der vil kunne anvendes en profylaksebekendtgørelse til offentliggørelse af tildeling af en opgave med en økonomisk værdi under tærskelværdien, hvis der er tvivl om, hvorvidt opgaven skal betragtes som en del af et større samlet udbud eller ej.

6. ANVENDELSE AF UDBUDSLOVENS § 80, STK. 3, NR. 2 ("MANGLENDE KONKURRENCE AF TEKNISKE ÅRSAGER")

Det bemærkes, at udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2 som en undtagelse til de almindelige udbudsregler skal fortolkes indskrænkende. Fortolkningen må imidlertid gøre det muligt at sikre undtagelsens effektive virkning i overensstemmelse med dens formål. Hvis bestemmelsen fx ikke skal ses inden for visse tidsmæssige rammer, ville de fleste leverandører it-teknisk på et tidspunkt blive i stand til at gennemføre enhver nok så kompliceret it-teknisk opgave, og udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2, ville i givet fald ikke have noget reelt anvendelsesområde.

It-virksomheden Reload findes at være den eneste leverandør, det er muligt for at gennemføre opgaven med basisplatformen inden for de minimumstidsfrister, der er fastsat i udbudslovens bestemmelser, hvorved bemærkes, at opgaven med basisplatformen er af hastende karakter. Der findes ikke et marked for tjenesteydelser bestående i etablering af en basisplatform til en sammenhængende digital bibliotekstjeneste og fælles national hjemmesideløsning med over 100 lokale websites. Der er en kreds af leverandører, hvis kompetencer og viden DDF har indgående kendskab til, der kvalificeret vil kunne byde ind på NEXT-opgaverne på de forskellige områder. Men det er kun Reload, der af de anførte tekniske grunde vil kunne løfte opgaven med basisplatformen.

Det bemærkes, at de tekniske årsager til at Reload agtes tildelt opgaven med basisplatformen, også begrundes i krav om specifik interoperabilitet. Det bemærkes herved, at vurderingen af hvorvidt de tekniske årsager som anført i udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2, er til stede i det konkrete tilfælde må bero på DDF's it-tekniske indsigt og viden om Reload og den øvrige leverandørkreds og overblik over sammenhængen og samspillet mellem DDF's mange brugergrænseflader og basisplatformens integration med it-biblioteksinfrastrukturen i øvrigt. Der kan ikke indhentes en sagkyndig uafhængig udtalelse om DDF's vurdering, idet de enkelte leverandører i leverandørkredsen vil være inhabile.

Det skal desuden endelig påpeges, at der vil blive foretaget en opdeling af de samlede NEXT-opgaver i delkontrakter, således at de andre NEXT-opgaver udbydes efter de sædvanlige regler.

Det må på den anførte baggrund antages, at udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2, kan finde anvendelse på opgaven med basisplatformen."

Af kontrakten indgået med Reload fremgår bl.a.:

”Bibliotekernes lokale hjemmesider udgør sammen med bibliotekets fælles app-løsning ”Biblioteket” brugernes digitale indgang til langt størstedelen af bibliotekernes tilbud. Bibliotekernes fælles hjemmeside (benævnt ”DDB CMS”) blev rullet ud til de første biblioteker i 2014 og bygger på Drupal 7 CMS (Drupal 7 har EOL i november 2021, hvor den officielle community-support og Drupal Associations support ophører). Derfor skal DDB CMS genetableres, hvilket realiseres med projektprogrammet ”DDB CMS NEXT”.

DDB CMS NEXT skal opgradere hjemmesideløsningen og realisere de projekter, der ligger i folkebibliotekernes fælles vision og handleplan, der danner ramme om det fremtidige arbejde med bibliotekernes fælles CMS og app som en samlet biblioteksservice. Målet med projektet er en generel genetablering af den forretningsfunktionalitet, bibliotekerne har prioriteret i DDB CMS med særligt fokus på søge- og formidlingsgrænsefladen.

Denne genetablering af forretningsfunktionalitet forudsætter en etablering af basisplatformen. Formålet med basisplatformen er at danne grundlaget for udviklingen af brugergrænsefladen. Gennem udvikling af basisplatformen etableres en installationsprofil med grundlæggende serviceintegrationer med Drupal 9 og Reactkomponenter samt dokumentation heraf.

Basisplatformen skal understøtte leverancer fra flere eksterne leverandører og biblioteker, ligesom den samlede applikation skal kunne udrulles til medlemmerne af foreningen Det Digitale Folkebibliotek der på nuværende tidspunkt omfatter de 98 danske folkebiblioteker samt biblioteker på Færøerne, Grønland og Sydslesvig.”

DDF har oplyst, at kontrakten indgået med Reload om basisplatformen er udført og afsluttet, og at sidste rate af vederlaget ifølge kontrakten er faktureret den 17. december 2021 og betalt af DDF den 6. januar 2022. I alt er der faktureret 1.091.230 kr. for det udførte arbejde med basisplatformen i overensstemmelse med den aftalte kontraktsum.

Inlead har i klageskriftet oplyst følgende om sig selv:

”2.1.1 Inlead ApS

Inlead ApS er et digitalt kommunikationsbureau og softwarevirksomhed, der siden 1999 har leveret digitale løsninger, og som siden 2005 har specialiseret sig i levering af løsninger til folkebiblioteker i Danmark og udlandet.

Inlead råder over betydelige kompetencer inden for og erfaring med udvikling af digitale løsninger til biblioteker.

Inlead har således gennem en årrække leveret ydelser til Det Digitale Folkebibliotek (”DDF”) og har herunder – ligesom flere andre leverandører, herunder Reload A/S – medvirket til at udvikle DDF’s CMS/hjemmeside-platform, som Inlead således er indgående bekendt med.

I dag driver Inlead 16% af de danske folkebibliotekers hjemmesider. Denne drift sker baseret på Det Digitale Folkebiblioteks CMS/hjemmeside platform, der bygger på såkaldte ”Open Source”-teknologier.

Inlead har i forhold til sine kunder udvidet Det Digitale Folkebiblioteks CMS/hjemmeside-platform med egne tekniske og forretningsmæssige forbedringer. Inlead har via dette arbejde opnået yderligere indgående kendskab til Det Digitale Folkebiblioteks platform.

Inlead fungerer også som systemintegrator. Inlead har således løbende gennem en årrække arbejdet med den danske biblioteksinfrastruktur, herunder leveret løsninger til hovedparten af aktørerne i den danske bibliotekssektor, bl.a. som underleverandør til Systematic, der leverer Bibliotekssystemet (ILS) til alle danske folkebiblioteker, og som underleverandør til DBC, der leverer den grundlæggende databrønd til sektoren.

Udover hjemmesider leverer Inlead skærm-, mail- og special-løsninger til danske biblioteker, og samlet set betjener Inlead ca. 30% af de danske folkebiblioteker med it-løsninger.

...”

DDF har i svarskriftet oplyst følgende om sig selv:

”2.1 Kort om Det Digitale Folkebibliotek

DDF blev etableret som en forening i maj 2020 med det formål at stille digitale services, tilbud og materialer til rådighed for folkebiblioteker og borgere i Danmark. DDF er en videreførelse og udvikling af tidligere samarbejder, således at opgaver fra Danskernes Digitale Bibliotek (DDB) og eReolen nu hører under DDF’s ansvar.

DDF driver dermed public service-virksomhed ved at arbejde for at fremme oplysning, uddannelse og kulturel aktivitet via udvikling og drift af folkebibliotekernes digitale tilbud og services til kommunernes borgere. For at imødekomme disse formål har bestyrelsen i DDF besluttet, at DDF skal udvikle og drive services og tilbud i forhold til it-brugergrænseflader mv. samt indkøb af e-litteratur og licenser.
 ...”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Inlead har gjort gældende, at DDF retsstridigt har indgået kontrakt med Reload uden forudgående gennemførelse af et udbud.

Indgåelse af en udbudspligtig kontrakt uden forudgående gennemførelse af et udbud er en åbenbar og grov overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtsprincipperne i udbudslovens § 2, og efter EU-Domstolens faste praksis den alvorligste form for overtrædelse af udbudsreglerne, jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 11. januar 2005 i sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau. En sådan ulovlig kontraktindgåelse er også en tilsidesættelse af forpligtelsen i henhold til udbudslovens § 6, der foreskriver, at ordregiver skal følge de procedurer, der er fastlagt i udbudslovens afsnit II.

Inlead har endvidere *vedrørende spørgsmålet, om basisplatformen er udbudspligtig*, anført, at kontrakten med Reload om basisplatformen indgår som et af flere indbyrdes forbundne delelementer af DDF's anskaffelse af en ny hjemmesideløsning. Der er således tale om en samlet anskaffelse af en ny hjemmesideløsning, som DDF har valgt at opdele i flere ”indbyrdes forbundne” ”delkontrakter”/”delprojekter”.

Det er ud fra de foreliggende oplysninger åbenbart, at kontrakten udgør en delkontrakt, som repræsenterer udførelsen af en del af en større, samlet anskaffelse af en ny hjemmesideløsning til DDF (Next-projektet). At DDF har valgt som led i sin angivelige ”flerleverandørstrategi” at opdele opgaven i flere delkontrakter, der udbydes hver for sig, ændrer ikke på, at der ved afgørelse af udbudspligten skal tages udgangspunkt i værdien af den samlede anskaffelse.

Værdien af den samlede anskaffelse vil overstige tærskelværdien, når henses til, at den første af de 5 delkontrakter i sig selv mindst beløber sig til 1,1 mio. kr., og det er da heller ikke bestridt af DDF, at værdien af det samlede IT-projekt overstiger tærskelværdien for EU-udbud.

DDF's "Notat om DDB CMS Next opgaver og basisplatformen" og profylaksebekendtgørelsen viser i øvrigt klart, at DDF har været af den opfattelse, at kontrakten som udgangspunkt var udbudspligtig. Profylaksebekendtgørelsen fastlægger således i pkt. IV.1.1, at DDF har valgt udbudsproceduren "udbud med forhandling" med henvisning til udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2. Hvis kontrakten slet ikke var udbudspligtig, ville § 80, stk. 3, nr. 2, ikke finde anvendelse, idet der i så fald ville have været tale om en anskaffelse omfattet af udbudslovens afsnit IV eller V. Der ville i så fald heller ikke være behov for overhovedet at offentliggøre en profylaksebekendtgørelse.

Inlead har endvidere *vedrørende udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2*, gjort gældende, at udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2, er en undtagelse til det generelle krav i udbudslovens afsnit II om, at indgåelse af offentlige kontrakter kun kan ske efter forudgående gennemførelse af et udbud. Da bestemmelsen er en undtagelse, skal den efter EU-Domstolens og klagenævnets faste praksis fortolkes indskrænkende, og der påhviler ordregiver en streng bevisbyrde for, at betingelserne for at anvende undtagelsen er opfyldt.

Det fremgår udtrykkeligt af udbudslovens § 80, stk. 4, at undtagelsen i § 80, stk. 3, nr. 2, kun kan anvendes, "når der ikke findes et rimeligt alternativ eller erstatning og den manglende konkurrence ikke er et resultat af en kunstig indskrænkning af udbudsvilkårene".

Af udbudsdirektivets præambel 50, som også er gentaget i lovbemærkningerne, fremgår, at undtagelsen kun kan "anvendes under helt ekstraordinære omstændigheder", at "kun situationer med objektiv eksklusivitet kan berettiggende anvendelsen af udbud med forhandling uden offentliggørelse, hvor situationen med eksklusivitet ikke er skabt af den ordregivende myndighed selv med henblik på den fremtidige udbudsprocedure", at "ordregivende myndigheder, som gør brug af denne undtagelse, bør angive grundene til, at der ikke er rimelige alternativer eller erstatninger", og at "hvis situationen med eksklusivitet skyldes tekniske årsager, bør de defineres nøje og dokumenteres i hvert enkelt tilfælde. De kunne f.eks. bestå i, at det vil være noget nær teknisk umuligt for en anden økonomisk aktør at sikre den krævede gennemførelse,

eller at det er nødvendigt at anvende specifik knowhow, specifikke værktøjer eller midler, som kun en enkelt økonomisk aktør har til sin rådighed.”

Det forhold, at opgaven kræver specialistviden i meget høj grad kan ikke begrundes, at der ikke gennemføres udbud. Det vil således være tilfældet for et meget betydeligt antal opgaver, herunder også inden for it-området.

Det skal objektivt kunne påvises, at kun én bestemt aktør har eller kan tilvejebringe den pågældende specialistviden.

DDF har ikke på tilstrækkelig måde godtgjort, at it-virksomheden Reload var den eneste virksomhed, der kunne løse opgaven.

DDF eller DDF's brugerteam havde ikke et sådant ”indgående kendskab” til den mulige leverandørkreds, at DDF kunne basere sin beslutning på dette kendskab alene. DDF's brugerteams it-tekniske kompetencer er på et meget begrænset niveau, og det er nærliggende at antage, at brugerteamets vurdering i væsentlig udstrækning har været påvirket af rådgivning, som DDF har modtaget fra Reload. DDF's kendskab til Inleads kompetencer og forudsætninger har været helt utilstrækkeligt til at danne grundlag for den foretagne vurdering.

Inlead har et omfattende markedskendskab, en betydelig indsigt og kompetence inden for biblioteksløsninger og har arbejdet indgående med DDF's CMS/hjemmeside-platform. Inlead har således i betydelig grad medvirket til udviklingen af DDF's CMS/hjemmeside-platform, ligesom Inlead leverer supplerende ydelser hertil, hvorfor Inlead er fuldt bekendt med DDF's nuværende løsning. Inlead er f.eks. den eneste virksomhed i Danmark, der varetager alle facetter vedrørende det DDB CMS-system, som opgaven knytter sig til, herunder udvikling, vedligehold, opdateringer, opsætning af drifts- og staging miljø, server, OS, middleware og applikationsdrift, overvågning, kunde-support, kundeudvikling m.v.

Inlead har 1) arbejdet med biblioteksinfrastrukturen og tilhørende datamodeller i mere end 10 år, 2) drevet og udviklet på DDB CMS og dets forgængere i mere end 10 år, 3) udbudt DDB CMS som cloud løsning i mere end 10 år og 4) integreret DDB CMS til mere end 5 bibliotekssystemer og forskellige versioner af infrastrukturen i løbet af denne periode. Inlead leverer allerede i dag et CMS-system til ca. 16% af markedet for CMS på biblioteksområdet

(16 af DDF's medlemmer), udvikler en CMS-plattform til professionshøjskolerne, driver løsninger til danske fagbiblioteker og driver en CMS-plattform til ca. 15 % af det norske folkebiblioteksmarked.

Kravene om ”indsigt i it-biblioteksinfrastrukturens opbygning og de datastrukturer, der benyttes i sektoren, fx biblioteksdatafelter mv.” og ”viden om det eksisterende CMS og den eksisterende build pipeline, herunder bestående u hensigtsmæssigheder” udelukker ikke, at der gennemføres et udbud.

Inlead har omfattende indsigt i it-biblioteksinfrastrukturens opbygning og de datastrukturer, der benyttes i sektoren, herunder biblioteksdatafelter m.v. Inlead har således fungeret som leverandør af løsninger til førende aktører inden for den danske biblioteksinfrastruktur, ligesom Inlead har medvirket til udviklingen af DDF's CMS/hjemmeside-plattform. Inlead har også et særdeles indgående kendskab til DDF's CMS/hjemmeside-plattform, og kravet om viden om det eksisterende CMS og build pipeline kan også opfyldes af Inlead. Inlead har erfaring med at bygge et cloudbaseret drift set-up, idet det netop er det, Inlead har gjort i forhold til de ca. 16% af de danske biblioteker, som Inlead leverer driftsydelser til.

Det er ikke nærmere begrundet, hvorfor ”specialistkompetencer i forhold til at foretage integrationer til biblioteksinfrastrukturen og bibliotekssystemet” skulle være afgørende. Selv hvis sådanne specialistkompetencer skulle være afgørende, er Inlead netop via sit mangeårige virke – dels som leverandør til danske biblioteker, dels som leverandør til førende aktører inden for den danske biblioteksinfrastruktur (eks. Systematic og DBC) og dels som leverandør til DDF i relation til DDF's CMS/hjemmeside-plattform – i besiddelse af sådanne specialistkompetencer. DDF har under alle omstændigheder ikke godtgjort, at Reload er den objektivt set eneste leverandør, der kan foretage sådanne integrationer.

Udsagnet om, at der er ”tale om en unik national it-struktur med DBC-Databrønden som et centralt værktøj bestående af diverse poster, herunder Nationalbibliografien, med integrationer til de lokale systemer”, er et generelt, faktisk udsagn, som ikke indeholder nogen nærmere begrundelse for, hvorfor Reload objektivt set skulle kunne være den eneste mulige leverandør af den tildelte opgave. Inlead har i øvrigt betydelig indsigt i og erfaring med DBC-databrønden og integrationer til de lokale systemer, idet Inlead i en årrække har optrådt som leverandør til bl.a. DBC.

Det er misvisende, når DDF giver indtryk af, at DDF besidder et indgående kendskab til Inleads kompetencer via et løbende forretnings samarbejde, idet Inlead ikke har haft større tekniske leverancer til DDF i de seneste år. Derimod har Inlead i de seneste år udbygget sine kompetencer betydeligt, dels ved udvikling af egne proprietære løsninger, som baserer sig på DDF's løsning (DDB CMS), dels som hovedudvikler på Filmstriben, et biblioteks streamingunivers, der i kompleksitet er meget lig DDB CMS, og for øvrigt drevet på et azure server-setup. Inlead er også hovedleverandør af Atesis' løsning, som er en løsning med samme funktionalitet som DDB CMS, rettet imod fag- og forskningsbiblioteker.

Begrebet "specifik interoperabilitet" henviser til to forskellige systemers mulighed for at arbejde sammen. Hvis man f.eks. har et system A og vil tilkøbe et system B, som skal kunne fungere sammen med A, skal der være interoperabilitet mellem disse systemer. Når forarbejderne til udbudslovens § 80 taler om, at kravet om specifik interoperabilitet i særlige tilfælde kan begrunde undladelse af at gennemføre udbud, er det denne sammenhæng mellem forskellige systemer, der henvises til, navnlig fordi f.eks. immaterielle rettigheder til system A kan bevirke, at kun indehaveren af disse immaterielle rettigheder vil kunne levere system B. Det er derfor helt ved siden af, når DDF anfører, at Inleads "manglende tekniske viden [...] kommer til udtryk i manglende interoperabilitet". Hverken Inlead eller Reload skal således som led i den omtvistede kontrakt levere bestående systemer eller udstyr, der skal kunne opfylde et krav om "specifik interoperabilitet" med DDF's bestående system. Opgaven er derimod en forberedende udviklingsopgave, hvor kravet om "specifik interoperabilitet" slet ikke er relevant.

DDF påstår, at Inlead har "manglende tekniske viden om biblioteksinfrastrukturen, datastrukturer og sammenhængen til den eksisterende CMS setup". Denne påstand er ubegrundet, og der er ikke fremlagt nogen form for dokumentation for påstanden eller redegjort for nogen form for faktiske undersøgelser eller henvist til nogen form for konkrete bevisligheder, der understøtter dette udsagn. Det mest konkrete, der er henvist til af DDF, er, at der har været nogle diskussioner mellem Inleads og DDF's medarbejdere, som har angået nogle strukturelle forhold, der intet har med den konkrete opgave at gøre.

Generelt er softwarevirksomheder og digitale kommunikationsbureauer m.v. vant til, at de for at kunne løse deres opgaver skal sætte sig ind i komplekse bestående forhold, og der er ikke påvist omstændigheder, der begrundes, at alene Reload skulle være i besiddelse af eller skulle kunne tilegne sig en sådan indsigt.

Det er således åbenbart ukorrekt, at Reload objektivt set skulle være den eneste, der har en sådan erfaring.

Den indgåede kontrakt fremtræder som en helt sædvanlig kontrakt, hvad angår de beskrevne ydelser. Kontrakten indeholder således ikke nogen antydning af, at Reload har haft særlige rettigheder eller særlig knowhow, som har været af afgørende betydning for Reloads leverance.

Det følger af det anførte, at der ikke ved DDF's angivelser i profylaksebekendtgørelsen er påvist nogen begrundelse for, at Reload objektivt set er den eneste mulige leverandør. Det forhold, at Reload muligvis som tidligere eller bestående leverandør vil have en konkurrencemæssig fordel i et udbud af den tildelte opgave, kan ikke i sig selv begrunde, at der ikke gennemføres udbud. Det er heller ikke en begrundelse, at det muligt vil være nemmere eller hurtigere for DDF at indgå kontrakt direkte med Reload uden udbud. Det udgør heller ikke nogen begrundelse for at undlade udbud, at kontrakten tilvejebringer forudsætningerne for senere konkurrence om andre kontrakter.

DDF skal påvise, at det objektivt set ikke vil være muligt for andre at løse opgaven, og bevisbyrden herfor har DDF ikke løftet. Betingelserne for at bruge undtagelsen i § 80, stk. 3, er således ikke opfyldt i den konkrete sag, herunder henset til den strenge praksis der gælder efter såvel EU-Domstolens som klagenævnets praksis.

Opgavens eventuelle *hastende karakter* kan heller ikke begrunde, at der kan indgås kontrakt med Reload efter udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2.

End-of-life (EOL) for Drupal 7 er blevet forlænget, senest til 28. november 2022, og samtidig er der etableret mulighed for, at organisationer, der benytter sig af Drupal 7, kan købe sig til "extended support" frem til november 2025, hvilket reelt indebærer, at EOL for Drupal 7 først er i november 2025.

Globalt er der mellem ca. 300.000 til 550.000 aktive Drupal 7 websites (afhængig af kilde). I Danmark er der mindst 3.100 websites baseret på Drupal 7, herunder flere kommuner og mange andre store løsninger. Der er formentlig en del flere. Med så mange websites baseret på Drupal 7 vil der utvivlsomt være mange, der fortsætter efter den officielle EOL-dato, og der vil derfor også være et kommercielt marked for virksomheder, der tilbyder extended support. Til illustration kan nævnes, at i dag er der Drupal 6 support hos kommercielle virksomheder frem til og med november 2023. Officiel support af Drupal 6 stoppede februar 2016. Dvs. Drupal 6, som var langt mindre end Drupal 7, er der kommerciel extended support på i mere end 7,5 år efter EOL-datoen. For den langt større Drupal 7, vil der derfor givetvis være extended support i længere tid end for Drupal 6.

Som eksempel på en af de mange kommercielle operatører, som tilbyder support på Drupal 6 og Drupal 7, kan henvises til [mydropWizzard.com](https://www.mydropwizzard.com) ("MDW"). MDW's supportmuligheder dækker sikkerhedsopdatering af alle moduler, som DDF ikke selv har produceret. Byrden med den løbende sikkerhedsopdatering vil således efter EOL ikke være større for DDF end den er i dag, hvis man fx køber support fra MDW til ca. 99 USD per måned for den grundlæggende "Security Updates Plan". MDW vil ikke skulle behandle DDF's personoplysninger for at kunne levere "extended support", og det er derfor uden betydning for muligheden for at erhverve "extended support" af Drupal 7, om MDW har henvist til EU-US Privacy Shield. Alle it-virksomheder har i hvert fald frem til EU-Domstolens dom af 16. juli 2020 i Schrems II-sagen haft fuld anledning til at tro, at EU-US Privacy Shield var det korrekte og valide retlige grundlag for udveksling af personoplysninger mellem USA og EU, og at det i dag fortsat er uklart, hvad der gælder som retligt grundlag. Der er derfor ikke noget mærkeligt i, at MDW har henvist hertil. At MDW har henvist hertil i sine generelle forretningsbetingelser betyder i øvrigt ikke, at MDW rent faktisk behandler personoplysninger i forbindelse med levering af "extended support", eller at en sådan behandling i øvrigt vil ske i USA. DDF har heller ikke undersøgt, om MDW i forbindelse med leveringen af "extended support" ville skulle foretage nogen behandling af personoplysninger i USA, eller om dette – selv hvis det skulle være tilfældet – kunne løses på en anden måde. Der er da heller intet i DDF's "Notat om DDB CMS Next opgaver og basisplatformen", som antyder, at DDF har været i dialog med MDW eller andre leverandører af "extended support" med henblik på reelle undersøgelser af muligheden for at købe "extended support" i

den kortere overgangsperiode, som ville være nødvendig, indtil et udbud kunne være gennemført.

Det fremgår i øvrigt af Drupal's hjemmeside, at Drupal-organisationens Security Team fortsat vil bistå leverandørerne af "extended support".

Realiteten er, at der er intet i "Notat om DDB CMS Next opgaver og basisplatformen", som på mindste måde antyder, at DDF har foretaget en reel og dybdegående vurdering af, om DDF's behov kunne løses ved "extended support", indtil et udbud kunne være gennemført.

Der er således ingen anledning til at tro, at det skulle være afgørende, om basisplatformen er tilvejebragt primo december 2021 eller de måneder senere, som et udbud af basisplatformen eventuelt ville bevirke.

Det bemærkes i den forbindelse også, at det fremgår af kontrakten, at de afleveringstidspunkter, som er aftalt med Reload, alene er "vejledende", hvilket på ingen måde understøtter, at det tidsmæssige aspekt skulle være afgørende for valget af Reload.

Derudover følger det af EU-Domstolens faste praksis, at hvis en ordregiver vil påberåbe sig hastende omstændigheder som begrundelse for at undlade udbud, må den hastende karakter på ingen måde kunne henføres til ordregivers egne forhold. EOL for Drupal 7 og Drupal 8 har været kendt gennem meget lang tid. På Drupal's egen hjemmeside kan man uden videre finde opslag tilbage til i hvert fald 25. februar 2019, hvoraf den oprindelige EOL fremgår.

DDF har bevisbyrden for, at DDF ikke ved rettidig omhu kunne have undgået, at forholdet fik den hastende karakter, som forholdet nu påstås at have fået, f.eks. ved at have iværksat et udbud før. Heller ikke det forhold, at notatet er dateret 13. april 2021, men at kontrakten først er indgået ca. 4 måneder senere understøtter, at der reelt har været tale om hastende omstændigheder.

Sammenfattende er det således klart, at DDF ikke har løftet sin strenge bevisbyrde for, at betingelserne for at undlade udbud efter udbudslovens § 80 har været opfyldt.

DDF har gjort gældende, at DDF ikke har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, idet DDF har skabt mest mulig gennemsigtighed om kontraktindgåelsen, idet der blev offentliggjort en profylaksebekendtgørelse, og idet kontrakten blev indgået efter udløbet af 10-dages perioden efter profylaksebekendtgørelsens offentliggørelse i EU-tidende. DDF har derudover i videst muligt omfang tilstræbt at tildele kontrakten på markedsvilkår for derved at kunne iagttage ligebehandlingsprincippet.

DDF har *vedrørende spørgsmålet, om basisplatformen er udbudspligtig*, gjort gældende, at kontrakten om basisplatformen ikke er udbudspligtig. Kontrakten har, som det fremgår af profylaksebekendtgørelsen, en værdi på knap 1,1 mio. kr., dvs. væsentligt under tærskelværdien på ca. 1,6 mio. kr., og er derfor slet ikke omfattet af udbudslovens afsnit II, jf. § 6, stk. 1, nr. 3. Det er derfor uden betydning, om betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2, er opfyldt eller ej.

Next-projektet består af i alt seks leverancer, hvoraf de fem skal udbydes senere i separate udbud. Kontrakten om basisplatformen er omvendt allerede indgået og bliver gennemført uafhængigt af efterfølgende kontrakter, uanset hvordan disse kontrakter måtte blive udbudt. Det er ikke således, at værdien af alle indkøb, en ordregiver foretager, skal sammenlægges, når det vurderes, om en række selvstændige kontrakter tilsammen har en værdi, så hver enkelt kontrakt er udbudspligtig. Det forhold, at der i et projekt er en lang række forudsætninger, der skal være opfyldt, for at projektet kan gennemføres, betyder ikke, at alle dele af disse forudsætninger skal indgå i beregningen af den anslåede kontraktværdi. Basisplatformen har til formål at være bindeled mellem eksisterende biblioteksinfrastruktur og kommende leverancer. De øvrige Next-projekter har forretningskarakter, idet projekterne digitalt vil understøtte de opgaver, som DDF har til ansvar at løse. Basisplatformen adskiller sig derfor væsentligt indholdsmæssigt i forhold til de øvrige leverancer under Next-projektet.

Basisplatformen er ikke en del af de fem delprojekter. Tværtimod er virkeligheden den, at først når basisplatformen er implementeret, kan de fem projekter, der ganske rigtigt er indbyrdes forbundne i udbudslovens forstand, gennemføres.

Kontrakten om basisplatformen er indgået tidsmæssigt forskudt fra de øvrige kontrakter, og da leverancerne under kontrakten om basisplatformen indholdsmæssigt er uafhængig af de efterfølgende leverancer, er der tale om en selvstændig kontrakt, der ikke værdimæssigt skal lægges sammen med værdien af de øvrige og efterfølgende kontrakter om leverancer i Next-projektet.

Der er desuden tale om en situation, hvor alene én leverandør kan løse opgaven, mens der for de øvrige leverancer i Next-projektet er en bred vifte af leverandører, der kan byde ind på opgaverne. Der er dermed ikke sammenfald i forhold til, hvilke leverandører der kan løse de forskellige opgaver.

Kontrakten om basisplatformen skal derfor betragtes som en enkeltstående kontrakt, da der hverken er formålmæssigt, indholdsmæssigt, tidsmæssigt eller leverandørmæssigt sammenfald mellem basisplatformen og de øvrige leverancer i Next-projektet.

DDF har ganske rigtigt været i tvivl om, hvordan tildelingen af kontrakten om basisplatformen skulle håndteres i forhold til tærskelværdien, og profylaksebekendtgørelsen er netop udtryk for et ønske om at skabe forudgående frivillig gennemsigtighed om kontraktindgåelsen.

DDF har *vedrørende betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2*, gjort gældende, at DDF i profylaksebekendtgørelsen har beskrevet alle relevante detaljer i forbindelse med den påtænkte kontraktindgåelse med stor omhu. Dette gælder både detaljer om DDF som organisation, formålet med kontrakten, de øvrige kontrakter der skal bringes i udbud, og ikke mindst hvorfor den valgte leverandør er tildelt kontrakten. DDF har således i bekendtgørelsen detaljeret beskrevet baggrunden for at tildele kontrakten til Reload i henhold til udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2.

DDF har som led i sin flerleverandørstrategi et formål om at sikre bedst mulig konkurrence i et smalt leverandørfelt. Når DDF har valgt at undtage basisplatformen fra udbud og tildele kontrakten direkte til Reload, er det sket efter grundige overvejelser og netop med henblik på at sikre konkurrence om de øvrige kontrakter i Next-projektet. Hvis ikke DDF havde etableret en kontrakt på basisplatformen, der kunne danne grundlag for de efterfølgende udbud, ville det være udsigtsløst at skabe konkurrence i et i forvejen snævert leverandørmarked.

DDF bestrider ikke Inleads synspunkt om, at § 80, stk. 3, nr. 2, er en undtagelsesbestemmelse, der alene kan finde anvendelse i visse særlige situationer. I DDF's overvejelser har realiteten i markedet for levering af ydelser til biblioteksinfrastrukturen spillet en afgørende rolle. At der alene har været en forventning om op til fire relevante leverandører til de væsentligste dele af Next-projekterne, har således haft den praktiske betydning, at DDF har set sig nødsaget til at påvirke muligheden for at modtage konkurrencedygtige tilbud. Helt konkret er basisplatformen skabt, så der kunne dannes konkurrence om de øvrige leverancer i Next-projekterne. Ved at skabe basisplatformen er den væsentligste begrænsende faktor for at opnå konkurrence om de øvrige kontrakter derfor imødegået af DDF. I forhold til DDF's vurdering af at kunne tildele kontrakten direkte til Reload har det således været afgørende, at det ville være noget nær teknisk umuligt for andre leverandører end Reload at gennemføre kontrakten, at alene Reload har haft den fornødne specifikke knowhow, og at et udbud dermed ville være meningsløst og i hvert fald ikke udløse mere konkurrence eller give et bedre indkøbsresultat.

Når en ordregiver således tilrettelægger et indkøb efter § 80, stk. 3, nr. 2, må der gælde en forpligtelse til at tage hensyn til markedet, herunder at opdele kontrakten i relevante delkontrakter, jf. også udbudslovens § 49, stk. 2.

Der har på trods af den offentliggjorte profylaksebekendtgørelse ikke været henvendelser fra andre interesserede leverandører, og Inlead har utvivlsomt ikke selv den specifikke knowhow til sin rådighed for at kunne gennemføre kontrakten om etablering af basisplatformen.

Som det er beskrevet i Notat om DDB CMS Next opgaver og basisplatformen, har DDF mere konkret vurderet, at blandt andet den specifikke viden om biblioteksinfrastrukturen og datastrukturen, som er afgørende for at levere basisplatformen, alene findes hos virksomheden Reload. Inlead ville derfor aldrig være i stand til at udføre kontrakten uden at blive behørigt instrueret af Reload, selv forudsat at Inlead til gennemførelsen af kontrakten kunne hyre medarbejdere med den relevante tekniske baggrund. Dette er selvsagt et ikke-ønskværdigt scenarium og dermed kernen af den del af undtagelsesbestemmelsen, som DDF har påberåbt sig.

DDF bestrider ikke, at Inlead som softwareudvikler har et relevant erfaringsgrundlag for udførelsen af visse typer af opgaver og også erfaringer med værktøjer, som er relevante i sammenhæng med basisplatformen. Det er dog

væsentligt at fremhæve, at basisplatformen ikke er et almindeligt udviklingsprojekt, men derimod et integrationsprojekt, og derfor er viden om det eksisterende setup altafgørende og netop det, der gør Reload unik i forhold til at løse opgaven.

Inlead er en kendt aktør i biblioteksverdenen, og at hævde, at DDF ikke skulle kende til Inleads styrker og svagheder, er ganske enkelt misvisende. DDF har ved flere lejligheder drøftet forskellige problemstillinger med Inlead, og flere af DDF's medlemskommuner er kunder hos Inlead, hvorfor DDF er fuldstændig klar over, hvad Inlead kan og ikke kan. Inlead er i al væsentlighed leverandør af en række proprietære løsninger, dvs. licensbaserede løsninger, som Inlead derfor har sin udvikling og produktvidereudvikling centreret omkring. Den knowhow og viden, der er nødvendig for at kunne etablere basisplatformen, har dog intet med Inleads grundlæggende it-viden at gøre. At Inlead ikke har været en mulig leverandør af basisplatformen, skyldes derfor i hovedsagen manglende viden og indsigt i en række forudsætninger for basisplatformen.

DDF bestrider Inleads synspunkt om, at Inlead alene skulle have en ”endog særdeles begrænset forbindelse til indklagede de seneste par år”. Inleads direktør har jævnligt gennem en længere periode rettet henvendelse til DDF's medarbejdere og ledelse og udtrykt tvivl om den retning, som Inlead mener, at DDF har anlagt med Next-projektet. Denne uoverensstemmelse omkring DDF's strategivalg ændrer dog ikke ved, at DDF har meget detaljeret viden om, hvorvidt en leverandør, herunder Inlead, er i stand til at levere den ønskede teknologi i overensstemmelse med den valgte strategi. Som det fremgår ovenfor, har det været DDF's vurdering, at Inlead ikke er egnet som leverandør af basisplatformen – dels fordi Inlead ikke besidder de tekniske forudsætninger til at løfte opgaven, dels fordi Inlead ikke deler DDF's opfattelse i relation til de strategiske valg i relation til basisplatformen.

Når en ordregiver i medfør af udbudslovens § 80, stk. 4, er forpligtet til at vurdere, om der foreligger rimelige alternativer, må der heri ligge, at ordregiveren ikke er forpligtet til at acceptere ethvert tænkeligt udfald og alternativ. Det forhold, at fx Inlead med ubegrænset tid og midler i ryggen potentielt kunne opnå samme vidensniveau som Reload, kan efter DDF's opfattelse ikke betragtes som et rimeligt alternativ.

Det *tidsmæssige perspektiv* i vurderingen af rimelige alternativer har også spillet ind i forhold til persondatabeskyttelse. Den hastende karakter har bestået i, at der har været et behov for sikre en opgradering fra ældre versioner af Drupal til nyere versioner for at undgå, at manglende vedligehold af de gamle versioner af Drupal skulle lede til sikkerhedsbrist. Da DDF er databehandler og dermed håndterer store mængder personoplysninger, ville det set fra de registreredes side være uacceptabelt, såfremt der ikke i rette tid og med de rette kompetencer blev opsat relevante og passende sikkerhedsforanstaltninger. Et sikkerhedsbrud opstået, fordi DDF havde undladt at gennemføre en opgradering i tide, ville dermed have betydelig skadevirkning. Der er fundamental uenighed mellem DDF og Inlead om vigtigheden af at få implementeret Drupal 9 i basisplatformen fra det nuværende Drupal 7. Det forhold, at EOL for Drupal 7 er blevet udskudt som følge af Covid-19, ændrer ikke på DDF's ønske om hurtigst muligt at overgå til Drupal 9. At forestille sig en situation, hvor DDF skulle købe sig til extended support til Drupal 7, når Drupal 9 for længst er gængs standard, udstiller hvor forskelligt Inlead og DDF ser på behovet for opgraderingen.

Når DDF har valgt en Drupal-løsning til at starte med, skyldes det blandt andet, at Drupal er Open Source software, hvilket blandt andet indebærer, at en stor del af vedligehold og opgraderingen af softwaren sker på basis af de brugere, der anvender Drupal ("Drupal Community"). Idet Drupal 9 allerede er taget i brug, sker der løbende og hurtigt en strømning af brugere fra Drupal 7 til Drupal 9, hvilket betyder, at Drupal Community for Drupal 9 bliver stærkere, for hver dag der går, på bekostning af Drupal 7.

Extended support er betalt support fra tredjemand, når Drupal Security Team ikke længere forestår vedligehold, og dermed en absolut nødløsning, der strider mod hele formålet med det strategiske valg af Drupal.

Inlead er med sin manglende forståelse for Drupal slet ikke i stand til at løfte den opgave, der består i etablering af basisplatformen. I tillæg hertil foreligger der en situation, hvor Inleads og andre leverandørers manglende viden om biblioteksinfrastrukturen kommer til udtryk i form af manglende specifik interoperabilitet. Specifik interoperabilitet skal i denne sammenhæng anses som viden om biblioteksinfrastrukturen og datastrukturer og sammenhængen til det eksisterende CMS setup. DDF bør ikke være forpligtet til at tage en leverandør i betragtning, der ikke har de tekniske forudsætninger og know-how i forhold til at kunne levere det ønskede, og som derudover i øvrigt er

åbenlyst og dokumenterbart uenig i nødvendigheden af den ønskede teknologi og den valgte strategi.

Omfanget af kontrakten er afgrænset til det allermest nødvendige, både i indhold, men også i udstrækning, idet kontrakten indholdsmæssigt og tidsmæssigt er skarpt afgrænset, ikke indeholder fx drifts- og vedligeholdselementer, der ville være helt normalt i en tilsvarende kontrakt. DDF har på denne vis bestræbt sig på at begrænse brugen af undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2, til det akkurat nødvendige. I den sammenhæng er det ligeledes vigtigt at understrege, at anvendelsen af udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2, ikke er sket for at begrænse konkurrencen og tilgodese en specifik leverandør – tværtimod. For at skabe grundlaget for en reel konkurrence om Next-projekterne har DDF ud fra sin flerleverandørstrategi valgt at etablere en basisplatform, der herefter kan udgøre grundlaget for den efterfølgende konkurrence.

Tilfældene med teknisk eksklusivitet er alle dokumenteret, da DDF dels i Notat om DDB CMS Next opgaver og basisplatformen grundigt har analyseret og redegjort for eksklusiviteten og de bagvedliggende tekniske årsager, dels i den offentliggjorte profylaksebekendtgørelse har beskrevet baggrunden for tildelingen af kontrakten.

Dertil kommer, at Inlead helt konkret har været afskåret fra at løse opgaven med basisplatformen, da Inlead ikke har den fornødne tekniske indsigt og viden vedrørende it-sikkerhed i forbindelse med behandling af personoplysninger. Efter Inleads opfattelse foreligger der en mulighed for support i forbindelse med EOL af Drupal 7, eksempelvis hos en leverandør som myDropWizzard ("MDW"). Som det fremgår af MDW's egne vilkår for behandling af personoplysninger, sker databehandlingen hos MDW i henhold til EU-US Privacy Shield, som var en ordning, hvorved der kunne ske sikker overførsel af personoplysninger fra EU til USA. Denne ordning blev kendt ulovlig ved EU-Domstolens dom af 16. juli 2020 i Schrems II-sagen. At Inlead henviser til en leverandør, der åbenlyst ikke er i stand til at levere sine ydelser i overensstemmelse med gældende lovgivning, viser, at Inlead ikke har forstået og anerkender problemstillingen med en manglende opgradering fra Drupal 7 til Drupal 9 i rette tid. Korrekt og lovlig behandling af personoplysninger er af helt afgørende betydning for DDF, men er et område, hvor Inlead efter DDF's vurdering ikke besidder de nødvendige kompetencer.

DDF's Jura- og GDPR-team holder sig løbende opdateret, på hvilke virksomheder der bliver anbefalet til at yde extended support. Dette var således tilfældet, da notatet af 13. april 2021 blev udarbejdet, og sidenhen også ved klagens indgivelse til klagenævnet. Der var og er fortsat ikke – efter DDF's vurdering – tilfredsstillende muligheder for extended support i relation til Drupal 7.

DDF havde forud for udsendelsen af profylaksebekendtgørelsen analyseret leverandørmarkedet nøje, ligesom Next-delprojekterne er skåret til på en måde, så der kan sikres konkurrence herom, når basisplatformen er implementeret.

Sammenfattende er det derfor DDF's opfattelse, at DDF inden for udbudslovens rammer og på baggrund af en grundig analyse af markedets aktører, med henblik på at skabe et efterfølgende gunstigt miljø for konkurrence, og uden reelle alternativer, valgte at tildele en skarpt afgrænset kontrakt til den aktør, der på grund af sin tekniske knowhow reelt er den eneste, der har forudsætningerne for at opfylde kontrakten.

DDF har på intet tidspunkt påberåbt sig udbudslovens § 80, stk. 5. En opgave kan i sagens natur godt have hastende karakter, selv om betingelserne for anvendelse af § 80, stk. 5, ikke er opfyldt. DDF har da også ageret hurtigt i forhold til realiseringen af basisplatformen, fra analyser af problemstillingerne i foråret 2021 til kontraktstart i sommeren 2021 og endelig levering ultimo 2021. Denne eksekveringsplan er efter alle kendte målestokke udtryk for et hastigt gennemført it-projekt.

Der ligger et betydeligt sikkerhedsmæssigt perspektiv i at få implementeret basisplatformen hurtigst muligt. En ordregiver er ikke forpligtet til at designe et udbud på en måde, så alle med den mindste interesse i projektet kan deltage. Det ville simpelthen blive for dyrt og for risikofyldt. Af samme grund har DDF vurderet, at der ikke har været rimelige alternativer til den valgte fremgangsmåde.

Som denne klagesag har vist, er der ikke kun tale om en situation, hvor Inleads manglende tekniske viden om biblioteksinfrastrukturen, datastrukturer og sammenhængen til den eksisterende CMS setup kommer til udtryk i manglende interoperabilitet. Der er også tale om, at Inlead har en fundamental manglende forståelse for persondatabeskyttelse og de væsentlige regler,

der gælder i henhold til GDPR, som indebærer, at Inlead ikke de facto kan levere en ydelse til DDF, som vil kunne anvendes i forbindelse med implementeringen af basisplatformen.

Ad påstand 2

Inlead har gjort gældende, at betingelserne for, at DDF kunne indgå kontrakt med Reload uden udbud, ikke har været opfyldt, jf. det ad påstand 1 anførte, og at DDF's beslutning om at tildele kontrakten til Reload uden udbud skal annulleres.

DDF har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere DDF's beslutning om at tildele kontrakten om basisplatformen til Reload. Der har ikke været tale om en udbudspligtig kontrakt omfattet af udbudslovens afsnit II henset til kontraktens værdi, der ligger klart under tærskelværdien. Selv hvis kontrakten har været udbudspligtig i henhold til udbudslovens afsnit II, har DDF været berettiget til at tildele kontrakten efter udbudsproceduren udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse i henhold til udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2. Der er således ikke grundlag for at annullere DDF's tildelingsbeslutning.

Ad påstand 3

Inlead har gjort gældende, at udgangspunktet er, at en kontrakt skal erklæres uden virkning, såfremt den skulle have været genstand for udbud, men ikke har været det, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1.

Betingelsen i lov om Klagenævnet for Udbud § 4, stk. 1, nr. 3, er ikke opfyldt. Det fremgår af praksis fra klagenævnet, jf. kendelse af 4. maj 2016, CGI Danmark A/S mod Moderniseringsstyrelsen, at betingelsen alene er opfyldt, hvis ordregiver har udvist den ”fornødne omhu” ved sin vurdering, jf. herved også EU-Domstolens dom i sag C-19/13, Fastweb. Klagenævnet stiller relativt høje krav til ordregivers dokumentation for, at der er udvist den fornødne omhu. Med henvisning til det, som er anført ad påstand 1, har DDF ikke udvist den fornødne omhu ved sin vurdering, der tværtimod må anses som åbenbart urigtig.

DDF var fuldt bekendt med, at der var i hvert fald fire leverandører, der kunne være relevante som leverandører af hele eller dele af Next-projektet. Allerede

henset hertil kunne og burde DDF have iværksat et udbud. DDF kunne som minimum nemt og enkelt have rettet direkte henvendelse til disse leverandører som led i en markedsdialog eller lignende med henblik på at sikre en nærmere afklaring af, om disse leverandører ville kunne afgive bud på basisplatformen, eller hvordan et eventuelt udbud, der inkluderede basisplatformen, ville skulle struktureres, hvis et udbud skulle gennemføres.

Det kan ikke ved vurderingen af, om DDF har udvist den fornødne omhu, tillægges betydning, om kontrakten har større eller mindre værdi. Kontrakten indgår som et element blandt flere i Next-projektet, som angår en afgørende del af DDF's virksomhed. Der er derfor tværtimod grund til at forvente en skærpet omhu.

Det kan heller ikke tillægges betydning, om gennemførelse af kontrakten kan bevirke større eller mindre konkurrence om senere udbudte kontrakter, allerede fordi der ikke er grund til at tro, at kontrakten ville have skabt mindre konkurrence om senere udbudte kontrakter, hvis den var blevet indgået efter gennemførelse af et udbud. Der er ikke hjemmel til at tillægge det betydning, om klage er indgivet før eller efter standstill-perioden, så længe klagen dog er indgivet inden for den lovbestemte klagefrist.

DDF henviser til risikoen for "et væsentligt værdispild". Der er imidlertid ikke godtgjort noget værdispild, og det gøres gældende, at værdispild kun under helt særlige omstændigheder, hvor det er af meget betydelig samfundsmæssig karakter, kan begrunde, at en kontrakt ikke erklæres uden virkning.

Det anførte bør give Klagenævnets for Udbud anledning til at ændre den foreløbige vurdering som anført i nævnets kendelse af 15. oktober 2021, således at klagenævnet i sin endelige kendelse kan konkludere, at DDF ikke har udvist den fornødne omhu, og at kontrakten derfor skal erklæres uden virkning.

Dette skal i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 18 ske med omgående, fremtidig virkning. Der er således ingen hensyn, der kan bevirke, at DDF skal have en nærmere periode til afvikling af kontrakten eller gennemførelse af et udbud m.v.

DDF har gjort gældende, at det fremgår af lov om Klagenævnet for Udbud § 4, at en kontrakt, der falder ind under bestemmelsen i lovens § 17, stk. 1, ikke

kan erklæres for uden virkning, hvis ordregiver forud for kontraktindgåelsen har offentliggjort en bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed (profylaksebekendtgørelse) i Den Europæiske Unions Tidende og har iagttaget procedurereglerne forbundet hermed.

I den konkrete sag har DDF offentliggjort en profylaksebekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende forud for kontraktindgåelsen. Betingelsen i lov om Klagenævnet for Udbud § 4, stk. 1, nr. 1, er således opfyldt.

Der er ligeledes tale om, at DDF har undladt at indgå kontrakten inden udløbet af 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen blev offentliggjort. Betingelsen i lov om Klagenævnet for Udbud § 4, stk. 1, nr. 2, er således ligeledes opfyldt.

Der er endelig tale om, at betingelsen i lov om Klagenævnet for Udbud § 4, stk. 1, nr. 3, er opfyldt, idet DDF utvivlsomt har været i god tro omkring det faktum, at kontrakten lovligt kunne indgås efter udbudsproceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i henhold til udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2.

DDF vurderede nøje, om betingelserne for at anvende undtagelsesbestemmelsen var opfyldt og dokumenterede den vurdering, der blev foretaget, jf. Notat om DDB CMS Next opgaver og basisplatformen. Spørgsmålet omkring DDF's gode tro og dokumentationen for den foretagne vurdering må i øvrigt skulle vurderes i lyset af den yderst begrænsede værdi af kontrakten samt det faktum, at formålet med indgåelsen af kontrakten omkring basisplatformen har været at skabe fundamentet for at kunne konkurrenceudsætte efterfølgende kontrakter på et gennemsigtigt og ligebehandlende grundlag.

Det fremgår af ordlyden af den 3. betingelse i lov om Klagenævnet for Udbud § 4, stk. 1, at det blot er afgørende, om "ordregiveren finder", at kontraktindgåelsen uden udbud er tilladt i henhold til udbudsloven. Der må således være tale om, at der skal været foretaget en åbenlys urigtig vurdering af muligheden for at kunne indgå kontrakt uden udbud, førend klagenævnet kan statuere, at den 3. betingelse ikke er opfyldt.

Selv hvis klagenævnet måtte nå frem til, at DDF ikke opfyldte betingelserne for at anvende udbudsproceduren udbud med forhandling uden forudgående

offentliggørelse, er der således ikke tale om, at DDF har foretaget en åbenlys urigtig vurdering, og kontrakten skal derfor ikke erklæres for uden virkning.

Vurderingen af, om betingelserne for at anvende udbudsproceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse var opfyldt, blev foretaget af en arbejdsgruppe bestående af ansatte hos DDF med såvel udbudsretlig, biblioteksfaglig som it-faglig indsigt. Det udarbejdede notat med vurderingen i forhold til udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2, er således udtryk for en gennemarbejdet vurdering, der har omfattet alle relevante aspekter af kontrakten.

Trods offentliggørelsen af profylaksebekendtgørelsen i Den Europæiske Unions Tidende kom der ikke indsigelser eller klager over den beskrevne fremgangsmåde i 10 dages standstill-perioden, og der er heller ikke efterfølgende kommet klager eller indsigelser fra andre end Inlead.

DDF's profylaksebekendtgørelse beskrev udførligt og præcist indholdet og omfanget af kontrakten vedrørende basisplatformen, og den indeholdt en udførlig begrundelse for, hvorfor DDF vurderede, at kontrakten kunne indgås på baggrund af udbudsformen udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse. Der er således ingen særlige omstændigheder, der har begrundet, at Inlead ikke kunne indgive klage til klagenævnet i 10-dages perioden efter offentliggørelsen af profylaksebekendtgørelsen i EU-tidende.

De indholdsmæssige krav til profylaksebekendtgørelsen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 4, stk. 2, er utvivlsomt opfyldt.

DDF har opfyldt alle betingelser i forhold til virkningen af den offentliggjorte profylaksebekendtgørelse, og der er således ikke grundlag for at erklære DDF's kontrakt med Reload for uden virkning.

Ad påstand 4

Inlead har gjort gældende, at der skal fastsættes en alternativ sanktion, hvis ikke den fulde kontrakt med Reload erklæres for uden virkning. Såfremt Inlead får medhold i påstand 3, skal klagenævnet fastsætte en sanktion for så vidt angår den del af kontrakten, som opretholdes. Får Inlead ikke medhold i påstand 3, skal klagenævnet fastsætte en sanktion for den fulde kontrakt.

Subsidiært skal klagenævnet indgive politianmeldelse i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 18, stk. 2, og § 20.

Det er tvivlsomt, om DDF i klagenævnslovens forstand er etableret på privatretligt grundlag, herunder hvad der i givet fald ville være hjemlen hertil. Det anses mere sandsynligt, at der er tale om en simpel sammenslutning af kommuner, hvorved indklagede fortsat kan pålægges en økonomisk sanktion af klagenævnet.

DDF har gjort gældende, at en særskilt påstand om økonomisk sanktion/politianmeldelse er unødvendig, idet det er klagenævnet, der af egen drift fastsætter en alternativ sanktion/indgiver politianmeldelse for det tilfælde, at kontrakten ikke i sin helhed erklæres for uden virkning.

DDF er som forening etableret på et privatretligt grundlag ikke en del af den offentlige forvaltning, og der er således ikke grundlag for, at klagenævnet kan pålægge DDF en økonomisk sanktion.

Påstand 5

Inlead har gjort gældende, at hvis påstand 3 ikke tages til følge, bliver kontrakten ikke erklæret uden virkning.

Hvis klageren imidlertid får medhold i påstand 2, finder udbudslovens § 185, stk. 2, anvendelse, og det bevirker, at DDF skal bringe den med Reload indgåede kontrakt til ophør med et passende varsel. På grund af kontraktens karakter vil et passende varsel være straks, idet der ikke er særlige hensyn, der begrundes, at det skulle være nødvendigt med en overgangsordning eller lignende.

Der foreligger ikke særlige forhold, der tilsiger, at kontrakten videreføres. DDF vil således kunne foretage udbud af den pågældende ydelse. Kontrakten angår udviklingsopgaver m.v., og det forhold, at der skal gennemføres et udbud, vil således ikke påvirke den aktuelle drift af DDF på nogen måde, der kan begrunde, at kontrakten med Reload ikke skal bringes til ophør.

Det er korrekt, at det fremgår af § 185, stk. 2, at bestemmelsen ikke finder anvendelse, hvor §§ 16 eller 17 om uden virkning i lov om Klagenævnet for

Udbud finder anvendelse. Det fremgår af lovbemærkningerne, at dette skyldes, at bestemmelsens formål alene er at sikre effektiv håndhævelse af udbudsreglerne, og dette formål er allerede varetaget i de nævnte tilfælde.

I de tilfælde, hvor en kontrakt imidlertid ikke erklæres uden virkning, og hvor der ikke idømmes en økonomisk sanktion, er formålet med at sikre en effektiv håndhævelse ikke varetaget, og ordregiver må derfor være forpligtet til at bringe kontrakten til ophør.

DDF har gjort gældende, at der ikke er grundlag for, at klagenævnet kan fremkomme med en sådan udtalelse. Det fremgår eksplicit af udbudslovens § 185, stk. 2, 2. pkt., at bestemmelsen ikke finder anvendelse, hvor §§ 16 eller 17 om uden virkning i lov om Klagenævnet for Udbud finder anvendelse.

Det er tydeliggjort i lovforarbejderne, at pligten til at bringe en kontrakt til ophør i tilfælde af klagenævnets annullation af tildelingsbeslutningen ikke finder anvendelse, når ”uden virkning regimet” i lov om Klagenævnet for Udbud finder anvendelse.

Det ville i øvrigt udgøre en fuldstændig udhuling af det lovfastsatte system med profylaksebekendtgørelser, hvis en ordregiver, der opfylder alle betingelser i forhold til at opnå beskyttelse af en profylaksebekendtgørelse, skulle være forpligtet til at bringe en kontrakt til ophør i medfør af udbudslovens § 185, stk. 2, i en situation, hvor tildelingsbeslutningen i relation til en direkte tildeling annulleres af klagenævnet.

Det bestrides således, at udbudslovens § 185, stk. 2, finder anvendelse i den konkrete situation, og følgelig er der ikke grundlag for, at klagenævnet kan afgive en udtalelse i henhold til lov om Klagenævnet for Udbud § 14 a.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Klagenævnet har i kendelse af 15. oktober 2021 udtalt bl.a. følgende:

”Den udbudte kontrakt er i udbudsbekendtgørelsen angivet til at have en værdi på 1.091.239 kr., hvilket ligger under tærskelværdien i udbudslovens § 6, stk. 1, nr. 3.

Kontrakten om udvikling af basisplatformen er imidlertid en del af Next-projektet. Det fremgår således af udbudsbekendtgørelsen, at udbuddet af kontrakten om udvikling af basisplatformen er den første kontrakt i Next-projektet. Det fremgår endvidere af selve kontrakten, at målet med projektet er en generel genetablering af den forretningsfunktionalitet, bibliotekerne har prioriteret i DDB CMS med særligt fokus på søge- og formidlingsgrænsefladen, at genetableringen forudsætter en etablering af basisplatformen, og at formålet med basisplatformen er at danne grundlaget for udviklingen af brugergrænsefladen. I DDF’s notat omtales ”den sammenhængende digitale bibliotekstjeneste Next”.

Klagenævnet finder på dette foreløbige grundlag, der foreligger, at der er en sådan sammenhæng mellem kontrakten om udvikling af basisplatformen og de øvrige dele af Next-projektet, at der ved afgørelsen af, om den udbudte kontrakt er omfattet af udbudslovens afsnit II, skal tages udgangspunkt i den samlede værdi af Next-projektet.

Da værdien af det samlede Next-projekt ubestridt overstiger tærskelværdien i udbudslovens § 6, stk. 1, nr. 3, gælder reglerne i udbudslovens afsnit II.

DDF har derfor som udgangspunkt pligt til at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse med henblik på at indhente tilbud.

...”

Der er under den efterfølgende behandling af sagen ikke fremkommet nye oplysninger eller fremført nye anbringender, som fører til en anden vurdering.

På denne baggrund finder klagenævnet fortsat, at DDF som udgangspunkt havde pligt til at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse med henblik på at indhente tilbud, idet kontrakten var omfattet af udbudslovens afsnit II, jf. udbudslovens § 128, stk. 1.

DDF foretog imidlertid en direkte tildeling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse og indgik på baggrund heraf kontrakt med Reload.

Som begrundelse for at foretage en direkte tildeling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse anførte DDF i profylaksebekendtgørelsen med henvisning til udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2, bl.a., at opfyldelsen af kontrakten om udvikling af basisplatformen krævede specialistviden i meget høj grad, og at leverandøren skulle have indsigt i it-biblioteksinfrastrukturens opbygning og de datastrukturer, der benyttes i sektoren, fx biblioteksdatafelter mv., samt viden om det eksisterende CMS og den eksisterende build pipeline, herunder bestående uhensigtsmæssigheder, erfaring med at bygge cloudbaseret drift set up og specialistkompetencer i forhold til at foretage integrationer til biblioteksinfrastrukturen og bibliotekssystemet.

Det påhviler DDF at løfte bevisbyrden for, at betingelserne for at foretage en direkte tildeling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse er opfyldt, herunder bevisbyrden for, at ydelserne som påberåbt af DDF efter kontrakten kun kan leveres af en bestemt økonomisk aktør på grund af manglende konkurrence af tekniske årsager, jf. udbudslovens § 80, stk. 2, nr. 3.

Inlead har for klagenævnet redegjort indgående for Inleads kompetencer og indsigt i it-biblioteksinfrastrukturens opbygning og de datastrukturer, der benyttes i sektoren, herunder biblioteksdatafelter m.v., samt viden om det eksisterende CMS og den eksisterende build pipeline m.v.

Klagenævnet finder på den baggrund, at DDF ikke har løftet bevisbyrden for, at Reload var den eneste virksomhed, der havde en sådan specialistviden og indsigt i it-biblioteksinfrastrukturens opbygning og de datastrukturer, der benyttes i sektoren, samt viden om det eksisterende CMS og den eksisterende build pipeline m.v., som var krævet til kontraktens gennemførelse, og at det ville være noget nær teknisk umuligt for Inlead at sikre den krævede gennemførelse.

DDF kunne således ikke anvende proceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse på grund af manglende konkurrence af tekniske årsager, jf. udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2.

DDF har gjort gældende bl.a., at indgåelse af kontrakten var af hastende karakter, og at Inlead ikke skulle være i stand til at løfte opgaven på grund af manglende specifik interoperabilitet.

Klagenævnet bemærker hertil, at oplysninger om opgavens eventuelt hastende karakter, og oplysninger om der foreligger specifik interoperabilitet, ikke fremgår af den offentliggjorte profylaksebekendtgørelse men alene er nærmere beskrevet i DDF's "Notat om DDB CMS Next opgaver og basisplatformen". Heraf fremgår det bl.a., at DDF vurderede, at "Opgaven med basisplatformen har således hastende karakter.", og at "...kun en enkelt leverandør, it-virksomheden Reload, [vil] inden for de givne tidsmæssige rammer (...) kunne sikre gennemførelse af opgaven efter de krav, der må stilles hertil."

Begrundelsen for at anse opgaven med basisplatformen som værende af hastende karakter var ifølge DDF bl.a., at den eksisterende løsning ville blive eksponeret for hacking og sikkerhedsbrud ved Drupal 7 end-of-life (EOL). Ifølge kontraktudkastet havde Drupal 7 EOL i november 2021.

Inlead har imidlertid oplyst, at EOL for Drupal 7 er blevet forlænget, senest til den 28. november 2022, og samtidig er der etableret mulighed for, at organisationer, der benytter sig af Drupal 7, kan købe sig til "extended support" frem til november 2025. Derudover har Inlead oplyst, at Drupal på sin hjemmeside har oplyst om den oprindelige EOL fra i hvert fald 25. februar 2019. DDF har ikke bestridt dette.

Klagenævnet finder, at DDF på den baggrund ikke har løftet bevisbyrden for, at opgaven var af hastende karakter. DDF har derfor været uberettiget til at lægge vægt herpå ved vurderingen af, om betingelserne for direkte tildeling i udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2, var opfyldt.

DDF har heller ikke løftet bevisbyrden for, at der foreligger en sådan specifik interoperabilitet, at Inlead skulle være afskåret fra at kunne opfylde kontrakten.

Det, som DDF har anført om kontraktens hastende karakter og om specifik interoperabilitet, kan derfor ikke føre til et andet resultat.

Herefter er betingelserne for at foretage en direkte tildeling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse ikke opfyldt.

Ved at foretage en direkte tildeling af kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse har DDF handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og § 6, jf. § 128, stk. 1, idet betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 3, ikke er opfyldt.

Klagenævnet tager derfor påstand 1 til følge.

Ad påstand 2

Det følger af det anførte ad påstand 1, at betingelserne for annullation af tildelingsbeslutningen er opfyldt.

Klagenævnet tager derfor påstand 2 til følge.

Ad påstand 3

Som anført ad påstand 1 er betingelserne for at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse ikke opfyldt.

Det følger herefter af § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, at kontrakten skal erklæres for uden virkning. En ordregiver har dog i medfør af § 4, stk. 1, mulighed for at sikre, at en kontrakt i de tilfælde, der er nævnt i § 17, stk. 1, nr. 1, ikke erklæres for uden virkning, hvis 1) ordregiveren forud for kontraktindgåelsen i Den Europæiske Unions Tidende har offentliggjort en bekendtgørelse, hvoraf det fremgår, at ordregiveren agter at indgå kontrakten, 2) kontrakten ikke er indgået inden udløbet af 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort, og 3) ordregiveren finder, at indgåelsen af kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende er tilladt i henhold til udbudsloven eller EU-udbudsreglerne. Bekendtgørelsen skal i medfør af § 4, stk. 2, nr. 3, indeholde begrundelsen for ordregiverens beslutning om at tildele kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

EU-Domstolen har i sag C-19/13, Fastweb, præmis 47 og 48, udtalt, at profylaksebekendtgørelsen skal ”indeholde begrundelsen for ordregiverens beslutning om at tildele kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse”, og at ”den nævnte begrundelse klart og utvetydigt

[skal] angive de betragtninger, der ligger til grund for den ordregivende myndigheds vurdering af, at den kunne indgå kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, med henblik på at gøre det muligt for de interesserede parter under fuldt kendskab til sagen at afgøre, om sagen skal indbringes for den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, og for sidstnævnte at udøve en effektiv kontrol.”

EU-Domstolen har endvidere i præmis 50 udtalt, at den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, i forbindelse med sin kontrol er forpligtet til ”at undersøge, om den ordregivende myndighed har udvist den fornødne omhu, og om den ordregivende myndighed kunne vurdere, at betingelserne for at tildele en kontrakt [uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse] faktisk var opfyldt.”

DDF har den 16. juli 2021 indrykket en bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed, indeholdende en begrundelse for DDF’s beslutning om at tildele kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og har først efter udløbet af 10 kalenderdage fra den dag, bekendtgørelsen blev offentliggjort, indgået kontrakt.

Inlead har gjort gældende, at DDF ikke har udvist den fornødne omhu.

Klagenævnet har i kendelse af 15. oktober 2021 udtalt bl.a. følgende herom:

”Afgørelsen af, om DDF har udvist den fornødne omhu, skal foretages på baggrund af en vurdering af sagens samlede omstændigheder, hvori også indgår kontraktens genstand, herunder kompleksiteten i den tjenesteydelse, der indgås kontrakt om, og kontraktens værdi.

DDF har inden indgåelsen af kontrakten foretaget en vurdering af, om kontrakten var udbudspligtig. Hvordan denne vurdering er foretaget, fremgår af det af DDF udarbejdede Notat om DDB CMS Next opgaver og basisplatformen. Det fremgår heraf bl.a., at DDF’s brugerteam og jurateam på en række møder har drøftet, hvordan opgaverne vedrørende den sammenhængende digitale bibliotekstjeneste Next konkurrenceudsettes/udbydes i overensstemmelse med de udbudsretlige regler, herunder navnlig om det er berettiget at anvende udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2.

DDF’s brugerteam vurderede, at der til gennemførelsen af opgaven med udviklingen af basisplatformen krævedes specifik indsigt i it-biblioteks-

infrastrukturens opbygning og de datastrukturer, der benyttes i bibliotekssektoren, viden om det eksisterende CMS og den eksisterende pipeline samt erfaring med at bygge et cloudbaseret drift-setup. Endvidere krævedes specialiserede kompetencer i forhold til at foretage integrationer i biblioteksinfrastrukturen og bibliotekssystemet.

Brugerteamet vurderede på baggrund af et indgående kendskab til it-virksomheden Reloads og de andre potentielle leverandørers kompetencer og viden, at det kun it-teknisk ville være muligt for it-virksomheden Reload at gennemføre opgaven med etablering af basisplatformen.”

Klagenævnet finder, at DDF henset til kontraktens genstand, herunder kompleksiteten i den tjenesteydelse, der indgås kontrakt om, og navnlig kontraktens mindre værdi, har foretaget de tilstrækkelige undersøgelser til at vurdere, om betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2, var opfyldt. DDF har på baggrund af de foretagne undersøgelser vurderet, at betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 3, nr. 2, var opfyldt, men har for at sikre maksimal gennemsigtighed offentliggjort en profylaksebekendtgørelse. Klagenævnet finder efter en samlet vurdering, at DDF var berettiget til at anvende denne fremgangsmåde, og at DDF i sin vurdering har udvist fornøden omhu.

Det forhold, at det nu er fastslået, at DDF's vurdering var forkert, og at betingelserne for at foretage en direkte tildeling herefter ikke var opfyldt, medfører ikke i sig selv, at DDF ikke kan anses for at have udvist fornøden omhu.

Herefter, og da de af Inlead nu fremkomne anbringender ikke kan føre til en anden vurdering, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 4

Efter det, der er anført ad påstand 3, tages påstanden ikke til følge, idet der ikke er grundlag for at fastsætte en alternativ sanktion i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 18, stk. 2, nr. 2.

Ad påstand 5

Klagenævnet lægger til grund, at kontrakten med Reload om basisplatformen er udført og afsluttet, og at sidste rate af vederlaget er faktureret og betalt.

Klagenævnet tager på denne baggrund ikke stilling til påstand 5, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 2.

Herefter bestemmes:

Det Digitale Folkebibliotek har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 og § 6, jf. § 128, stk. 1, ved at have indgået en aftale med Reload A/S om udvikling af basisplatformen til DDB CMS Next uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, idet betingelserne i udbudslovens § 80, stk. 3, ikke er opfyldt.

Det Digitale Folkebiblioteks beslutning af 12. juli 2021 om at tildele kontrakt om udvikling af basisplatformen til DDB CMS Next til Reload A/S annulleres.

Det Digitale Folkebibliotek skal i sagsomkostninger til Inlead ApS betale 35.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 3 og påstand 4.

Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 5.

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nadia Reichenbach Bodentien
Sekretær