

Klagenævnet for Udbud

(Nikolaj Aarø-Hansen, Erik P. Bentzen, Jan Eske Schmidt,
Kurt Helles Bardeleben)

J.nr.: 20/05105

14. januar 2021

K E N D E L S E

Audio Visionary Music A/S
(advokat Henrik Holtse, København)

mod

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S
(advokat Jens Bødtcher-Hansen og advokat Vibeke Fabricius Nordlander,
København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 026-058733 af 4. februar 2020, offentliggjort den 6. februar 2020, udbød Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (herefter SKI) som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale om levering af biblioteksmaterialer og klargøringsydelser i forhold hertil (Rammeaftale 50.05 biblioteksmaterialer (2020)). Udbuddet var opdelt i 8 delaftaler, således at sortimentet pr. delaftale omfatter

- 1) Delaftale 1 Danske bøger og noder (Øst) (anslået værdi 253 mio. kr.)
- 2) Delaftale 2 Danske bøger og noder (Vest) (anslået værdi 475 mio. kr.)
- 3) Delaftale 3 Udenlandske bøger og noder (anslået værdi 37 mio. kr.)
- 4) Delaftale 4 Danske og udenlandske årbøger (anslået værdi 21 mio. kr.)
- 5) Delaftale 5 Musik (anslået værdi 28 mio. kr.)
- 6) Delaftale 6 Film (anslået værdi 71 mio. kr.)
- 7) Delaftale 7 Spil og multimedier (anslået værdi 43 mio. kr.)
- 8) Delaftale 8 Taskebøger og klassesæt (anslået værdi 93 mio. kr.)

Hver delaftale skulle tildeles én leverandør, og rammeaftalen havde en varighed på 2 år med mulighed for forlængelse i to gange et år. Værdien af rammeaftalen var i udbudsbekendtgørelsen anslået til i alt 1.021.000.000 kr.

Tildelingskriteriet var Pris. Tilbudsgiverne kunne afgive tilbud på alle delaftalerne.

Ved tilbudsfristens udløb den 3. marts 2020 havde SKI modtaget tilbud fra Audio Visionary Music A/S (herefter AVM) og BibMedia A/S (herefter BibMedia). Begge virksomheder afgav tilbud på alle delaftalerne. Den 21. april 2020 besluttede SKI at indgå delaftalerne 2-8 med BibMedia og delaftale 1 med AVM, idet delaftale 1 og 2 var ”underlagt” en såkaldt øst/vest-model, jf. nedenfor. SKI har den 9. juni 2020 oplyst, at der er indgået kontrakter.

Den 30. april 2020 indgav AVM klage til Klagenævnet for Udbud over SKI. AVM fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle beslutte, at klagen skulle have opsættende virkning. Den 29. maj 2020 udtalte klagenævnet, at betingelsen om ”fumus boni juris” var opfyldt, men klagenævnet besluttede, at klagen ikke blev tillagt opsættende virkning, fordi uopsættelighedsbetingelsen ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet skriftligt.

AVM har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at SKI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudslovens § 2, stk. 1, og med udbudslovens § 56 ved at anvende en fremgangsmåde for tildeling af delaftale 1 og 2, hvorefter den tilbudsgiver, der har afgivet det næstbedste tilbud, kan ændre sit tilbud efter tilbudsfristen og derefter blive tildelt delaftale 1.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at SKI har handlet i strid med udbudslovens § 49, stk. 3, ved ikke at beskrive i udbudsbekendtgørelsen, hvordan delaftale 1 og 2 tildeles, men alene omtale dette i udbudsbetingelserne.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at SKI har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, jf. udbudslovens § 2, stk. 1, og med udbudslovens § 49, stk. 1, ved at anvende en evalueringsmodel for delaftale 1 og 2, hvorefter rammeaftalernes omfang ikke var klarlagt på tidspunktet for tilbudsafgivelse, da obligatorisk samlet tilbud på delaftale 1 og 2 kunne resultere i tildeling af

delaftale 2 eller både delaftale 1 og 2.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 og med udbudslovens § 160, stk. 1, ved at have anvendt en evalueringsmodel for delaftalerne 1-8, der ikke har været beskrevet i udbudsmaterialet.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudslovens § 2, stk. 1, og med udbudslovens § 160, stk. 1, 3. pkt., ved i udbudsbetingelserne at anføre, at et tilbud kan blive afvist, hvis prisen på en enkelt varelinje anses for at være unormal lav, men efterfølgende ved evalueringen fragå dette og i stedet acceptere et tilbud, hvor prisen på mindst 5 varelinjer er åbenbart unormal lav (1 øre).

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at SKI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudslovens § 2, ved i forbindelse med evalueringen af tilbuddene for så vidt angår delaftalerne 3-8 at have anvendt en evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Påstand 7

Klagenævnet skal annullere SKI's udbud af Biblioteksmaterialer, Rammeaftale 50.05 (2020).

Påstand 8 (subsidiær til påstand 7)

Klagenævnet skal annullere SKI's tildelingsbeslutning af 21. april 2020.

SKI har nedlagt påstand om, at påstand 1-6 og 8 ikke tages til følge, og at påstand 7 afvises, subsidiært ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 1. maj 2020 meddelt SKI's kontraktpart, BibMedia, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

BibMedia har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at rammeaftalen primært retter sig mod de centralbiblioteker, folkebiblioteker og folkeskolebiblioteker (PLC – Pædagogiske Læringscentre), som via deres kommunes tilslutning har forpligtet sig til at gøre brug af rammeaftalen. Derudover retter rammeaftalen sig mod en række andre kunder, som kan vælge at bruge rammeaftalen frivilligt.

Det er tale om et genudbud af rammeaftalerne, dog har delaftale 1 og 2 (Danske bøger og noder) tidligere været udbudt som en samlet kontrakt. Både AVM og BibMedia var leverandører under de tidligere aftaler, herunder var AVM leverandør af Danske bøger og noder (den nu opdelte kontrakt).

Dialog forud for udbuddet

Forud for udbuddet offentliggjorde SKI en vejledende forhåndsmeddelelse den 30. september 2019 for at gøre potentielle tilbudsgivere og relevante markedsaktører opmærksomme på det kommende udbud og for at gennemføre en teknisk dialog med markedet. Formålet med den tekniske dialog var at give potentielle tilbudsgivere og andre relevante markedsaktører mulighed for at komme med input til udbudsmaterialet baseret på det materiale, som SKI gjorde tilgængeligt under den tekniske dialog. Materialet bestod bl.a. af dokumentet ”50.05 Biblioteksmaterialer – om udbuddet og vejledning til den tekniske dialog”.

Invitationen til potentielle tilbudsgivere og interesserede virksomheder indeholdt en beskrivelse af det kommende udbud og en række centrale elementer, som var påtænkt indeholdt i udbudsmaterialet, herunder om sortimentet, afgrænsning af ydelser, der skal leveres, vederlagsstruktur, leveringsvilkår m.v. og en række specifikke spørgsmål til de potentielle tilbudsgivere og markedsaktører. Opdelingen af delaftalen om danske bøger og noder (delaftale 1 og 2) er beskrevet således i henvendelsen:

”Særligt vedr. delaftale 1 Danske bøger og noder - Opdeling i to geografiske områder

Det forventes, at delaftalen vedrørende levering af ”Danske bøger og noder” opdeles i to geografiske områder. En ”Øst/Vest model”, der indebærer en mekanisme, hvor:

- Tilbudsgiveren prissætter henholdsvis Østdanmark og Vestdanmark med identiske priser.
- Tilbudsgiveren med det bedste tilbud tildeles som leverandør i Østdanmark eller Vestdanmark efter en i udbuddet fastlagt mekanisme.
- Tilbudsgiveren med det næstbedste tilbud får mulighed for at være leverandør i den del af Danmark, som den vindende tilbudsgiver ikke bliver tildelt.
- Tilbudsgiveren med det næstbedste tilbud, skal, ved accept af muligheden, levere til præcis samme priser, som tilbudsgiveren med det bedste tilbud har tilbudt.
- Det indebærer samtidig, at tilbudsgiveren med det næstbedste tilbud skal have indsigt i priserne, som tilbudsgiveren med det bedste tilbud har afgivet.
- ... Hvis tilbudsgiveren med næstbedste tilbud ikke accepterer at være leverandør i den del af Danmark, som den vindende tilbudsgiver ikke bliver tildelt – til de priser, som tilbudsgiveren med det bedste tilbud har tilbudt, så går muligheden videre til tilbudsgiveren med det tredjebedste tilbud – hvis en sådan findes. Etc.
- ... Og hvis ingen af de øvrige tilbudsgivere accepterer at være leverandør i den del af Danmark, som den vindende tilbudsgiver ikke bliver tildelt – til de priser, som tilbudsgiveren med det bedste tilbud har tilbudt, så skal tilbudsgiveren med det bedste tilbud være leverandør i både Østdanmark og Vestdanmark.

Den præcise opdeling af ”Øst” eller ”Vest” er ikke fastlagt. Det forventes, at den ene del bliver større end den anden (økonomisk volumen).

SKI forventer at kunne tildele til en Leverandør i øst og en leverandør i vest.

De øvrige delaftaler 2-7 opdeles ikke i Øst/Vest.”

Et af de spørgsmål, som SKI stillede til de potentielle tilbudsgivere og interesserede virksomheder, var: ”Er den forventede Øst/Vest opdeling af delaftalen vedrørende levering af ”Danske bøger og noder” kommercielt fornuftig?” AVM svarede ikke på spørgsmålet, men BibMedia svarede:

”SKI forslag til en opdeling af delaftale 1 danske bøger og klargøring i en Øst/Vest model som beskrevet, synes vi virker fornuftigt, da den skitserede model fortsat motiverer tilbudsgiverne til at afgive det mest attraktive tilbud for at få tildelt den største del af volumen.

Ved at have flere leverandører på delaftale 1 så sikres det at der vil være

en skarp konkurrence i årene fremover, og det fortsat vil blive udviklet løsninger og ydelser til gavn for biblioteker.”

Nærmere om beskrivelse af øst/vest-modellen for tildeling af delkontrakt 1 og 2

Af udbudsbetingelserne fremgår:

”...

3.1 Opdeling af delaftaler

...

Delaftale 1 og 2 er indbyrdes afhængige, jf. punkt 3.1.1, og såfremt en tilbudsgiver afgiver tilbud på en af disse delaftaler, gives automatisk tilbud på begge delaftaler. Der kan ikke tages forhold herfor, og således ikke alene gives tilbud på den ene af de 2 delaftaler vedrørende Danske bøger og noder.

Udover ovenstående er der ingen begrænsninger på, hvor mange eller få af delaftalerne, der kan/skal afgives tilbud på.

SKI forventer at tildele til én leverandør pr. delaftale. Samme leverandør kan blive tildelt flere delaftaler.

Markedet for biblioteksmaterialer er karakteriseret ved, at der eksisterer få specialiserede leverandører og potentielle tilbudsgivere. Danske bøger og noder er omsætningsmæssigt det største produktområde og forretningsmæssig vigtig for de potentielle tilbudsgivere. For at sikre den fremadrettede konkurrence på markedet opdeles Danske bøger og noder geografisk i 2 delaftaler. De tilsluttede kunder er opdelt i 2 på disse, henholdsvis Øst og Vest. Det fremgår af bilag A med underbilag A.1 og A.2 hvilke kommuner der er tilsluttet henholdsvis delaftale 1 Danske bøger og noder (Øst) og delaftale 2 Danske bøger og noder (Vest).

Delaftale 1 Danske bøger og noder (Øst) omfatter de af SKI's kunder, som er beliggende i centralbiblioteksområde Gentofte. Det følger af bilag A.1, hvilke kommuner der er tilsluttet til øst. Andre kunder end kommuner skal anvende den delaftale, som er gældende for det centralbiblioteksområde, som kundens hovedsæde er beliggende i. Region Hovedstaden hører under delaftale 1 Danske bøger og noder (Øst), bortset fra Bornholms Regionskommune, som hører under delaftale 2 Danske bøger og noder (Vest).

Delaftale 2 Danske bøger og noder (Vest) omfatter de af SKI's kunder som er beliggende i centralbiblioteksområde Roskilde, Odense, Vejle,

Herning og Aalborg. Det følger af bilag A.1, hvilke kommuner der er tilsluttet til vest. For andre kunder, end kommuner, skal de anvende den delaftale, som er gældende for det centralbiblioteksområde, som kundens hovedsæde er beliggende i. Region Sjælland, Region Syddanmark, Region Midtjylland og Region Nordjylland hører under delaftale 2 Danske bøger og noder (Vest). Bornholms Regionskommune hører under delaftale 2 Danske bøger og noder (Vest).

3.1.1 Danske bøger og noder – delaftale 1 (Øst) og delaftale 2 (Vest)

Danske bøger og noder udbydes som en såkaldt ”Øst/Vest-model”, hvilket betyder, at der påtænkes tildelt en leverandør i Østdanmark og en anden leverandør i Vestdanmark, men at de samme tilbudte priser vil være gældende for alle kunder uanset om kunderne er beliggende i Øst- eller Vestdanmark.

Tilbudsgiverne afgiver priser på avance og klargøring, som skal være de samme – og vil være gældende – for både delaftalen for Østdanmark og delaftalen for Vestdanmark.

Tilbudsgiveren, der afgiver det økonomisk mest fordelagtige tilbud, tildeles som leverandør på delaftale 2 Danske bøger og noder (Vest).

Tilbudsgiveren, der afgiver det økonomisk næstmest fordelagtige tilbud, får tilbudt at blive leverandør på delaftale 1 Danske bøger og noder (Øst). Denne tilbudsgiver skal dog acceptere, at tildelingen som leverandør i Østdanmark forudsætter, at tilbudsgiveren skal levere rammeaftalens produkter og ydelser til kunderne i Østdanmark til præcis samme priser, som tilbudsgiveren med det økonomisk mest fordelagtige tilbud, har tilbudt og skal levere til i Vestdanmark.

Hvis tilbudsgiveren med det økonomisk næstmest fordelagtige tilbud, ikke accepterer at blive leverandør i Østdanmark, går muligheden videre til tilbudsgiveren med det økonomisk tredje mest fordelagtige tilbud, som ligeledes skal acceptere, at tildelingen som leverandør i Østdanmark forudsætter, at tilbudsgiveren skal levere rammeaftalens produkter og ydelser til kunderne i Østdanmark til præcis samme priser, som tilbudsgiveren med det økonomisk mest fordelagtige tilbud, har tilbudt og skal levere til i Vestdanmark.

Hvis denne tilbudsgiver heller ikke accepterer at blive leverandør i Østdanmark, går muligheden videre til næste tilbudsgiver i rækken, osv. Hvis rækken af tilbudsgivere, med konditionsræssige tilbud, udtømmes, og der ikke iblandt disse, findes en leverandør til Østdanmark, vil leverandøren, som tildeles Vestdanmark også blive tildelt Østdanmark.

Denne skal i så fald være leverandør i hele Danmark, dvs. på både delaftale 1 og 2, og levere til samme priser i hele landet.

For tilbudsgiverne betyder Øst/Vest-modellen, at tilbudsgiverne, såfremt evalueringen måtte vise, at de har afgivet det økonomiske mest fordelagtige tilbud, accepterer at give fuld indsigt i deres tilbudte priser til de øvrige tilbudsgivere. I første række til tilbudsgiveren med det økonomisk næstmest fordelagtige tilbud, og hvis denne ikke accepterer at blive leverandør i Østdanmark, til den næste i rækken, osv.

Baggrunden for, at leverandøren med det økonomisk mest fordelagtige tilbud tildeles Vestdanmark er, at der forventeligt vil være en større omsætning at indhente i Vestdanmark end i Østdanmark. Tilbudsgiveren der tildeles Østdanmark, skal således også være opmærksom på, at tilbudsgiveren ved accept af vilkårene for at blive leverandør i Østdanmark, skal sikre sig, at denne ved de dikterede priser, skal kunne opnå en rentabel drift i forhold egne omkostninger, selvom den omsætning i Østdanmark forventeligt vil blive lavere, end i Vestdanmark. Fordelingen af den forventede omsætning i henholdsvis Øst- og Vestdanmark fremgår af A.1.

...

8.2 Samlet evaluering og tildeling

...

For så vidt angår delaftale 1 og 2 henvises til punkt 3.1.1 om Øst/Vest-modellen, hvorefter den tilbudsgiver, som afgiver det økonomisk mest fordelagtige tilbud på delaftale 1 og 2, tildeles delaftale 1 Danske bøger og noder (Øst) [rettelig Vest], og den tilbudsgiver, som afgiver det økonomisk næstmest fordelagtige tilbud på delaftale 1 og 2 får tilbudt at blive tildelt som leverandør på delaftale 2 Danske bøger og noder (Vest) [rettelig Øst]. Se mere om fremgangsmåden beskrevet i punkt 3.1.1.

...”

Nærmere om afgivelse af priser og evaluering heraf

Af udbudsbetingelserne fremgår:

”...

3 Formål og baggrund

...

SKI ønsker at indgå rammeaftaler, der i højest mulig grad sikrer, at prisdannelsen er gennemsigtig, og at vilkårene for potentielle tilbudsgivere er lige. Modellen for afgivelse af priser er baseret på, at tilbudsgivere på alle delaftaler, hvor de ønsker at afgive tilbud, prissætter en avance i DKK, der tillægges kostprisen for materialet. Avancen kan differentieres

i forhold til antal bestilte bøger (på samme ordre). Tilbudsgivere får der- ved mulighed for at tilbyde lavere avance, når Kunden bestiller flere bøger samtidig. Tilbudsgivere skal indregne deres udgifter til materialeaf- søgning og hjemtagelse af materiale i den tilbudte avance i DKK.

Derudover skal tilbudsgivere på alle delaftaler, hvor de ønsker at afgive tilbud, prissætte forskellige klargøringsydelser, der skal sikre, at det ind- købte materiale kan indgå i bibliotekernes materialesamling uden at bib- liotekerne skal foretage sig yderligere, som f.eks. påsætning af bogplast, påsætning af bibliografiske oplysninger eller indbinding med ny ryg, for- side og bagside.

...

8 Tildelingskriterier og evaluering

...

8.1 Evaluering af pris

Tilbudsgivernes tilbud evalueres på baggrund af tilbudte avancer og pri- ser på klargøringsydelser i bilag C. Evalueringen sker pr. varelinje (SKI ID Positionsnummer) på baggrund af en lineær model med økonomisk ramme.

8.1.1 Anvendte vægte

For hver delaftale er hvert SKI ID-positionsnummer forud for udbuddet blevet tildelt en vægtning, som fremgår af bilag C, og som er gengivet nedenfor i punkt 8.1.1.1-8.1.1.7. ...

Vægtningen af avance og klargøringsydelser (hvert enkelt SKI ID-posi- tionsnummer, der er indeholdt i bilag C er baseret på det historiske for- brug på den nuværende aftale i perioden 1. august 2018 til 31. juli 2019. Der er foretaget en vurdering af det historiske forbrug pr. position, pr. delaftale med henblik på at estimere det fremadrettede forbrug pr. posi- tion i overensstemmelse med den mere præcise sammensætning og af- grænsning af klargøringsydelser sammenholdt med den nuværende af- tale. Den mere præcise sammensætning og afgrænsning af klargørings- ydelser og vægtningen heraf afspejler forventningerne til det fremtidige forbrug, herunder det indmeldte forventede forbrug i rammeaftalens va- righed fra de tilsluttede kunder på rammeaftalen. Der er tale om et gene- relt skøn foretaget på aggregeret niveau. Hverken SKI eller kunderne in- destår for dette skøn i forhold til det efterfølgende forbrug, herunder for hvordan den nærmere fordeling af indkøb sker på produkter og ydelser, jf. også rammeaftalens punkt 3. Vægtningen af positionerne under delaf- tale 1 Øst og delaftale 2 Vest er identiske. Det har ikke været muligt at

identificere geografiske forskelligheder i det historiske forbrug og forventningerne til det fremtidige forbrug, jf. den mere præcise sammensætning og afgrænsning af klargøringsydelser, der kan begrunde en forskellig vægtning af de enkelte positioner.

Der henvises i øvrigt til rammeaftalens punkt 3 i forhold til de anførte mængder af de udbudte produkter/ydelser. Som det fremgår, bærer leverandøren den fulde risiko for ændringer i op- og nedadgående retning – både samlet set og på produkt-/ydelse-niveau. Leverandøren bærer også den fulde risiko for hyppigheden af køb under rammeaftalen samt for størrelsen af de enkelte køb. Tilbudsgiver opfordres derfor til at tage højde for dette i forbindelse med prissætningen af de udbudte produkter/ydelser og dermed sikre sig et robust og bæredygtigt grundlag uanset eventuelle efterfølgende udsving i forbruget eller forskydninger i indkøbsmønstre, særligt i de situationer, hvor tilbudsgiver måtte vælge at tilbyde priser, der ligger under kostpris.

...

8.1.1.1 Vægtning delaftale 1 Danske bøger og noder (Øst) og delaftale 2 Danske bøger og noder (Vest)

Tildelingskriterie	Vægt	Underkriterier	Vægt
Pris	100%	Bog 0 Avance pr. materiale ved bestilling af 1 eksemplar pr. ordre.	8,50%
		Bog 0 Avance pr. materiale ved bestilling af 2-5 eksemplarer pr. ordre.	4,25%
		Bog 0 Avance pr. materiale ved bestilling af 6 eksemplarer eller flere pr. ordre.	4,25%
		Bog 1 Påsætning af mat transparent bogplast med ombuk på bøger og noder (paperback og hardback)	47,00%
		Bog 2 Indbinding af bøger og noder. Bind med påtrykt rygtekst, klassemærke og evt. alfabetisk underdeling.	14,00%
		Bog 3 Påsætning af mat transparent bogplast med ombuk på bøger og noder (paperback og hardback)	6,00%
		Bog 4 Påsætning af mat transparent bogplast til kant på bøger og noder (paperback og hardback)	1,00%
		Bog 5 Påsætning af bibliografisk etiket med hybrid og mulighed for automodtagelse (stregkode og RFID-chip), hvor bibliotekets navn og evt. logo indgår.	1,00%
		Bog 6 Påsætning af bibliografisk etiket med stregkode og mulighed for automodtagelse, hvor bibliotekets navn og evt. logo indgår.	1,00%
		Bog 7 Påsætning af bibliografisk etiket med RFID-chip og mulighed for automodtagelse, hvor bibliotekets navn og evt. logo indgår.	1,00%
		Bog 8 Indbinding af bøger og noder med halvbind.	1,00%
		Bog 9 Indbinding af flere numre af tidsskrifter, løsebladeværker m.v. med halvbind	0,20%
		Bog 10 Omindbinding med nye indbindingsmaterialer (pga. slid eller løse sider)	0,20%
		Bog 11 Omindbinding med genbrug af indbinding af indbindingsmaterialer (pga. slid eller løse sider)	0,20%
		Bog 12 Ved levering og påsætning af klistermærke med fast tekst, form og farve.	1,00%
		Bog 13 Ved levering og påsætning af ekstra klistermærke eller tape med skrift (forskelligt fra reference Bog 12).	1,00%
		Bog 14 Ved påsætning af ekstra klistermærke eller tape med skrift, der leveres til leverandøren af kunden	0,20%
		Bog 15 Ved alternativ placering af bibliografisk etiket	1,00%
		Bog 16 Ved alternativ størrelse på den bibliografiske etiket.	0,20%
		Bog 17 Ved påsætning af rygstrimmel	1,00%
		Bog 18 Ved smudsomslag, der er tilskåret og lagt mellem bog og bogplast	5,00%
		Bog 19 Ved plastning og/ eller indbinding af sammensatte materialer	0,20%
		Bog 20 Ved håndtering af spiralryg ved indbinding eller plastning	0,20%
		Bog 21 Ved isætning af bilag	0,20%
		Bog 22 Ved Niger ryg	0,20%
		Bog 23 Ved levering og isætning af: bilagslomme i plast, i lærred eller udstanset CD/DVD-lomme i plast	0,20%

...

8.1.2 Evaluering pr. varelinje

Hver enkelt varelinje på delaftalen evalueres for sig med en økonomisk ramme på 50 %. Laveste pris på varelinjen får 5 point og laveste pris + 50 % får 1 point. Tilbudspriser inden for den økonomiske ramme tildeles point på baggrund af en lineær interpolering mellem 1 og 5 point.

Tilbudsgiverens point pr. varelinje multipliceres med varelinjens vægt, jf. bilag C, og alle varelinjers vægtede point adderes. Herefter divideres der med summen af vægte for alle varelinjer, hvorved tilbudsgiverens samlede point på delaftalen findes.

8.1.2.1 Tilpasning af evalueringsmodel

Tilpasningsmodel 1: Objektive betingelser for tilpasning:

Såfremt ovenstående evalueringsmodel medfører, at der inden for den enkelte varelinje er mere end halvdelen af tilbudsgivernes tilbudte priser (inkl. den laveste pris) på varelinjen, der falder uden for den økonomiske ramme på laveste pris tillagt 50 %, skal evalueringsmodellen tilpasses som følger:

For den enkelte varelinje, hvor ovenstående objektive betingelser for tilpasning er opfyldt, skal evalueringen foretages med en økonomisk ramme på 75 %.

Hver enkelt varelinje evalueres for sig efter en økonomisk ramme på 75 %. Laveste pris på varelinjen får 5 point og laveste pris + 75 % får 1 point. Tilbudspriser inden for den økonomiske ramme tildeles point på baggrund af en lineær interpolering mellem 1 og 5 point.

Tilbudspriser der ligger ud over den økonomiske ramme får på varelinjen tildelt 1 point.

Tilpasningsmodel 2: Objektive betingelser for tilpasning:

Såfremt ovenstående evalueringsmodel medfører, at der inden for den enkelte varelinje er mere end halvdelen af tilbudsgivernes tilbudte priser på varelinjen (inkl. den laveste pris), der falder uden for den økonomiske ramme på laveste pris tillagt 75 %, skal evalueringsmodellen tilpasses, således at evalueringen foretages med en økonomisk ramme på 100 %.

For den enkelte varelinje, hvor ovenstående objektive betingelser for tilpasning er opfyldt, skal evalueringen foretages med en økonomisk ramme på 100 %.

Hver enkelt varelinje evalueres for sig efter en økonomisk ramme på 100 %. Laveste pris på varelinjen får 5 point og laveste pris + 100 % får 1 point. Tilbudspriser inden for den økonomiske ramme tildeles point på baggrund af en lineær interpolering mellem 1 og 5 point.

Tilbudspriser der ligger ud over den økonomiske ramme får på varelinjen tildelt 1 point.

...

9 Afgivelse af tilbud

...

9.2.4 Bilag C Leverandørens tilbud

...

Tilbudsgiver gøres særligt opmærksom på, at det er tilbudsgiver, der bærer den fulde kommercielle risiko for prissætningen i tilbuddet og den efterfølgende økonomiske balance under Rammeaftalen, jf. også nærmere i Rammeaftalens punkt 3.

Såfremt et tilbud forekommer unormalt lavt – eller priser på ydelser forekommer unormalt lave – tager SKI forbehold for at anmode en tilbudsgiver om indenfor en passende frist at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet, herunder delpriserne for visse ydelser efter proceduren om unormalt lave tilbud, jf. udbudslovens § 169.

De tilbudte priser vil blive evalueret i overensstemmelse med punkt 8.1. ...”

Tilbudspriserne skulle anføres i udbudsmaterialets bilag C, Leverandørens tilbud, der i udbudsmaterialet har funktion som en tilbudsliste til afgivelse af priser for ydelserne under hver delaftale, dog således at priserne for ydelserne under delkontrakt 1 og 2 er de samme. Udbudsbetingelserne indeholder tilsvarende oversigter over ydelser og vægtning for hver af de øvrige delaftaler. Klargøringsydelserne (dvs. ydelserne betegnet Bog 1, Bog 2 osv.) er ens for delaftale 1 og 2 (danske bøger og noder henholdsvis øst og vest), delkontrakt 3 (udenlandske bøger og noder), delkontrakt 4 (danske og udenlandske årbøger) og delkontrakt 8 (taskebøger og classesæt). Muligheden for at anføre differentieret avance i forhold til antal bestilte bøger (på samme ordre) afspejles som ydelserne angivet som Bog 0 og er ens for delaftale 1 og 2, 3 og 4, mens der for delaftale 8 er en anden differentiering.

Udbuddets forløb

Ved tilbudsfristens udløb den 3. marts 2020 havde SKI som anført modtaget tilbud fra AVM og BibMedia. I forbindelse med gennemgangen af de modtagne tilbudslistes identificerede SKI prismæssige forhold hos BibMedia, som gav anledning til, at SKI med henvisning til udbudslovens § 169 rettede henvendelse til BibMedia. BibMedia havde anført en pris på 0,01 kr. for i alt 5 klargøringsydelser, der blev tilbudt under delkontrakt 1 og 2 og under 3 andre delkontrakter (delkontrakt 3, 4 og 8). SKI anmodede om en redegørelse for pris- og omkostningsniveauet i tilbuddet for hver af de nævnte delaftaler.

SKI modtog redegørelser fra BibMedia for hver af de nævnte delkontrakter (for delkontrakt 1 og 2 dog samlet), og SKI fandt på baggrund af redegørelserne ikke grundlag for at konstatere, at der skulle være tale om unormalt

lave tilbud. I evalueringsnotatet har SKI i den relation anført:

”...

4.4.3 Vurdering af BibMedia A/S’ redegørelser

SKI har gennemgået BibMedia A/S’ redegørelser pr. delaftale. BibMedia A/S har på meget grundig og tilfredsstillende vis redegjort for baggrunden for, at visse positioner er prissat til DKK 0,01, herunder hvordan dette skal ses i sammenhæng med den tilbudte avance i forhold til at sikre et positivt dækningsbidrag på den enkelte position. BibMedia A/S har endvidere på fyldestgørende vis redegjort for omkostningsstrukturen i de afgivne tilbud, som ligger til grund for de afgivne tilbud. Der er ikke ved gennemgangen fundet kritisable forhold, eller elementer der er behov for yderligere uddybning af. På baggrund af redegørelserne er det SKI’s vurdering, at BibMedia A/S må forventes at kunne opfylde kontrakterne i overensstemmelse med de tilbudte priser, herunder uanset om nogle af de indlagte forudsætninger måtte ændre sig i driftsperioden, og SKI finder ikke grundlag for at konstatere, at der skulle være tale om unormalt lave tilbud.

...”

I forhold til evalueringen af tilbuddene har SKI oplyst, at SKI ikke anvendte de beskrevne korrektionsmodeller i udbudsbetingelserne, idet de forudsætter, at mere end halvdelen af tilbudsgivernes priser på en varelinje falder uden for den økonomiske ramme på laveste pris + 50 %. Ved evalueringen kunne det konstateres, at BibMedia for alle delkontrakter havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud (laveste pris), mens AVM for alle delkontrakter havde afgivet det økonomisk næstmest fordelagtige tilbud.

I evalueringsnotatet er anført følgende for delkontrakt 1 og 2:

”...

5.2.1 Delaftale 1 Danske bøger og noder (Øst) og del- aftale 2 Danske bøger og noder (Vest) – resultat af evaluering

Delaftale 1 Danske bøger og noder (Øst) og Delaftale 2 Danske bøger og noder (Vest)						
SKI ID Positionsnr.	Reference	Vægtning af under-kriteriet	Audio Visionary Music A/S Tilbudspris	BibMedia A/S Tilbudspris	Audio Visionary Music A/S Point	BibMedia A/S Point
50050120-00000001	Bog 0	8,50%	29,78	23,50	2,86	5,00
50050120-00000002	Bog 0	4,25%	29,78	23,50	2,86	5,00
50050120-00000003	Bog 0	4,25%	29,78	23,50	2,86	5,00
50050120-00000004	Bog 1	47,00%	5,84	0,01	1,00	5,00
50050120-00000005	Bog 2	14,00%	33,58	16,25	1,00	5,00
50050120-00000006	Bog 3	6,00%	5,24	0,01	1,00	5,00
50050120-00000007	Bog 4	1,00%	3,14	0,01	1,00	5,00
50050120-00000008	Bog 5	1,00%	3,50	6,00	5,00	1,00
50050120-00000009	Bog 6	1,00%	1,86	6,00	5,00	1,00
50050120-00000010	Bog 7	1,00%	3,50	6,00	5,00	1,00
50050120-00000011	Bog 8	1,00%	49,19	40,00	3,16	5,00
50050120-00000012	Bog 9	0,20%	600,00	1.275,00	5,00	1,00
50050120-00000013	Bog 10	0,20%	98,00	120,00	5,00	3,20
50050120-00000014	Bog 11	0,20%	62,50	120,00	5,00	1,00
50050120-00000015	Bog 12	1,00%	1,48	5,00	5,00	1,00
50050120-00000016	Bog 13	1,00%	1,48	5,00	5,00	1,00
50050120-00000017	Bog 14	0,20%	1,38	5,00	5,00	1,00
50050120-00000018	Bog 15	1,00%	0,90	0,01	1,00	5,00
50050120-00000019	Bog 16	0,20%	6,60	1,00	1,00	5,00
50050120-00000020	Bog 17	1,00%	2,14	0,01	1,00	5,00
50050120-00000021	Bog 18	5,00%	9,76	7,00	1,85	5,00
50050120-00000022	Bog 19	0,20%	16,54	20,00	5,00	3,33
50050120-00000023	Bog 20	0,20%	9,23	20,00	5,00	1,00
50050120-00000024	Bog 21	0,20%	7,33	15,00	5,00	1,00
50050120-00000025	Bog 22	0,20%	99,00	50,00	1,00	5,00
50050120-00000026	Bog 23	0,20%	4,94	20,00	5,00	1,00
Samlet Score					1,64	4,75
Placering					2	1

BibMedia A/S har opnået den højest samlede score på baggrund af tildelingskriteriet ”Pris”, og BibMedia A/S tildeles delaftale 2, jf. Øst/Vest-modellen beskrevet i punkt 2.2.

Audio Visionary Music A/S har afgivet det økonomisk næstmest fordelagtige tilbud på delaftale 1-2, og Audio Visionary Music A/S får derfor mulighed for at blive tildelt på delaftale 1, jf. Øst/Vest-modellen beskrevet i punkt 2.2. Hvis Audio Visionary Music A/S accepterer, skal de levere rammeaftalens produkter og ydelser til kunderne i Østdanmark til præcis samme priser, som tilbudsgiveren med det økonomisk mest fordelagtige tilbud (BibMedia A/S), har tilbudt og skal levere til i Vestdanmark.

Audio Visionary Music A/S' accept fremgår af punkt 6.

...

SKI har udarbejdet følgende oversigt for alle delaftalerne, som viser, hvor meget de ydelser, som BibMedia har afgivet laveste pris på, tilsammen vægter i den samlede prisevaluering:

Delkontrakt	BibMedia laveste pris
Delkontrakt 1 og 2	93,4 %
Delkontrakt 3	92,8 %
Delkontrakt 4	81 %
Delkontrakt 5	92 %
Delkontrakt 6	68 %
Delkontrakt 7	70 %
Delkontrakt 8	95,6 %

Den 23. marts 2020 rettede SKI henvendelse til AVM og meddelte følgende i relation til delaftale 1 og 2:

”...

Til orientering forventer SKI at tildele Audio Visionary Music A/S som leverandør på delaftale 1 Danske bøger og noder (Øst), idet Audio Visionary Music A/S har afgivet det økonomisk næstmest fordelagtige tilbud på delaftalerne 1-2. Den forventede tildeling forudsætter dog, at Audio Visionary Music A/S kan acceptere at blive leverandør på delaftale 1 Danske bøger og noder (Øst) på de vilkår, som følger af udbudsbetingelsernes punkt 3.1.1.

Det betyder, at Audio Visionary Music A/S skal acceptere at levere delaftale 1's produkter og ydelser til de priser, tilbudsgiveren med det økonomisk mest fordelagtige tilbud har tilbudt på delaftalerne 1-2. Disse priser vedlægges som Excel-bilag til nærværende skrivelse, og priserne vil indgå i bilag C til rammeaftalen, som vil blive indgået med Audio Visionary Music A/S.

SKI skal på den baggrund anmode om Audio Visionary Music A/S' skriftlige accept af at blive leverandør på delaftale 1 Danske bøger og noder (Øst), hvis SKI, som forventet, tildeler Audio Visionary Music A/S delaftalen. Jeres accept sker ved underskrift af vedhæftede accept-bilag.

Jeres accept skal sendes til [...] på e-mail [...] senest tirsdag den 31-03-2020 kl. 12.00.

Såfremt SKI ikke inden for denne frist har modtaget jeres skriftlige accept, vil SKI anse dette som et afslag på at blive leverandør på delaftale 1, hvorefter SKI vil foretage tildeling af delaftale 1 til en anden tilbudsgiver.

Såfremt Audio Visionary Music A/S kan acceptere at blive tildelt som leverandør på delaftale 1, skal Audio Visionary Music A/S iværksætte indhentning og aflevering af den nedenfor omtalte dokumentation. Såfremt Audio Visionary Music A/S ikke kan acceptere at blive leverandør på delaftale 1, skal Audio Visionary Music A/S ikke indhente og aflevere den nedenfor efterspurgte dokumentation, og I kan således se bort herfra.
...

Meddelelsen indeholdt oplysninger om priserne for hver varelinje i delaftale 1 og 2 fra tilbuddet fra BibMedia, der tilbød den samlet set laveste pris.

AVM accepterede tilbuddet den 31. marts 2020, og ved breve af 21. april 2020 underrettede SKI BibMedia og AVM om tildelingen af kontrakterne. AVM blev som følge af virksomhedens accept af 31. marts 2020 og med henvisning til udbudsbetingelsernes pkt. 3.1.1 og punkt 8.2 tildelt delaftale 1 (Danske bøger og noder (øst)), mens BibMedia blev tildelt delaftale 2 (Danske bøger og noder (vest)) og delaftale 3-8. Pointtildelingen for alle delkontrakter fremgår af tildelingsbrevet til AVM og af evalueringsnotatet.

AVM har på grundlag af de tilbudte priser på delaftale 1 og 2 udarbejdet følgende oversigt over den %-vise forskel mellem priserne:

AVM's tilbud	Tilbud med samlet laveste pris	Forskel i %
29,78	23,50	27%
29,78	23,50	27%
29,78	23,50	27%
5,84	0,01	58.300%
33,58	16,25	107%
5,24	0,01	52.300%
3,14	0,01	31.300%
3,50	6,00	-71%
1,86	6,00	-223%
3,50	6,00	-71%
49,19	40,00	23%

600,00	1275,00	-113%
98,00	120,00	-22%
62,50	120,00	-92%
1,48	5,00	-238%
1,48	5,00	-238%
1,38	5,00	-262%
0,90	0,01	8.900%
6,60	1,00	560%
2,14	0,01	21.300%
9,76	7,00	39%
16,54	20,00	-21%
9,23	20,00	-117%
7,33	15,00	-105%
99,00	50,00	98%

SKI har vedrørende delkontrakt 1 og 2 foretaget en beregning over, i hvilket omfang det er kommet AVM eller BibMedia mest til gode, at der ved evalueringen er tildelt 1 point, uanset at den tilbudte pris overstiger laveste pris med (mere end) 50 %:

”...

”Effekt” af den anvendte evalueringsmodel

...

I oversigten er det med gult markeret for hvilke varelinjer, det kommer klager til gode (dvs. de varelinjer, hvor klager får 1 point, uanset at pris-difference overstiger 50 %). Det gør sig gældende for priselementer, der tilsammen vægter 70,4 % (sammentælling af de vægte, der er markeret med gult).

Med rødt er det markeret for hvilke varelinjer, der kommer BibMedia til gode (dvs. de varelinjer, hvor BibMedia får 1 point, uanset at pris-difference overstiger 50 %). Det gør sig gældende for priselementer, der tilsammen vægter 6,2 % (sammentælling af de vægte, der er markeret med rødt).

Delaftale 1 Danske bøger og noder (Øst) og delaftale 2 Danske bøger og noder (Vest) – resultat af evaluering

Delaftale 1 Danske bøger og noder (Øst) og Delaftale 2 Danske bøger og noder (Vest)						
SKI ID Positionsnr.	Reference	Vægtning af under-kriteriet	Audio Vi- sionary Mu- sic A/S Tilbudspris	BibMedia A/S Tilbudspris	Audio Vi- sionary Mu- sic A/S Point	BibMedia A/S Point
50050120-00000001	Bog 0	8,50%			2,86	5,00
50050120-00000002	Bog 0	4,25%			2,86	5,00
50050120-00000003	Bog 0	4,25%			2,86	5,00
50050120-00000004	Bog 1	47,00%			1,00	5,00
50050120-00000005	Bog 2	14,00%			1,00	5,00
50050120-00000006	Bog 3	6,00%			1,00	5,00
50050120-00000007	Bog 4	1,00%			1,00	5,00
50050120-00000008	Bog 5	1,00%			5,00	1,00
50050120-00000009	Bog 6	1,00%			5,00	1,00
50050120-00000010	Bog 7	1,00%			5,00	1,00
50050120-00000011	Bog 8	1,00%			3,16	5,00
50050120-00000012	Bog 9	0,20%			5,00	1,00
50050120-00000013	Bog 10	0,20%			5,00	3,20
50050120-00000014	Bog 11	0,20%			5,00	1,00
50050120-00000015	Bog 12	1,00%			5,00	1,00
50050120-00000016	Bog 13	1,00%			5,00	1,00
50050120-00000017	Bog 14	0,20%			5,00	1,00
50050120-00000018	Bog 15	1,00%			1,00	5,00
50050120-00000019	Bog 16	0,20%			1,00	5,00
50050120-00000020	Bog 17	1,00%			1,00	5,00
50050120-00000021	Bog 18	5,00%			1,85	5,00
50050120-00000022	Bog 19	0,20%			5,00	3,33
50050120-00000023	Bog 20	0,20%			5,00	1,00
50050120-00000024	Bog 21	0,20%			5,00	1,00
50050120-00000025	Bog 22	0,20%			1,00	5,00
50050120-00000026	Bog 23	0,20%			5,00	1,00
Samlet Score					1,64	4,75
Placering					2	1

”

SKI har desuden foretaget en beregning af en evalueringsteknisk sumpris baseret på de afgivne tilbudspriser og de fastsatte vægte. Opgørelsen indregner de beløbsmæssige forskelle mellem tilbuddene:

”

D1-D2 Danske bøger og noder			D3 Udenlandske bøger og noder			D4 Danske og udenlandske bøger			D5 Musik			D6 Film			D7 Spil og multimedier			D8 Tæskebøger og klasesæt		
Vægtning af SKI ID Positioner.	Audio	Bilmedia	Vægtning af SKI ID Positioner.	Audio	Bilmedia	Vægtning af SKI ID Positioner.	Audio	Bilmedia	Vægtning af SKI ID Positioner.	Audio	Bilmedia	Vægtning af SKI ID Positioner.	Audio	Bilmedia	Vægtning af SKI ID Positioner.	Audio	Bilmedia	Vægtning af SKI ID Positioner.	Audio	Bilmedia
8,50%	29,78	23,50	8,50%			8,50%			25,00%			25,00%			26,00%			7,00%		
4,25%	29,78	23,50	4,25%			4,25%			12,50%			12,50%			13,00%			5,00%		
4,25%	29,78	23,50	4,25%			4,25%			12,50%			12,50%			13,00%			3,00%		
47,00%	5,84	0,01	47,00%			47,00%			35,00%			35,00%			35,00%			2,00%		
14,00%	33,58	16,25	14,00%			14,00%			6,00%			6,00%			6,00%			47,00%		
6,00%	5,24	0,01	6,00%			6,00%			1,00%			1,00%			1,00%			14,00%		
1,00%	3,14	0,01	1,00%			1,00%			1,00%			1,00%			1,00%			6,00%		
1,00%	3,50	6,00	1,00%			1,00%			1,00%			1,00%			1,00%			1,00%		
1,00%	1,86	6,00	1,00%			1,00%			1,00%			1,00%			1,00%			1,00%		
1,00%	3,50	6,00	1,00%			1,00%			1,00%			1,00%			1,00%			1,00%		
1,00%	49,19	40,00	1,00%			1,00%			1,00%			1,00%			1,00%			1,00%		
0,20%	600,00	1.275,00	0,20%			0,20%			1,00%			1,00%			1,00%			1,00%		
0,20%	98,00	120,00	0,20%			0,20%			1,00%			1,00%			1,00%			0,20%		
0,20%	62,50	120,00	0,20%			0,20%			1,00%			1,00%			1,00%			0,20%		
1,00%	1,48	5,00	1,00%			1,00%												0,20%		
1,00%	1,48	5,00	1,00%			1,00%												1,00%		
0,20%	1,38	5,00	0,20%			0,20%												1,00%		
1,00%	0,90	0,01	1,00%			1,00%												0,20%		
0,20%	6,60	1,00	0,20%			0,20%												1,00%		
1,00%	2,14	0,01	1,00%			1,00%												0,20%		
5,00%	9,76	7,00	5,00%			5,00%												1,00%		
0,20%	16,54	20,00	0,20%			0,20%												5,00%		
0,20%	9,23	20,00	0,20%			0,20%												0,20%		
0,20%	7,33	15,00	0,20%			0,20%												0,20%		
0,20%	99,00	50,00	0,20%			0,20%												0,20%		
0,20%	4,94	20,00	0,20%			0,20%												0,20%		

D1-D2 Danske bøger og noder			D3 Udenlandske bøger og noder			D4 Danske og udenlandske bøger			D5 Musik			D6 Film			D7 Spil og multimedier			D8 Tæskebøger og klasesæt		
100,00%	15,79	10,60	100,00%	15,79	11,74	100,00%	15,79	12,86	100,00%	13,21	9,37	100,00%	21,57	16,30	100,00%	21,74	20,02	100,00%	15,79	8,78
	Audio	Bilmedia		Audio	Bilmedia		Audio	Bilmedia		Audio	Bilmedia		Audio	Bilmedia		Audio	Bilmedia		Audio	Bilmedia

”

SKI's oplysninger om baggrunden for øst/vest-modellen

Rammeaftalen har flere gange tidligere været udbudt af SKI, og SKI har bl.a. opnået et indgående kendskab til markedsaktørerne og indsigt i konkurrencen i markedet. Der findes ikke andre tilsvarende aftaler, der omfatter de omhandlede ydelser. Der findes f.eks. ikke et privat marked med lignende aftaler, og der findes ikke andre ordregivere, der udbyder lignende aftaler.

Eftersom SKI udbyder rammeaftaler med varighed på op til fire år, skaber dette et sårbart marked. Markedsaktører, der ikke bliver tildelt en delaftale, risikerer således at blive marginaliseret eller ligefrem at gå konkurs, eftersom de ser ind i en lang periode uden omsætning inden for det pågældende marked. Dette er også en tendens, som SKI har kunnet observere gennem årene, hvor der har været perioder, hvor der kun var én reel leverandør på markedet, hvilket selvsagt skabte en konkurrencemæssig særdeles uhensigtsmæssig situation.

SKI har ved de seneste udbud af rammeaftalen derfor haft fokus på at værne om konkurrencen i videst muligt omfang. SKI har bl.a. opdelt rammeaftalen i delaftaler, haft fokus på at opstille så lempelige egnethedskrav som muligt

for at forsøge at tiltrække yderligere markedsaktører og indarbejdet en implementeringsperiode i rammeaftalen, som giver nye markedsaktører mulighed for at anskaffe det udstyr og personale, som er nødvendigt for at løfte opgaven, selv om den pågældende ikke besidder ressourcerne på tildelings-tidspunktet. Indsatsen har delvist båret frugt, og der findes således i dag to centrale aktører på markedet, der har erfaring med klargøringsydelser, nemlig AVM og BibMedia. Det var (alene) disse to virksomheder, der deltog i det foregående udbud, som SKI gennemførte i 2014-2015, og det var også (alene) disse to virksomheder, der deltog i den tekniske dialog forud for det omhandlede udbud.

Selv om konkurrencen inden for markedet havde forbedret sig inden for de seneste år, var der stadigvæk tale om et særdeles sårbart marked med begrænset konkurrence, og det var derfor afgørende for SKI, at udbuddet understøttede, at konkurrencen i markedet for fremtiden – altså navnlig den dag, hvor rammeaftalen skal genudbydes – ikke indskrænkes yderligere. SKI måtte desuden sikre, at det konkrete udbudsdesign var egnet til at forhindre en eventuel ”udnyttelse” af en meget sårbar konkurrencemæssig situation under udbuddet. Dette var baggrunden for, at der i udbuddet blev indbygget den såkaldte øst/vest-model.

Hovedhensynet bag øst/vest-modellen var at sikre en fremtidig konkurrence på markedet for de produkter, som omsætningsmæssigt fyldte mest i udbuddet (danske bøger og noder).

Henset til, at markedet for biblioteksmaterialer indeholder få leverandører, var det således afgørende for SKI at sikre, at udbuddet ikke resulterede i, at markedet blev yderligere indskrænket for fremtiden, ved at udbuddets største kontrakt (danske bøger og noder) blev tildelt én leverandør. Dette ville i værste fald betyde, at der, når rammeaftalen skal genudbydes, kun er én tilbageværende aktør i markedet. Et sådant scenarie vil fra et konkurrencemæssigt perspektiv være stærkt problematisk. Der er således i konkurrencemæssig henseende en verden til forskel på, om der er én eller to potentielle tilbudsgivere i markedet.

Af denne grund blev kontrakten for danske bøger og noder opdelt i to delaftaler (delaftale 1 og 2), som tilstræbtes tildelt to forskellige tilbudsgivere.

SKI kunne have nøjedes med blot at fastsætte, at delaftale 1 og 2 skulle tildeles to forskellige leverandører, altså en mere traditionel tilgang til opdeling af delaftaler. Dette ville i sig selv have tilgodeset hensynet om at understøtte den fremtidige konkurrence. I og med at det var overvejende sandsynligt, at der kun ville være to tilbudsgivere, der afgav tilbud, ville en sådan model dog indebære en betydelig risiko for, at de to virksomheder ikke ville tilbyde konkurrencedygtige priser, da de ville afgive tilbud med viden om, at de – uanset prissætningen – var sikret den ene af delaftalerne. Dertil kommer, at SKI havde en interesse i at sikre, at SKI's kunder kunne købe samme ydelser til samme priser, uanset hvor i landet de hørte hjemme. Dette var dog ikke i sig selv et tvingende hensyn, men ubestrideligt et legitimt og sagligt hensyn.

Der var således behov for at fastsætte en model, der – ud over at værne om den fremtidige konkurrence – sikrede, at delaftalerne blev indgået på konkurrencedygtige prisvilkår, og SKI fastlagde derfor modellen således, at den tilbudsgiver, der afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, blev tildelt den økonomisk mest attraktive delaftale (delaftale 2), og at den tilbudsgiver, der afgav det økonomisk næstmest fordelagtige tilbud, blev tildelt den anden delaftale (delaftale 1) på betingelse af, at denne leverede rammeaftalens ydelser til samme priser som den tilbudsgiver, der afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, havde tilbudt.

Denne model skabte incitament til at tilbyde lave priser, fordi modellen forhindrede, at tilbudsgiverne blot kunne ”satse på at blive nummer 2” og tilbyde ikke-favorable priser, da det alligevel ville være det økonomiske mest fordelagtige tilbud, der dikterede prisvilkårene på delaftale 1. Samtidig kunne den billigste tilbudsgiver ikke påtvinge den anden mulige leverandør urimelige vilkår, da denne risikerede selv at skulle levere den fulde ydelse (på begge delaftaler) på disse vilkår, hvis den næstbilligste tilbudsgiver (og eventuelle andre tilbudsgivere) takkede nej.

Øst/vest-modellen er efter SKI's opfattelse en særdeles velgennemtænkt og afbalanceret model, der både er egnet til at understøtte den fremtidige konkurrence og til at sikre, at der afgives konkurrencedygtige priser. Modellen blev fastsat på baggrund af omfattende markedsanalyser, herunder med inddragelse af markedsaktører, og ingen af disse fandt i øvrigt anledning til at problematisere modellen på noget tidspunkt.

SKI overvejede at fastlægge modellen således, at tilbudsgiveren med det

næstbilligste tilbud uden videre blev bundet af priser, som tilbudsgiveren med det billigste tilbud havde tilbudt, således at dette var et vilkår for afgivelse af tilbud. Det var dog SKI's vurdering, at et sådant vilkår ville være uproportionalt og meget muligt ville afholde tilbudsgiverne fra at afgive tilbud. I stedet tilrettelagde SKI modellen sådan, at den næstbilligste tilbudsgiver havde mulighed for at takke nej til at blive tildelt delaftale 1 (for det tilfælde, at tilbudsgiveren fandt, at prisvilkårene ikke var rentable). Det er dog vigtigt at forstå, at denne mekanisme ikke muliggjorde en forhandling eller nærmere dialog i øvrigt mellem SKI og den næstbilligste tilbudsgiver. Der var alene tale om, at vedkommende tilbudsgiver skulle sige "ja" eller "nej" til vilkår, som blev fastsat ud fra en fuldt objektiviseret og gennemsigtig mekanisme, og endnu vigtigere; modellen overlod ingen diskretion til SKI. Hele processen forud for tildelingen af delaftale 1 var med andre ord reelt helt "ude af SKI's hænder".

Spørgsmål om aktindsigt og præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen

Klagenævnet har under klagesagen ikke taget en anmodning fra AVM om aktindsigt i bl.a. BibMedias enhedspriser på delaftalerne 3-8 til følge, jf. forvaltningslovens § 15 b, stk. 5.

SKI har efter modtagelsen af klagenævnets delkendelse anmodet klagenævnet om at forelægge præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen om foreneligheden af øst/vest-modellen med bestemmelserne i udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1, og artikel 27 for det tilfælde, at klagenævnet er i tvivl om øst/vest-modellens forenelighed med det EU-retlige forhandlingsforbud.

AVM har udtalt sig mod præjudiciel forelæggelse.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

AVM har gjort gældende, at øst/vest-modellen udgør en åbenbar overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, jf. udbudslovens § 2, fordi modellen tillader, at en enkelt tilbudsgiver ændrer sit tilbud efter tilbudsfristens udløb. Den tilbudsgiver, der har afgivet det næstbedste tilbud, får således mulighed for efter tilbudsfristen at ændre sit tilbud, så det matcher tilbuddet med laveste pris, og tilbudsgiveren får derefter tildelt delaftale 1.

Efter udbudslovens § 159, stk. 5, kan en ordregiver tillade, at en tilbudsgiver supplerer, præciserer eller fuldstændiggør sit tilbud efter tilbudsfristen, men det fremgår udtrykkeligt af denne bestemmelse, at det ikke må føre til, at tilbudsgiveren fremsætter et nyt tilbud. Udbudslovens § 159, stk. 5, udgør derfor ikke en hjemmel til SKI's øst/vest-model, da det ændrede tilbud er at anse for et nyt tilbud og ikke blot en præcisering af det allerede afgivne tilbud.

Øst/vest-modellen er beskrevet i udbudsbetingelserne, og påstanden vedrører derfor ikke gennemsigtighedsprincippet, men det er ikke muligt at lovliggøre en ellers ulovlig fremgangsmåde ved at beskrive det i udbudsbetingelserne. En ordregiver skal således overholde både gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet, og det er ikke muligt med henvisning til gennemsigtighedsprincippet at oplyse om en ulighed i udbudsbetingelserne, f.eks. at den ene tilbudsgiver tillades at ændre sit tilbud efter tilbudsfristen, og derved tilsidesætte ligebehandlingsprincippet, alene fordi det er oplyst.

Efter udbudslovens § 49, stk. 3, kan en ordregiver fastsætte, at en tilbudsgiver kun kan tildeles en eller flere delkontrakter. SKI har anvendt denne mulighed i udbuddet vedrørende delaftale 1 og 2, således at den tilbudsgiver, der har afgivet tilbud med laveste pris, kun får tildelt delaftale 2, men ikke delaftale 1. SKI har imidlertid udnyttet denne mulighed på en måde, der ikke er hjemmel til. Det fremgår af lovbemærkningerne til udbudslovens § 49, at der kan anvendes en fordelingsnøgle ved tildeling af forskellige delaftaler, men ”Den fastsatte fordelingsnøgle skal være objektiv samt overholde principper om ligebehandling, proportionalitet og gennemsigtighed, som er fastsat i § 2.” Det betyder, at muligheden for at tildele en delaftale til en anden end den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, skal ske under overholdelse af de grundlæggende principper.

Ordregiverens mulighed for at sikre flere forskellige leverandører på de enkelte delaftaler medfører derfor ikke mulighed for at fravige ligebehandlingsprincippet og dermed tillade en enkelt tilbudsgiver at ændre sit tilbud efter tilbudsfristen. SKI havde således to muligheder i henhold til udbudslovens § 49: 1) Enten kan begge delaftaler tildeles til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det vil i dette tilfælde bevirke, at priserne er ens i begge delaftaler. 2) Eller der kan indsættes en begrænsning, hvorefter den samme tilbudsgiver ikke kan få tildelt begge delaftaler, hvorfor

den ene delaftale tildeles til den tilbudsgiver, der har afgivet det næstbedste tilbud. Det bevirker imidlertid, at priserne bliver forskellige i de to delaftaler. Den særlige mulighed for tildeling af delaftaler, som fremgår af udbudslovens § 49, stk. 3, indebærer derfor et valg mellem at få den samme leverandør til begge delaftaler med ens priser eller at få forskellige leverandører til hver delaftale med forskellige priser.

SKI har valgt at benytte muligheden for at tildele delaftale 1 og 2 til to forskellige tilbudsgivere. Det er en konsekvens heraf, at SKI samtidig må acceptere en højere pris for den delaftale, der tildeles til tilbudsgiveren med næstbedste tilbud. Der er således en meromkostning forbundet med at opnå flere forskellige leverandører.

Der er ikke hjemmel i udbudslovens § 49 til at foretage den kombination, som SKI har foretaget, hvorefter SKI opnår ”det bedste af to verdener”, nemlig to forskellige leverandører med ens priser, idet SKI’s øst/vest-model bryder med det grundlæggende forbud mod at tillade, at en tilbudsgiver får lov til at ændre sit tilbud efter tilbudsfristen.

SKI’s øst/vest-model svarer reelt til, at udbuddet er gennemført som et udbud med forhandling. Det var der imidlertid ikke hjemmel til, og proceduren var af samme grund et ”offentligt udbud”. Det er i strid med udbudslovens § 56 at gennemføre en de facto forhandling med en enkelt tilbudsgiver, derved at det tillades, at denne tilbudsgiver ændrer sit tilbud efter tilbudsfristens udløb. SKI’s øst/vest-model strider dermed grundlæggende mod, hvordan en forhandling lovligt kan gennemføres, fordi der kun forhandles med en enkelt tilbudsgiver, og forhandlingen går ud på at anvende laveste tilbud som løftestang til at forbedre næstbedste tilbud. Det gælder så meget desto mere, at det ikke er lovligt under proceduren offentligt udbud at anvende denne model, da det strider mod grundlæggende principper. Når SKI retter henvendelse til en tilbudsgiver med henblik på at aftale, at tilbudsgiveren ændrer sit tilbud mod til gengæld at få tildelt en delaftale, udgør det en forhandling i udbudsretlig forstand. Det gør i den forbindelse ingen forskel, at forhandlingsforløbet er beskrevet og fastsat i udbudsmaterialet.

SKI har anført en række anbringender om, at formålene med øst/vest-modellen er saglige, idet ønsket om to leverandører var begrundet i at sikre den fremadrettede konkurrence på markedet, og ønsket om ens priser var begrundet i, at de tilknyttede biblioteker skal betale det samme, uanset hvor i landet

de ligger. Der er dog ikke grundlag for at fastslå, at de anførte formål kun kan opnås ved brug af SKI's model, og at modellen af den grund må være lovlig. Udbudsloven giver mulighed for at anvende en række fleksible procedurer, hvorefter de anførte hensyn kan tilgodeses helt eller delvist. Hvis det er afgørende, at alle betaler den samme pris, kan der anvendes omvendt licitation, så prisen er fast, men konkurrencen vedrører andre forhold. SKI kunne også have overvejet at anvende udbudsformen udbud med forhandling begrundet i, at rammeaftalens finansielle forhold eller risici ikke kan tildeles uden forudgående forhandling. Ved en forhandlingsfase kunne SKI have søgt en vis ensretning af prisniveauet.

Det må imidlertid fastholdes, at SKI ikke kan opfinde og anvende sin egen udbudsmodel med den begrundelse, at de formål, som SKI har opsat, ikke kan opnås ved udbudslovens udbudsprocedurer. Det er derfor ikke afgørende, om der kan beskrives en alternativ udbudsprocedure, der kan tilgodeses de formål, som SKI har anført. Det gælder så meget desto mere, fordi SKI's øst/vest-model strider mod helt grundlæggende udbudsprincipper, herunder at en ordregiver ikke kan forhandle med en enkelt tilbudsgiver og tillade, at denne ændrer sit tilbud efter tilbudsfristen.

SKI har gjort gældende, at SKI's valgte udbudsdesign er lovligt og i overensstemmelse med udbudsrettens grundlæggende principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet samt udbudsretlig praksis.

Der er ikke tale om et udbudsdesign, der tillader en enkelt tilbudsgiver at ændre sit tilbud som led i selve udbudsprocessen, eller at der er tale om forhandling med denne tilbudsgiver. Udbudsdesignet og udbudsmaterialet er udarbejdet i overensstemmelse med de grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Udbudsdesignet er klart og entydigt beskrevet i udbudsmaterialet, og SKI har tildelt delaftalerne i overensstemmelse hermed. Det strider ikke mod udbudslovens regler om udbudsprocedurer eller mod tildeling af delkontrakter. Dertil kommer, at det anvendte udbudsdesign varetager saglige hensyn, der harmonerer med grundlæggende udbudsretlige principper og hensynene bag disse, og således er egnet til at sikre, at den fremadrettede konkurrence på markedet ikke hindres eller begrænses.

Efter udbudsmaterialets indhold og evalueringen af tilbuddene er det ubestrideligt, at evalueringen af tilbud alene er sket på grundlag af de tilbudspriser,

som tilbudsgiverne afgav. BibMedia afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud på delaftale 1 og 2, mens AVM afgav det økonomisk næstmest fordelagtige tilbud. Dette er resultatet af evalueringsproceduren på grundlag af de afgivne tilbud, og der er ikke foretaget anden eller yderligere evaluering af tilbud.

I overensstemmelse med den beskrevne procedure i udbudsmaterialet indebar evalueringen, at SKI henvendte sig til AVM med tilbud om tildeling af delkontrakt 1, forudsat at AVM accepterede at levere ydelserne til de priser, der var tilbudt af BibMedia. Dette var imidlertid ikke – som hævdet af AVM – en mulighed for at ændre AVM's tilbud, ligesom det ikke indebar nogen form for forhandling af AVM's tilbud. Både efter udbudsmaterialets beskrivelser og SKI's henvendelse til AVM var der tale om et tilbud fra SKI's side, som AVM kunne vælge at acceptere. Henvendelsen var og fremstod som et tilbud, som AVM kunne vælge at acceptere på de angivne vilkår i overensstemmelse med udbudsmaterialets beskrivelse. Der var således ikke tale om et oplæg til forhandling eller nærmere drøftelse.

Tildeling af delkontrakt 1 til AVM skete alene på grundlag af den ret, som AVM ved at afgive tilbuddet, der blev vurderet til det økonomisk næstmest fordelagtige tilbud, opnåede i overensstemmelse med udbudsmaterialet. Tildelingen skete således ikke på grundlag af en ændring af AVM's tilbud eller en forhandling herom. Der er ikke tale om ændring af et tilbud, som indgår i udbudsprocessen og danner grundlag for en tilbudsvurdering. Udbudsdesignet indebærer ikke en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, idet der er tale om et gennemsigtigt og detaljeret beskrevet udbudsdesign, der finder lige anvendelse for alle tilbudsgivere, uanset hvilke tilbudsgivere der vurderes at have afgivet det økonomisk mest eller økonomisk næstmest fordelagtige tilbud.

Det anvendte udbudsdesign minder om en model, som flere kommuner har anvendt ved udbud af f.eks. hjemmepleje eller andre ydelser omfattet af serviceloven som grundlag for de såkaldte fritvalgsordninger, hvor borgere sikres mulighed for at vælge mellem flere leverandører. Kommunerne afholder således et udbud, hvor der på grundlag af de fastsatte kriterier findes en vinder af udbuddet og efterfølgende tilbydes et nærmere fastsat antal af de øvrige tilbudsgivere at levere på samme vilkår. Et udbud tilrettelagt efter en sådan model var genstand for klagenævnet kendelse af 9. marts 2012, Delfin vask A/S mod Gentofte Kommune.

Det er inden for de udbudsretlige rammer desuden muligt at lave kontraktmodeller, hvor de priser, der er tilbudt under udbuddet, efter omstændighederne skal erstattes med andre priser. Det gælder f.eks. de såkaldte ”most favoured customer-klausuler”, hvorefter leverandøren garanterer, at priserne og andre vilkår og betingelser i kontrakten ikke er mindre gunstige end de priser og andre vilkår og betingelser, der tilbydes andre kunder under sammenlignelige forhold. Disse klausuler muliggør bl.a., at ordregiveren kan kræve, at de tilbudte priser nedsættes, hvis det kan konstateres, at de er mindre gunstige end de priser, som leverandøren tilbyder andre kunder.

Et andet eksempel er ”laveste pris-klausuler”. Disse klausuler indebærer, at hvis kunden kan finde de produkter, som er omfattet af aftalen, til en billigere pris hos andre forhandlere, er leverandøren forpligtet til at levere den pågældende vare til samme pris.

Disse modeller medfører – ligesom øst/vest-modellen – at kontraktpriserne kan blive anderledes end dem, som var indeholdt i tilbudsgiverens tilbud under udbuddet, og under begge modeller fastlægges den endelige pris – ligesom i øst/vest-modellen – ud fra retningslinjer, som på forhånd er fastsat i udbudsmaterialet. Eneste væsentlige forskel på disse modeller og øst/vest-modellen er, at øst/vest-modellen giver mulighed for, at tilbudsgiveren kan vælge at takke nej til at indgå kontrakten på de pågældende prisvilkår.

Det er en udbudsretlig betingelse for at kunne anvende de nævnte klausuler, at de er ”klare, præcise og entydige”, jf. udbudslovens § 179. Øst/vest-modellen opfylder utvivlsomt også disse betingelser. Modellen beskriver således klart, præcist og entydigt processen for tildeling af delaftale 1.

Udbudslovens § 49 om tildeling af delkontrakter er reelt uden relevans for det valgte udbudsdesign, og ordregiveren er som udgangspunkt frit stillet i relation til valg af konkret udbudsdesign med fokus på at varetage saglige og proportionale hensyn. Efter udbudslovens § 49, stk. 1, kan en ordregiver frit vælge at udbyde særskilte delaftaler i stedet for en samlet kontrakt. Efter bestemmelsens stk. 2 gælder et ”følg-eller-forklar-princip”, således at ordregiveren skal begrunde, hvorfor en udbudt kontrakt ikke er opdelt i delaftaler. Hverken indholdet af udbudslovens § 49, bestemmelsens baggrund, lovbemærkninger eller udbudsdirektivet antages at tilsigte eller skabe grundlag for en generel prøvelse af ordregiverens vide skøn over hensigtsmæssigheden i

en opdeling eller undladelse af at opdele en kontrakt, jf. kendelse af 28. maj 2018, Danske Slagtemestre som mandatar for Gert Nielsen A/S mod Høje-Taastrup Kommune.

Udbudslovens § 49, stk. 3, relaterer sig til, at en ordregiver kan vælge at begrænse antallet af delkontrakter, som en tilbudsgiver tildeles, uanset at tilbudsgiverne kan give tilbud på flere delkontrakter. Det valgte udbudsdesign indebærer ikke en sådan absolut begrænsning. § 49, stk. 3, har det formål, at udbudsbekendtgørelsen skal belyse antal og omfang af delkontrakter, som en tilbudsgiver kan vælge at afgive tilbud på og i bedste fald forvente at kunne få tildelt. Bestemmelsens formål er således primært at danne grundlag for tilbudsgiverens vurdering af sin interesse i udbuddet, henset til udbuddets omfang og den påkrævede kapacitet ved afgivelse af tilbud. Der er dermed tale om en bestemmelse, hvis primære – og eneste – sigte er en oplysningsforpligtelse. Bestemmelsen indebærer ikke en begrænsning i, hvordan et konkret udbudsdesign kan tilrettelægges, herunder ikke til de to muligheder, som AVM anfører. Den normerer ikke, hvordan udbud med delkontrakter kan tilrettelægges.

Udbudsloven er ikke til hinder for tilrettelæggelse af udbud med delkontrakter i en række forskellige varianter af udbudsmodeller, herunder med mulighed for hensyntagen til tilbudte kombinationsrabatter, øvrige fordele eller ulemper ved sammenfald af leverandører på forskellige kontrakter og tvungne kombinationer af delkontrakter, f.eks. således at vinderen af en fordelagtig delkontrakt også forpligter sig til samtidig at indgå en mindre attraktiv aftale, jf. bemærkningerne til bestemmelsen. Udbudslovens § 49, stk. 3, er således ikke udtryk for en ”hjemmelsbestemmelse”, der tilsigter eller de facto normerer, hvordan udbud med delkontrakter kan tilrettelægges.

Det følger således også af fast klagenævnspraksis, at det beror på ordregiverens valg, hvilke ydelser ordregiveren udbyder og på hvilke vilkår, jf. f.eks. kendelse af 29. juli 2015, New mind TellUs AS mod partnerskabet Det Digitale Turisme Danmark. Flere kendelser afspejler ligeledes, at en ordregiver inden for rammerne af udbudsloven som udgangspunkt frit kan tilrettelægge, hvordan et indkøb skal gennemføres, jf. f.eks. kendelse af 22. januar 2018, Dynning Denmark A/S mod Aalborg Kommune.

Ved det valgte udbudsdesign har SKI varetaget det saglige hensyn bedst mu-

ligt ved at understøtte den fremadrettede konkurrence og netop valgt at muliggøre en opdeling af udbuddets største kontrakt mellem to leverandører. Samtidig er der i forhold til SKI's kunder et legitimt og sagligt hensyn til, at samme ydelser kan købes til samme priser, uanset hvor kunden hører hjemme. Udbuddet er tilrettelagt således, at hensynet til at tilbyde SKI's kunder samme pris er mest tungtvejende. Dette beror på SKI's valg og er ikke i strid med grundlæggende udbudsretlige principper eller specifikke bestemmelser i udbudsloven. SKI har med det valgte udbudsdesign tilstræbt også at varetage hensynet til den fremtidige konkurrence og interessen i at forblive på markedet for den tilbudsgiver, der afgiver det økonomisk næstbedste tilbud, men har valgt, at dette ikke kan være på bekostning af hensynet til samme priser for kunderne. Denne afvejning af hensyn, som udbudsdesignet afspejler, tilkommer ordregiveren og er udtryk for et valg eller et skøn, som ikke kan tilsidesættes af klagenævnet, når skønnet netop fremstår som sagligt og proportionalt.

Særligt om forhandlingsforbuddet

”Forhandling” i en udbudsretlig kontekst kan beskrives som en proces mellem to parter, nemlig ordregiveren og tilbudsgiveren, med modstridende positioner (f.eks. at ordregiveren ønsker at købe billigt, og at tilbudsgiveren ønsker at sælge dyrt), hvor parterne via interaktion forsøger at nå til enighed om en løsning (kontrakten), som begge kan acceptere. Interaktionen muliggør, at parterne kan genoverveje og justere deres positioner i lyset af den anden parts tilkendegivelser med henblik på samlet set at optimere deres udbytte af forhandlingerne. En forhandling må derfor forudsætte, at begge parter har ”noget at give af”.

De trin i øst/vest-modellen, der leder frem til tildeling af delaftale 1, kan beskrives således:

- Trin 1: Tilbudsafgivelse
- Trin 2: Identifikation af det billigste og næstbilligste tilbud
- Trin 3: Indhentning af accept fra den næstbilligste tilbudsgiver til at levere til samme priser, som den billigste tilbudsgiver havde tilbudt
- Trin 4: Tildeling

Som SKI forstår det, er der enighed om, at Trin 1, 2 og 4 ikke i sig selv

indeholder elementer af forhandling og derfor er udbudsretligt uproblematisk. Uenigheden knytter sig alene til spørgsmålet om, hvorvidt Trin 3 – altså indhentningen af accept fra den næstbilligste tilbudsgiver – udgjorde en forhandling.

Under Trin 3 blev de vilkår, som den næstbilligste tilbudsgiver skulle acceptere som betingelse for tildeling, fastsat efter fuldt ud objektiviserede principper, som hverken SKI eller den næstbilligste tilbudsgiver havde rådighed over, men som derimod alene baserede sig på de afgivne tilbud. Der var således ikke noget at forhandle om. For den næstbilligste tilbudsgivers vedkommende var der tale om ”take it or leave it”-vilkår, som var fuldt ud beskrevet og reguleret i udbudsmaterialet. For SKI’s vedkommende var processen således reelt helt ”ude af dennes hænder”.

Realiteten var, at øst/vest-modellen ikke overlod parterne noget forhandlingsrum, endsige mulighed for at forbedre sit tilbud/sin position, og den interaktion, som kendetegner en forhandling, var således helt fraværende. Allerede fordi øst/vest-modellen ikke indebar nogen forhandling, kan modellen ikke siges at være i strid med forhandlingsforbuddet.

Forhandlingsforbuddet er afledt af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling. Det er ubestridt, at øst/vest-modellen ikke er i strid med gennemsigtighedsprincippet. I forhold til ligebehandlingsprincippet fremgår det af EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, Manova, præmis 29 og 30, at ligebehandlingsprincippet skal bedømmes i lyset af det formål, det forfølger, og efter dommens præmis 28 er forhandlingsforbuddets formål at sikre fri bevægelighed og ufordrejet konkurrence.

Øst/vest-modellen begrænser ikke den fri bevægelighed og er heller ikke konkurrencefordrejende. Formålet med ordningen er tværtimod at understøtte en effektiv konkurrence. Øst/vest-modellen er fuldt ud i overensstemmelse med indholdet af ligebehandlingsprincippet om, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet. Modellen finder således lige anvendelse for alle tilbudsgivere, uanset hvilke tilbudsgivere der vurderes at have afgivet det billigste og næstbilligste tilbud. Den billigste tilbudsgiver bliver således tildelt den økonomisk mest attraktive delaftale (delaftale 2), og den næstbilligste tilbudsgiver opnår ret til at blive tildelt den anden delaftale (delaftale 1) på de prisvilkår, som fastlægges ud

fra en fuldt ud objektiv/mekanisk og gennemsigtig metode. Der er heller ikke tale om, at den næstbilligste tilbudsgiver herved gives mulighed for at forbedre sin konkurrencemæssige stilling i forhold til de øvrige tilbudsgivere, da tilbudsgiveren under hele processen netop bevarer sin samlede rangering. Der er altså ingen risiko for, at den pågældende tilbudsgiver ”overhaler andre tilbudsgivere indenom” i kraft af processen igennem optimering af sit tilbud.

Forhandlingsforbuddet under et offentligt udbud relaterer sig alene til en forhandling og ændring af tilbud forud for den relevante vurdering af tilbud under udbudsprocessen. Det beror på, at forhandlingsforbuddet udledes af de grundlæggende udbudsretlige principper og er begrundet i risikoen for konkurrencefordrejning, jf. Rådets og Kommissionens fælleserklæring om forhandling, der lyder:

”Rådet og Kommissionen erklærer, at fremgangsmåderne med offentligt eller begrænset udbud udelukker enhver forhandling med ansøgere eller bydende om grundlæggende elementer i kontrakterne, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning...”

Øst/vest-modellen indebærer ingen risiko for konkurrencefordrejning, idet processen er en mekanisk og gennemsigtig metode og en ret, der tilkommer tilbudsgiveren med det næstbilligste tilbud vurderet på grundlag af de tilbud, som tilbudsgiverne har afgivet under udbuddet. Den pågældende tilbudsgiver forbedrer – ved sin accept af aftalevilkårene – heller ikke sin position over for de øvrige tilbudsgivere i forhold til udgangspunktet (de afgivne tilbud).

Særligt om anden mulighed for at varetage hensynene bag øst/vest-modellen

Det var SKI's vurdering, at hensynene bag øst/vest-modellen til at sikre en effektiv konkurrence, både i selve udbuddet og for fremtiden, og at sikre, at SKI's kunder kunne købe samme ydelser til samme priser, uanset hvor i landet de hører hjemme, ikke kunne varetages med mindre indgribende foranstaltninger.

Hensynet til at sikre, at SKI's kunder kan købe samme ydelser til samme priser, uanset hvor i landet de hører hjemme, kan ikke realiseres ved at anvende en fleksibel udbudsform. De fleksible udbudsformer under udbudsloven (udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskaber) giver mulighed for at forhandle/føre dialog med tilbudsgiverne, men ved afgivelse af endelige tilbud er det tilbudsgivernes eget valg, hvilke

priser de vil tilbyde, og SKI vil således ikke have mulighed for at sikre, at der afgives identiske priser.

Det samme gør sig gældende for så vidt angår hensynet om at forhindre, at tilbudsgiverne kunne spekulere i, at der meget muligt kun ville være to virksomheder, der afgav tilbud, og således blot kunne "satse på at blive nr. 2". Tværtimod ville risikoen herfor blive endnu mere forstærket, da de fleksible udbudsformer indebærer, at der foretages en forudgående prækvalifikation, og at tilbudsgiverne således ved tilbudsafgivelsen ville have fuld vished om, hvor mange andre tilbudsgivere de er oppe imod.

En omvendt licitation ville ikke have været en anvendelig udbudsmetode, allerede fordi dette ville indebære, at der alene skulle evalueres på kvalitative elementer i tilbuddene. Det eneste relevante konkurrenceelement i forhold til anskaffelsen er imidlertid pris, hvilket således også var det valgte tildelingskriterium i udbuddet. Ud over at omvendt licitation ville have været en særdeles uhensigtsmæssig konkurrenceudsættelsesmetode i det konkrete udbud, ville SKI slet ikke have været berettiget til at anvende omvendt licitation, da dette ikke ville have været en egnet måde at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på.

Det ville således ikke have været muligt at tilgodese de hensyn, der ligger til grund for øst/vest-modellen, på anden vis, herunder ved anvendelse af en fleksibel udbudsform eller ved anvendelse af omvendt licitation.

Ad påstand 2

AVM har gjort gældende, at det fremgår af udbudslovens § 49, stk. 3, at begrænsninger i antal delaftaler, der kan tildeles den samme tilbudsgiver, skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen. Den speciel tildelingsprocedure for delaftale 1 og 2 fremgår ikke af udbudsbekendtgørelsen, men er kun beskrevet i udbudsbetingelserne, og det er i strid med udbudsloven § 49, stk. 3.

Da hovedreglen i SKI's øst/vest-model er, at den samme tilbudsgiver kun får tildelt én af de to delaftaler vedrørende delaftale 1 og 2, skulle dette således have været oplyst i udbudsbekendtgørelsen.

SKI har gjort gældende, at det konkrete udbudsdesign ikke er omfattet af den oplysningsforpligtelse, der følger af udbudslovens § 49, stk. 3. Udbudslovens

§ 49, stk. 3, har følgende ordlyd:

”En ordregiver skal i udbudsbekendtgørelsen anføre,

- 1) om tilbudsgiveren kan afgive tilbud på en, flere eller alle delkontrakter,
- 2) om tilbudsgiveren kan tildeles en, flere eller alle delkontrakter, og i givet fald hvordan delkontrakterne eller grupper af delkontrakter kan kombineres, og
- 3) hvilke objektive og ikkediskriminerende kriterier eller regler, der er afgørende for tildelingen af delkontrakter, herunder hvordan delkontrakterne tildeles, når kriterierne eller reglerne ellers ville resultere i, at en tilbudsgiver får tildelt flere delkontrakter end det maksimale antal, som tilbudsgiveren kan få tildelt.”

Bestemmelsen skal dog fortolkes i lyset af udbudsdirektivets artikel 46, stk. 2:

”De ordregivende myndigheder angiver i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at bekræfte interessetilkendegivelsen, hvorvidt tilbud kan indgives for en, flere eller alle delkontrakter.

De ordregivende myndigheder kan, selv når tilbud kan indgives for flere eller alle delkontrakter, begrænse antallet af delkontrakter, der kan tildeles til én tilbudsgiver, forudsat at maksimumsantallet af delkontrakter pr. tilbudsgiver er angivet i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at bekræfte interessetilkendegivelsen. De ordregivende myndigheder angiver i udbudsdokumenterne, hvilke objektive og ikkediskriminerende kriterier eller regler, de agter at anvende for at afgøre, hvilke delkontrakter der vil blive tildelt, når anvendelsen af tildelingskriterierne ville resultere i, at én tilbudsgiver får tildelt flere delkontrakter end maksimumsantallet.”

Bestemmelsen relaterer sig til, at en ordregiver kan vælge at begrænse antallet af delkontrakter, som en tilbudsgiver tildeles, selv om tilbudsgiverne kan give tilbud på flere delkontrakter. Det vil sige, at bestemmelsen tager sigte på den situation, hvor udbuddet omfatter f.eks. 8 delkontrakter, som tilbudsgiverne kan give tilbud på, men hvor ordregiveren har valgt at maksimere antallet af de delkontrakter, der kan tildeles den enkelte tilbudsgiver til f.eks. 4 eller 6 delkontrakter. Bestemmelsen er således møntet på den situation, hvor en ordregiver vælger at begrænse det antal delkontrakter, som en tilbudsgiver kan tildeles i forhold til det antal delkontrakter, som tilbudsgiveren kan afgive tilbud på. Det følger klart af udbudsdirektivets bestemmelse, at det er et sådant maksimumantal, der skal oplyses. Tilsvarende følger dette af

ordlyden i udbudslovens § 49, stk. 3: ”hvordan delkontrakterne tildeles, når kriterierne eller reglerne ellers ville resultere i, at en tilbudsgiver får tildelt flere delkontrakter end det maksimale antal, som tilbudsgiveren kan få tildelt”.

Det valgte udbudsdesign indebærer ikke en sådan absolut begrænsning. Det følger derimod af det valgte udbudsdesign, at hvis der afgives tilbud på delkontrakt 1 og 2, anses dette som et tilbud på begge delkontrakter. Udbudsdesignet udelukker dog ikke, at samme tilbudsgiver kan få tildelt både delkontrakt 1 og 2. For det tilfælde, at der alene blev afgivet et tilbud, ville den pågældende tilbudsgiver få tildelt både delkontrakt 1 og 2. Tilsvarende ville tilbudsgiveren med det økonomisk mest fordelagtige tilbud få tildelt begge delkontrakter, hvis ingen af de øvrige tilbudsgivere valgte at acceptere et tilbud om at få tildelt delkontrakt 1 til de priser, som den vindende tilbudsgiver har afgivet.

Der er med det valgte udbudsdesign således ikke tale om en absolut begrænsning i det antal delkontrakter, som en tilbudsgiver kan få tildelt i forhold til det antal tilbud, der kan afgives. Reelt er det derfor ikke en situation, som bestemmelsen omfatter. Bestemmelsen har det formål, at udbudsbekendtgørelsen skal belyse antal og omfang af delkontrakter, som en tilbudsgiver kan vælge at afgive tilbud på og i bedste fald forvente at kunne få tildelt. Bestemmelsens formål er således primært at danne grundlag for tilbudsgiverens vurdering af sin interesse i udbuddet, henset til udbuddets omfang og den påkrævede kapacitet ved afgivelse af tilbud.

Formålet er dermed at danne grundlag for tilbudsgivernes vurdering af, om udbuddet har interesse for den pågældende tilbudsgiver, og derefter gennemgå det konkrete udbudsmateriale nærmere. I SKI's udbud er øst/vest-modellen detaljeret beskrevet i udbudsmaterialet. For SKI's udbud har bestemmelsen i udbudslovens § 49, stk. 3, således ikke et indhold, der går ud over den generelt gældende forpligtelse til at oplyse det overordnede tildelingskriterium. Denne forpligtelse er opfyldt ved oplysningerne i udbudsbekendtgørelsen.

For det tilfælde, at klagenævnet måtte finde, at SKI burde have oplyst yderligere om sammenhængen mellem delkontrakt 1 og 2 i udbudsbekendtgørelsen, er der alene tale om en overtrædelse af en formel forpligtelse, der navnlig henset til bestemmelsens formål er uden materiel betydning for de relevante

tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet. Den nærmere placering af oplysningerne er uden betydning for tilbudsgivernes interesse i at deltage i udbuddet, og de relevante tilbudsgivere har via den forudgående tekniske dialog været bekendt med udbudsdesignet og opfordret til at komme med kommentarer hertil.

Ad påstand 3

AVM har gjort gældende, at det er i strid med gennemsigtighedsprincippet, at der ikke er sammenhæng mellem, hvad der skal afgives tilbud på, og hvad der kan blive tildelt. Udbudslovens § 49, stk. 1, giver ikke mulighed for at kræve, at der afgives tilbud på begge delaftaler, men kun tildeles den ene med forbehold for, at tildelingen omfatter begge.

Der er forskel på en situation, hvor der udbydes en kontrakt med en vis mængde og en option på yderligere mængde, da den valgte leverandør skal levere optionen, hvis den udnyttes. I SKI's øst/vest-model er der ikke tale om en option, men to adskilte delaftaler, og det er ikke ordregiverens tilvalg, der afgør, om tilbudsgiveren får den anden delaftale, men derimod en anden tilbudsgivers beslutning om ændring af sit tilbud, der er afgørende for, om rammeaftalen kommer til at omfatte begge delaftaler.

SKI's øst/vest-model svarer indholdsmæssigt til, at der udbydes en kontrakt med en option, som en tilbudsgiver vinder, men ordregiveren efterfølgende har valgt mellem at tildele optionen til vinderen eller til en anden tilbudsgiver, der efterfølgende har matchet det vindende tilbud. Den fremgangsmåde er der ikke hjemmel til i udbudsloven, ligesom der ikke er hjemmel til SKI's øst/vest-model.

Det var et krav, at tilbud på danske bøger og noder skulle omfatte både delaftale 1 og 2. Der kunne således kun afgives ét samlet tilbud for disse to delaftaler, men tildelingen ville som udgangspunkt kun omfatte den ene delaftale. Dette udgangspunkt kunne blive fraveget, og man kunne således ende med at blive tildelt begge delaftaler.

Denne fuldstændige mangel på gennemsigtighed havde en betydning for tilbudsafgivelsen, da tilbudsgiverne ikke kunne forudse, hvilke mængder der ville indgå i den tildelte rammeaftale, og det havde afgørende betydning for fastsættelse af priserne.

Fremgangsmåden har ikke hjemmel i udbudsloven § 49, stk. 1. Hvis ordregiveren foretager en opdeling i delaftaler, skal det efter bestemmelsen, herunder lovforarbejderne, fremgå, om tilbudsgiverne kan byde på en, flere eller alle delaftaler. Dette står i modsætning til SKI's udbud, hvor tilbudsgiverne skal byde på både delaftale 1 og 2. I henhold til forarbejderne er der mulighed for, at ordregiveren kan fastsætte, at hvis den vindende tilbudsgiver vinder en specifik delkontrakt, skal denne også tildeles en anden specifik delkontrakt. Ved SKI's udbud er der imidlertid anvendt den modsatte metode, idet tilbudsgiveren med laveste pris som udgangspunkt kun tildeles delaftale 2, men ikke delaftale 1.

Hensynet bag udbudslovens § 49 er at give mulighed for, at mindre virksomheder kan deltage i udbud derved, at ordregiveren er forpligtet til at foretage en opdeling af kontrakten, i det omfang det er muligt og hensigtsmæssigt. Dette hensyn varetages ikke ved SKI's udbud, da det er et krav, at der gives tilbud på både delaftale 1 og 2. En tilbudsgiver, der kun har kapacitet til at dække enten Vestdanmark eller Østdanmark, var således afskåret fra at afgive tilbud.

Hvis SKI havde anvendt den fremgangsmåde vedrørende delaftaler, som er reguleret i udbudslovens § 49, havde der været mulighed for at byde på enten delaftale 1 eller delaftale 2 eller dem begge. Derved havde tilbudsgiverne haft mulighed for at optimere deres tilbud.

SKI har gjort gældende, at SKI ikke har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet. Formålet med gennemsigtighedsprincippet er at sikre offentlighed og åbenhed om proceduren, og at alle tilbudsgivere får lige muligheder for at afgive tilbud. Udbudsmaterialet skal derfor indeholde tilstrækkelige og klare beskrivelser, så tilbudsgiverne kan tage stilling til, om de vil deltage i processen, og hvordan de skal afgive tilbud. Formålet er også at danne grundlag for at efterprøve, om ordregiveren har handlet i overensstemmelse med beskrivelserne, og dermed danne grundlag for overholdelse af ligebehandlingsprincippet.

Det er ikke i strid med gennemsigtighedsprincippet at gennemføre et udbud med den anvendte øst/vest-model. Det følger allerede af, at modellen er detaljeret og tydeligt beskrevet og anvendt i overensstemmelse hermed. Der er således den sammenhæng mellem, hvad der gives tilbud på, og hvordan der

tildeles aftaler, som klart er beskrevet i udbudsmaterialet. Gennemsigtighedsprincippet afskærer ikke muligheden for at anvende en sådan model, men fordrer blot, at den er klart beskrevet og anvendt i overensstemmelse hermed. Det er ubestrideligt, at disse forpligtelser er opfyldt.

Udbudslovens § 49 tilsigter ikke at være en hjemmel for et konkret udbudsdesign. Ved tilrettelæggelse af et udbudsdesign er ordregiveren frit stillet, og udbudsloven indebærer ikke nogen begrænsning heraf udover overholdelse af de grundlæggende udbudsretlige principper, herunder om gennemsigtighed og ligebehandling. Der henvises til anbringender ad påstand 3 og påstand 1, idet der synes at være et vist overlap for så vidt angår AVM's betragtning om hjemmel i udbudslovens § 49.

Ad påstand 4

AVM har gjort gældende, at SKI ikke har opfyldt forpligtelsen i henhold til udbudslovens § 160, stk. 1, 1. pkt., til at beskrive alle dele af evalueringsmodellen, idet det ikke er oplyst, hvordan der vil blive tildelt point i den situation, som opstod i udbuddet, hvor der kun indkom 2 tilbud, og forskellen på de to tilbud på en eller flere varelinjer overstiger 50 %. Påstanden vedrører delaftaler 1-8, selv om AVM kun har fået oplyst priser på varelinjer fra det vindende tilbud vedrørende delaftale 1 og 2, mens der alene er oplyst point for delaftale 3-8. Det kan ud fra tildelingsbeslutningen konstateres, at SKI har anvendt den primære model til at beregne point for alle varelinjerne, dvs. baseret på et prisspænd på maksimalt 50 %.

SKI har således ikke anvendt tilpasningsmodellerne, uanset forskellene i priserne overstiger 50 %, hvilket harmonerer med kravene i udbudsbetingelserne for at bruge tilpasningsmodellerne, da der ikke er indkommet flere end 2 tilbud. Tilpasningsmodellerne finder således kun anvendelse, hvis der indkommer flere end 2 tilbud.

Ved de varelinjer, hvor prisforskellen ikke overstiger 50 %, er der beregnet point som oplyst i udbudsbetingelserne, men ved de varelinjer, hvor prisforskellen overstiger 50 %, er der tildelt 5 point til laveste pris og 1 point til højeste pris. Denne metode er ikke beskrevet i udbudsbetingelserne. Den særlige udfyldningsregel om, at der uanset prisforskel tildeles 1 point, fremgår kun vedrørende tilpasningsmodellerne, hvor det er anført: "Tilbudspriser der ligger ud over den økonomiske ramme får på varelinjen tildelt 1 point".

Denne regel er eksplicit kun relateret til de to tilpasningsmodeller, da sætningen fremgår under beskrivelsen af disse i afsnit 8.1.2.1. Det er derfor ikke en generel regel, som også finder anvendelse ved den primære model, som er beskrevet i afsnit 8.1.2. SKI har således kopieret et element, som eksplicit er henført til de to tilpasningsmodeller, og har indsat det i den primære model, selv om dette element ikke fremgår af beskrivelsen af den primære model.

Det fremgår af udbudslovens § 160, stk. 1, 2. pkt.: ”Specifikke parametre i evalueringsmodellen kan afhænge af de indkomne tilbud, men det skal entydigt fastlægges og beskrives på forhånd, hvordan parametrene fastlægges.” Det er således kun lovligt at anvende en udfyldningsregel om, at tilbud får tildelt 1 point, hvis forskel i pris overstiger 50 %, hvis det er oplyst i udbudsbetingelserne. Det var netop ikke oplyst i udbudsbetingelserne og derfor opstår følgende dilemma ved den oplyste evalueringsmodel:

- 1) Forskellen i pris på de to indkomne tilbud overstiger på flere varelinjer 50 %. Det skal isoleret føre til, at der anvendes en af de to oplyste tilpasningsmodeller, hvor det gælder, at tilbudspriser, der ligger udover den økonomiske ramme, tildeles 1 point. Tilpasningsmodellerne finder dog ikke anvendelse, fordi der kun er indkommet 2 tilbud.
- 2) Ved brug af den primære model kan der laves en beregning af point for de varelinjer, hvor forskellen ikke overstiger 50 %, men for de øvrige varelinjer er der ingen udfyldningsregel svarende til tilpasningsmodellerne, og derfor er der ikke hjemmel til at tildele 1 point til de tilbudspriser, der ligger udover den økonomiske ramme.

Det forhold, at SKI har valgt at tildele point ved brug af den primære model med den væsentlige tilføjelse, at tilbudspriser, der ligger udover den økonomiske ramme, tildeles 1 point, udgør en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, idet SKI anvender en evalueringsmodel, som ikke er beskrevet i udbudsbetingelserne. Det er desuden i strid med udbudslovens § 160, stk. 1, 1. pkt.

AVM var opmærksom på den beskrevne evalueringsmodel i forbindelse med tilbudsudarbejdelsen, herunder det særlige forhold, at de to tilpasningsmodeller kun fandt anvendelse, hvis mere end halvdelen faldt uden for den økonomiske ramme, og at udfyldningsreglen om, at der blev tildelt 1 point til

tilbud uden for den økonomiske ramme, kun var gældende for tilpasningsmodellerne. Som følge af kendskabet til markedet forventede AVM, at der kun ville indkomme 2 tilbud, og at det derfor ville blive den primære evalueringsmodel, der fandt anvendelse, hvilket også blev tilfældet. Denne evalueringsmodel kan kun rumme en forskel i pris på hver varelinje på maksimalt 50 %, og det stemmer med det, som er anført i udbudsbetingelserne om unormalt lave priser opgjort på hver enkelt varelinje.

SKI har således med den beskrevne evalueringsmodel i udbudsbetingelserne sammenholdt med det anførte om unormalt lave tilbud opgjort på hver enkelt varelinje givet tilbudsgiverne det indtryk, at spekulative tilbud på en eller flere varelinjer i form af unormalt lave priser ville resultere i afvisning af tilbuddet. Derved ville SKI have opnået, at pris på alle varelinjer som minimum gav dækning for omkostningerne, og det ville have resulteret i, at alle priser ville ligge relativt tæt på hinanden og dermed inden for det anførte spænd på 50 %. Den beskrevne evalueringsmodel ville herefter have været egnet.

Det giver modsætningsvist ingen mening, at SKI har accepteret priser, der på flere varelinjer helt åbenbart er unormalt lave, uanset det anførte i udbudsbetingelserne, og derefter har ændret den beskrevne evalueringsmodel i udbudsbetingelserne, således at der er anvendt en udfyldningsregel, som kan rumme en forskel på mere end 50 % af de indkomne tilbud. Det er SKI's ansvar at beskrive alle dele af evalueringsmodellen, jf. udbudslovens § 160, stk. 1, 1. pkt., og når de indkomne tilbud ikke kan rummes i den beskrevne evalueringsmodel, er der ikke hjemmel til at anvende en udfyldningsregel, som ikke har været oplyst. Det gælder så meget desto mere, når det strider mod, hvad der i øvrigt er anført i udbudsbetingelserne om unormalt lave priser.

SKI's procentvise opgørelser, der har til formål at udstille AVM's tilbud som væsentligt dårligere end BibMedias tilbud, er ikke retvisende, idet det afgørende er, om der er beløbsmæssig forskel og ikke en procentvis forskel, der naturligvis vil være markant, når der er tilbudt en spekulativ pris på kun 0,01 kr. for de vigtigste positioner. SKI's fremstilling af, at resultatet er rigtigt, beror ikke på den anvendte evalueringsmodel, som har indbyggede risici for oplagte misvisende resultater.

Hvis AVM f.eks. havde tilbudt 0,02 kr. på de fem vigtigste positioner, ville

der alene have været en forskel på 1 øre mellem de to tilbud, men det ville ikke have ændret på de tildelte point, da AVM's tilbud i så fald havde været 100 % dyrere end det laveste tilbud, og AVM derfor fortsat ville have fået tildelt 1 point. Omvendt kunne AVM have tilbudt 1.000 kr. for de pågældende positioner, uden at det havde ændret noget ved resultatet, da AVM stadig ville have fået 1 point som følge af SKI's anvendte udfyldningsregel.

Ved beskrivelsen af de alternative evalueringsmodeller har SKI eksplicit anført en udfyldningsregel om, at tilbud, der ligger udover den økonomiske ramme, tildeles 1 point. Denne udfyldningsregel er ubestridt ikke anført i udbudsbetingelserne for den primære evalueringsmodel. Spørgsmålet er herefter, om SKI alligevel var berettiget til at anvende udfyldningsreglen.

Det følger af udbudslovens § 160, at alle elementer i evalueringsmodellen skal beskrives i udbudsbetingelserne. Det er SKI's risiko, hvis der mangler relevante oplysninger i udbudsbetingelserne. Det må derfor anses for en fejl fra SKI's side, at det ikke ved den primære evalueringsmodel var anført, at udfyldningsreglen fandt anvendelse, hvis et tilbud lå udover den økonomiske ramme på 50 %. Denne fejl kan SKI ikke efterfølgende rette ved alligevel at anvende udfyldningsreglen, da det vil stride mod forpligtelsen til på forhånd at oplyse om alle elementer i evalueringsmodellen.

SKI har anført, at den anvendte udfyldningsregel er til fordel for AVM. Det gælder imidlertid, at forpligtelsen til at beskrive alle elementer i evalueringsmodellen ikke afhænger af, om den efterfølgende anvendte udfyldningsregel er til fordel for en bestemt tilbudsgiver. Der er et hensyn at tage til en potentiel tilbudsgiver, som ikke har kunnet forudse, at SKI ville anvende denne udfyldningsregel.

SKI har gjort gældende, at SKI har evalueret tilbuddene på en måde, der er beskrevet i udbudsmaterialet, og åbenbart inden for rammerne af denne beskrivelse. SKI har ikke lovligt kunnet tildele point på anden vis, idet det er åbenbart, at der alene kan afgives point mellem 1 og 5. Det er åbenbart, at der ikke skulle ske en korrektion, hvis der var færre end 3 tilbud.

Alle delaftaler er evalueret efter den primære evalueringsmodel baseret på en lineær model med en økonomisk ramme på 50 %. I de tilfælde, hvor prisdifferencen mellem de modtagne tilbud er mere end 50 %, har tilbudsgiveren

med laveste pris fået 5 point og den anden tilbudsgiver 1 point. Pointtildelingen for alle delkontrakter fremgår af tildelingsbrevet til AVM og af evalueringsnotatet.

Evalueringen er sket i overensstemmelse med den evalueringsmodel, der var beskrevet i udbudsmaterialet, og SKI's evaluering af tilbuddene er ikke i strid med de udbudsretlige principper. Udbudsmaterialets bemærkning om unormalt lave tilbud regulerer ikke eller er ikke på nogen måde normerende for, hvordan SKI på grundlag af de modtagne tilbud og den beskrevne evalueringsmodel lovligt kunne evaluere tilbuddene.

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at den økonomiske ramme alene skal tilpasses i de situationer, hvor mere end halvdelen af de indkomne tilbud falder uden for den angivne økonomiske ramme. Det følger heraf, at korrektion ikke kan komme på tale, hvis der alene indkommer to tilbud. Evalueringen skal derfor i en sådan situation ske på grundlag af den primære evalueringsmodel. At den økonomiske ramme ikke skulle korrigeres, hvis der alene indkom to tilbud, er et bevidst valg fra SKI's side. Årsagen til, at SKI alene anvender tilpasningsmodeller, når mere end halvdelen af de indkomne tilbud falder uden for den økonomiske ramme, er, at enkelte tilbudsgivere med anormale priser ikke skal kunne påvirke og skævvride evalueringen af pris-kriteriet blandt øvrige tilbudsgivere. Særlig når der alene er to tilbudsgivere, er det ikke muligt at angive meningsfulde tilpasningsmodeller baseret på udvidelse af den økonomiske ramme. Det ville skabe et resultat svarende til en lineær model fra laveste til højeste pris, som ikke er egnet til at afspejle mindre prisforskelle mellem tilbudsgiverne, og som alligevel ville indebære, at tilbudsgivernes point ville ligge i hver sin ende af skalaen.

SKI har valgt at gøre brug af en model med en såkaldt økonomisk ramme. Der er tale om en velkendt og ofte benyttet model, som i al enkelhed går ud på, at laveste pris tillagt en procentsats bliver styrende for, hvor mange point de andre tilbud (priser) skal tildeles. Det er en fast bestanddel af modellen, at tilbud, hvor prisdifferencen ned til laveste pris overstiger den angivne ramme, tildeles det antal point, som der er oplyst som grundlag for vurderingen. Det vil i den foreliggende sag sige 1 point som følge af, at det var angivet, at laveste pris ville få 5 point, mens en pris, der lå 50 % over, ville få 1 point tildelt. Det kan derfor ikke komme bag på AVM, at der ville blive tildelt 1 point for et tilbud med priser, der oversteg den økonomiske ramme på 50

%, uanset at eftersætningen om, at tilbudspriser, der ligger ud over den økonomiske ramme, får tildelt 1 point, ikke er medtaget ved beskrivelsen af den primære model, men alene ved tilpasningsmodellerne. Modellerne skal således læses og forstås i sammenhæng, og SKI har derfor været berettiget til at anvende samme princip om tildeling af 1 point til tilbud, der overstiger den økonomisk ramme, som et naturligt element af den primære model på tilsvarende vis som for tilpasningsmodellerne.

SKI har evalueret tilbuddene på en måde, der er beskrevet i udbudsmaterialet. Selv hvis dette ikke måtte være tilfældet, har SKI evalueret tilbuddene på en måde, som helt åbenbart falder inden for rammerne af denne beskrivelse og intentionerne bag den valgte model.

Praksis fra Klagenævnet for Udbud afspejler da også en anerkendelse af, at en ordregiver er berettiget til at håndtere eventuelle udfordringer i forhold til en beskrevet evalueringsmodel på en måde, der stemmer bedst overens med beskrivelsen i udbudsmaterialet. Dette ses f.eks. af kendelse af 26. februar 2019, Jysk Emblem Fabrik A/S mod Forsvarets Materiel- og Indkøbsstyrelse.

Med den valgte model har SKI tildelt point på en måde, som i alle tilfælde afspejler den almindelige forståelse af modeller med økonomiske rammer, hvorimod det ville have været i åbenbar strid med udbudsmaterialets beskrivelse at tildele andre point end point inden for en skala på 1-5 point, ligesom det følger af fast klagenævnspraksis, at det ikke er lovligt at gøre brug af evalueringsmodeller med tildeling af negative point.

At modellen har været egnet, understøttes da også af, at BibMedia har afgivet lavere priser end AVM. Dette gælder ikke kun i forhold til de 5 ydelser, hvor BibMedia har tilbudt ydelsen til 0,01 kr., men gør sig også gældende for flere andre ydelser. Der er for samtlige delaftaler et klart billede af, at BibMedia i et overbevisende omfang har tilbudt lavere priser end AVM.

Den foretagne evaluering har desuden ikke været til skade for AVM. Tildeling af 1 point, uanset at den tilbudte pris overstiger laveste pris med 50 %, er udtryk for, at pointmodellen ikke i fuldt omfang afspejler den prisdifference, der er mellem tilbuddene. Det kan således siges at være til fordel for den tilbudsgiver, der har afgivet priser, som ligger 50 % over den laveste pris, at få tildelt 1 point. For delkontrakt 1 og 2 kan det konstateres, at denne fordel i helt overvejende grad er i AVM's favør. Det skyldes, at AVM i langt højere

grad har afgivet priser, der ligger mere end 50 % over BibMedias priser end omvendt. Mere præcist gør det sig for AVM's vedkommende gældende for priser, der tilsammen vægter 70,4 %. Den omvendte situation, hvor BibMedia tildes 1 point, uanset at BibMedia er mere end 50 % dyrere end AVM, gør sig alene gældende for priser, der tilsammen vægter 6,2 %. Det betyder mere konkret, at BibMedia i evalueringen f.eks. ikke har opnået "den fulde fordel" af de tilbudte meget lave priser på 0,01 kr. i forhold til AVM. Vendes modellen således på hovedet, kan dette illustreres ved, at når AVM's pris f.eks. er 5,84 kr. på den ydelse, der vægter mest, og får 1 point, ville BibMedia fortsat få 5 point for en tilbudspris for ydelsen på op til 3,89 kr. I denne situation var BibMedias priser dog kun 0,01 kr. Den anvendte evalueringsmodel kan med andre ord siges netop at være egnet til at modificere effekten af strategisk budgivning med meget lave priser.

Modellen med brug af en økonomisk ramme er med til at afgrænse det relevante bedømmelsesinterval, mens vægtningen på varelinjeniveau sikrer, at den nominelle værdi af en tilbudt vare ikke kommer til at udgøre vægtningsfaktoren uden sammenhæng til det forventede forbrug under rammeaftalen i øvrigt.

Den anvendte model var klart beskrevet i udbudsbetingelserne, herunder hvordan de enkelte varelinjer ville blive vægtet. Det var således fuldt ud gennemsigtigt for tilbudsgiverne, hvilke varelinjer der blev tillagt størst vægt i forbindelse med evalueringen. Alle tilbudsgivere har dermed haft samme mulighed for at optimere deres tilbud. Det er i den forbindelse uden betydning, at det ikke i umiddelbar tilknytning til den primære model er gengivet, at der også for denne model alene ville blive tildelt 1 point for tilbudspriser, der lå ud over den økonomiske ramme, idet en sådan fremgangsmåde fremgik af den samlede beskrivelse af prismodellen, herunder de alternative modeller. Hvilken fremgangsmåde, der ville finde anvendelse, var således åbenbart på baggrund af en naturlig læsning af det beskrevne, og der kan ikke have hersket reel tvivl hos nogen tilbudsgiver om, hvordan der ville blive tildelt point også under den primære model.

Det følger ikke af udbudslovens § 160, at enhver detalje i evalueringsmodeller skal beskrives, og praksis afspejler også en pragmatisk tilgang hertil, jf. klagenævnets kendelse af 26. februar 2019, Jysk Emblem Fabrik A/S mod Forsvarets Materiel- og Indkøbsstyrelse. Niveauet for, om der er tale om en

tilstrækkelig beskrivelse, skal således også ses i lyset af bestemmelsens formål. Det følger af bemærkningerne til udbudslovens § 160, at formålet med beskrivelse af evalueringsmetoden er at gøre det klart for tilbudsgivere, hvordan ordregiveren vil anvende metoden, således at ordregiveren ikke har et frit valg ved evalueringen, og således at potentielle tilbudsgivere ved at sammenholde oplysningerne om evalueringsmetoden med de givne oplysninger om under- og delkriterier har et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at afgive tilbud, og hvordan tilbudsgiverne kan optimere deres tilbud.

Beskrivelsen af evalueringsmetoden opfylder netop dette formål, idet modellen ikke efterlader tvivl om, at modellen – navnlig henset til, at udbuddet gennemføres med tildelingskriteriet Pris – handler om at udpege den tilbudsgiver, som har afgivet det billigste tilbud, og at det således for tilbudsgiverne handler om at optimere deres tilbud ved afgivelse af laveste priser under hensyn til den angivne vægtning af de enkelte varelinjer.

SKI har udarbejdet en beregning af en evalueringsteknisk sumpris baseret på de afgivne tilbudspriser og de anførte vægte. Denne beregning afspejler også et klart og entydigt resultat for samtlige delkontrakter, nemlig at priserne fra BibMedia generelt er lavere. Denne beregning indregner beløbsmæssige forskelle mellem tilbuddene.

Ad påstand 5

AVM har gjort gældende, at SKI har overtrådt gennemsigtighedsprincippet ved i udbudsmaterialet at anføre, hvornår et tilbud anses for unormalt lavt, men ikke efterfølgende har efterlevet dette. Normalt skal opgørelsen af, om tilbuddet kan anses for at være unormalt lavt, foretages på grundlag af det samlede tilbud. Hvis en tilbudsgiver således har tilbudt en samlet pris, der ikke giver dækning for de samlede omkostningerne, er der en risiko for, at tilbuddet vil blive afvist som værende unormalt lavt i henhold til udbudslovens § 169.

Det fremgår imidlertid af udbudsbetingelsernes pkt. 9.2.4, at opgørelsen af unormalt lave priser i dette udbud sker på varelinjeniveau. Det følger heraf, at en tilbudsgiver i dette udbud, der på en eller flere enkelte varelinjer tilbyder en pris, som er unormal lav opgjort for den eller de pågældende varelinjer, risikerer, at tilbuddet afvises som værende unormalt lavt, uanset det samlede

tilbud giver dækning for omkostningerne. Hvis en tilbudsgiver tilbyder en meget lav pris på en eller flere varelinjer for derved at optimere chancen for at vinde udbuddet, risikerer tilbudsgiveren, at tilbuddet bliver afvist som værende unormalt lavt. Hvis tilbudsgiveren i stedet vælger ikke at sætte prisen på enkelte varelinjer lavere, end at den giver dækning for omkostninger, bliver tilbuddet ikke afvist, men tilbudsgiveren risikerer, at chancen for at vinde udbuddet bliver mindre.

Konkurrencegrundlaget skal være lige for alle, jf. principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2. I dette udbud var konkurrencen ikke lige for alle, fordi udfaldet af evalueringen afhang af, om SKI efterfølgende valgte at acceptere en unormal lav pris på en enkelt varelinje eller ej. Resultatet kunne således lige så vel have været, at tilbuddet med 0,01 kr. på flere varelinjer var blevet afvist som værende unormalt lavt, og det derfor var AVM, der var blevet tildelt delaftale 2.

Hvis det havde været klart, at det var det samlede tilbud, som dannede grundlag for opgørelsen af, om tilbuddet er unormalt lavt, ville AVM have tilbudt en lavere pris på de varelinjer, som vægter højest, for derved at optimere muligheden for at vinde udbuddet. AVM valgte imidlertid at følge anvisningen i udbudsbetingelsernes pkt. 9.2.4 og satte derfor sin pris så lavt som muligt for de vigtigste varelinjer, således at der var dækning for omkostningerne, og tilbuddet derfor ikke ville blive anset for at være unormalt lavt og afvist af den grund.

Den manglende gennemsigtighed understreges yderligere af, at prisen i Bib-Medias tilbud på de vigtigste varelinjer åbenbart var unormal lav. Det er derfor ulogisk, at SKI i udbudsbetingelserne har anført, at opgørelsen sker på varelinjeniveau, men efterfølgende ikke afviser et tilbud, hvor prisen på de vigtigste varelinjer helt åbenbart er unormal lav.

Det forhold, at SKI i dette udbud har fraveget normal praksis og har anført, at en pris på en enkelt varelinje, som er unormal lav, kan føre til afvisning af tilbuddet, må naturligt forstås således, at SKI ikke ønskede såkaldte spekulative tilbud. Normalt tages der højde for dette ved den valgte vægtning af varelinjerne, og det overlades således til tilbudsgiveren at indrette sit tilbud derefter, herunder med mulighed for at tilbyde særligt lave priser på visse varelinjer, dog med risiko for afvisning, hvis det samlede tilbud er unormalt lavt.

Det giver ikke mening at oplyse i udbudsbetingelsernes pkt. 9.2.4, at proceduren i udbudslovens § 169 finder anvendelse på varelinjeniveau, hvis det er den samlede pris, der ligger til grund for vurderingen af, om tilbuddet er unormalt lavt. Der var således ikke nogen grund til, at SKI skulle kunne indhente redegørelse om prisen på enkelte varelinjer, hvis det ikke kan anvendes til noget.

AVM er enig i, at det efter fast praksis er det samlede tilbud, der ligger til grund for opgørelsen af, om tilbuddet kan afvises som værende unormalt lavt efter udbudslovens § 169, men det er ikke relevant for klagepunktet, fordi det kun gælder, hvis der ikke er anført noget andet i udbudsmaterialet. Udbudslovens § 169 forhindrer ikke, at en ordregiver fastsætter, at prisen for enkelte varer skal dække omkostningerne forbundet med levering af denne vare, og således baserer opgørelsen isoleret for hver enkelt vare.

Selv hvis klagenævnet fortolker udbudslovens § 169 således, at bestemmelsen forhindrer en ordregiver i at afvise et tilbud, hvis prisen på en enkelt vare er unormal lav, er det stadig ikke relevant for klagepunktet, da SKI's angivelse i udbudsbetingelserne under alle omstændigheder er i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. I dette udbud afveg SKI fra den normale fremgangsmåde for opgørelse af, hvornår et tilbud kan anses for unormalt lavt derved, at SKI i udbudsbetingelserne har anført, at proceduren efter udbudslovens § 169 finder anvendelse på pris på varelinjeniveau.

Den anvendte formulering i udbudsbetingelserne giver SKI mulighed for efterfølgende at vælge, hvilken metode der skal anvendes. SKI kunne således have afvist et tilbud, hvis prisen på blot en enkelt varelinje var unormal lav. Det er i strid med ligebehandlingsprincippet og kravet om, at alle elementer af evalueringsmodellen er oplyst, jf. udbudslovens § 160, da tilbudsgiverne ikke på forhånd kan vide, hvordan SKI vil opgøre, om tilbuddet er unormalt lavt. SKI's formulering af punkt 9.2.4 i udbudsbetingelserne har således skabt usikkerhed om forståelsen af unormalt lave tilbud ved dette udbud, og det har medført en ulige konkurrencesituation, og det er i strid med udbudslovens § 2, stk. 1, og med udbudslovens § 160, stk. 1, 3. pkt.

SKI har gjort gældende, at SKI efter ordlyden af udbudsbetingelsernes pkt. 9.2.4 alene har taget forbehold for at indhente en redegørelse efter udbudslovens § 169 og i overensstemmelse med den retsstilling, der følger af bestem-

melsen. Det er et naturligt element efter bestemmelsen, at der også kan indhentes en redegørelse ved unormalt lave priser på delydelser. Det er tilmed den praktiske hovedregel og harmonerer med bestemmelsens formål og bemærkningerne i lovforarbejderne. Formålet med bestemmelsen er – som anført i forarbejderne hertil – at give tilbudsgiverne mulighed for at forklare sammensætningen af priser eller omkostninger, og forarbejderne til bestemmelsen forudsætter ligeledes, at priser for delydelser kan være ”unormalt lave” i form af f.eks. nul-priser uden dette nødvendigvis indebærer, at tilbuddet samlet set er unormalt lavt.

Den forståelse, som AVM forsøger at ”læse ind i” udbudsbetingelsernes pkt. 9.2.4, ville indebære en håndtering af unormale tilbud i strid med udbudsloven og praksis om håndtering af unormalt lave tilbud. At ”indlæse” AVM’s forståelse i bemærkningen – uden støtte i ordlyden – og agere derefter, ville derfor være i strid med de grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Udbudslovens § 169 indebærer en ret til at anmode om en redegørelse, hvis tilbuddet forekommer unormalt lavt, og en forpligtelse hertil inden eventuel afvisning af et tilbud. Bestemmelsens primære formål er at sikre tilbudsgiverne mod, at en ordregiver vilkårligt kan afvise tilbud, som er unormalt lave efter ordregiveren vurdering.

Bestemmelsen giver en ordregiver mulighed for at indhente en redegørelse, hvis ”et tilbud” forekommer unormalt lavt. I sagens natur vil en sådan formodning ofte basere sig på, at en eller flere ydelser er prissat særligt lavt. Bestemmelsens formulering og formål udelukker ikke, at en ordregiver kan iværksætte en nærmere undersøgelse af et tilbud i henhold til bestemmelsen i de tilfælde, hvor en delydelse er prissat markant lavt, men hvor dette muligvis ikke indebærer, at tilbuddet som sådant forekommer lavt. Det hænger sammen med en ordregivers legitime interesse i nærmere at undersøge tilbuddets sammensætning med henblik på at vurdere, om tilbuddet er unormalt lavt og dermed ikke pålideligt.

Bestemmelsen i udbudsbetingelsernes pkt. 9.2.4 er på linje hermed og handler således alene om, i hvilke tilfælde SKI kan anmode om en redegørelse. Bestemmelsen angiver intet om, hvordan unormalt lave tilbud vil blive vurderet.

Udbudsloven og forarbejderne hertil definerer ikke, hvornår et tilbud forekommer unormalt lavt. Dette beror på en ordregivers skønsmæssige vurdering. Det følger derimod af praksis, at vurderingen af, om et tilbud er unormalt lavt, skal angå den samlede tilbudspris.

Bemærkningen om unormalt lave tilbud er anført i udbudsbetingelsernes afsnit om afgivelse af tilbud og i umiddelbar tilknytning til bemærkningen om, at tilbudsgiveren bærer den fulde kommercielle risiko. SKI's udbudsmateriale afspejler også, at SKI forudsætter, at prissætning af ydelser kan ske til en pris, der ligger under kostprisen, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 8.1.1. Flere steder i udbudsmaterialet fremhæves tilbudsgivernes kommercielle risiko, og i udbudsbetingelsernes pkt. 8.1.1 med specifik henvisning til ”særligt i de situationer, hvor tilbudsgiver måtte vælge at tilbyde priser, der ligger under kostpris.”

Efter ordlyden handler bemærkningen om unormalt lave priser alene om, at SKI gør opmærksom på, at SKI kan indhente en redegørelse, hvis tilbuddet forekommer unormalt lavt – eller priser på delydelser forekommer unormalt lave. Dette er som beskrevet ovenfor helt på linje med den retsstilling, der følger af udbudslovens § 169. Bemærkningen pålægger ikke SKI en forpligtelse til at indhente redegørelser i et videre omfang end det, der følger af udbudslovens § 169, jf. sætningen ”efter proceduren om unormalt lave tilbud, jf. udbudslovens § 169”. Bemærkningen handler efter sin ordlyd og placering i udbudsmaterialet ikke om, hvordan SKI kan eller skal vurdere tilbud, ligesom den ikke handler om de rettigheder og forpligtelser, som en ordregiver har i relation til unormalt lave tilbud.

Udbudsmaterialet indeholder således ikke bemærkninger, der afspejler eller på nogen måde normerer, hvordan SKI kan og skal håndtere unormalt lave tilbud udover forbehold om at indhente en redegørelse i overensstemmelse med udbudslovens § 169. På den baggrund er det åbenbart, at bemærkningen i SKI's udbudsmateriale hverken kan pålægge SKI en ret eller en forpligtelse til at vurdere tilbud som unormalt lave på varelinjeniveau, endsige en forpligtelse til at afvise tilbud, selv om der er afgivet meget lave priser på varelinjeniveau.

Udbudsbetingelsernes pkt. 9.2.4 kan ikke anses som en del af SKI's evalueringsmodel. Bemærkningen handler ikke om andet eller mere end muligheden for at indhente en redegørelse i overensstemmelse med loven.

Ad påstand 6

AVM har gjort gældende, at SKI ved evalueringen af tilbuddene for så vidt angår delaftalerne 3-8 har anvendt en evalueringsmodel, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Forskellen på tilbuddene fra AVM og BibMedia er overordnet set, at BibMedia har tilbudt strategisk lave priser på de varelinjer, som vægter højest, og meget høje priser på de varelinjer, som vægter lavere. Dette har resulteret i, at tilbuddene har fået tildelt enten minimumpoint eller maksimumpoint (1 eller 5 point) for de enkelte varelinjer, bortset fra nogle enkelte undtagelser, hvor forskellen mellem de to tilbud ikke overstiger 50 %. Problemet med den fremgangsmåde er, at modellen ikke tager højde for den beløbsmæssige forskel mellem de to tilbud og derfor ikke nødvendigvis resulterer i et retvisende resultat.

Tilbuddene er isoleret evalueret for hver enkelt varelinje, og der er derefter tildelt point fra 1 til 5 på hver varelinje baseret på forskellen på de tilbudte priser. De beregnede point for hver varelinje indgår i evalueringen med en bestemt vægt, og der er beregnet et samlet point, hvorefter tilbud med det samlede højeste point anses for at være tilbuddet med laveste pris.

Metoden tager ikke højde for den beløbsmæssige forskel i de tilbudte priser, og det kan eksemplificeres med følgende hypotetiske priser:

I eksemplet er der 5 varelinjer med følgende vægtning:

Varenr.	Vægtning
1	40
2	35
3	15
4	5
5	5

I eksemplet indgår to hypotetiske tilbud med følgende priser:

Varenr.	Vægtning	Tilbud A	Tilbud B
1	40	10	1
2	35	10	1

3	15	5	100
4	5	5	100
5	5	5	100

Ved brug af SKI's evalueringsmodel vil det resultere i følgende point og vægtede point:

Varenr.	Vægtning	Tilbud A	Tilbud B	Point A	Point B	Vægtet A	Vægtet B
1	40	10	1	1	5	0,4	2
2	35	10	1	1	5	0,35	1,75
3	15	5	100	5	1	0,75	0,15
4	5	5	100	5	1	0,25	0,05
5	5	5	100	5	1	0,25	0,05
						2	4

I dette eksempel vil tilbud B anses for at være tilbuddet med laveste pris, da det samlet opnår 4 point, mens tilbud A kun opnår 2 point.

Hvis der i stedet foretages en evaluering, hvor prisen på hver varelinje multipliceres med den angivne vægtning, hvorved der beregnes en evalueringsteknisk pris, ser evalueringen således ud:

Varenr.	Vægtning	Pris A	Pris B	Vægtet pris A	Vægtet pris B
1	40	10	1	4	0,4
2	35	10	1	3,5	0,35
3	15	5	100	0,75	15
4	5	5	100	0,25	5
5	5	5	100	0,25	5
				8,75	25,75

Det ses heraf, at en vægtet pris for tilbud B er cirka 3 gange højere end den vægtede pris for tilbud A.

Årsagen til, at tilbud B ved brug af SKI's model opnår dobbelt så højt point som tilbud A, selvom den evalueringstekniske i tilbud B er cirka 3 gange så høj som i tilbud A, er, at SKI's model ikke tager højde for den beløbsmæssige forskel mellem de to tilbud på hver enkelt varelinje.

De faktiske tilbud i sagen er på samme måde kendetegnet ved, at det vindende tilbud har strategisk meget lave priser på de varelinjer, som vægter højt, og

beløbsmæssigt meget høje priser på andre varelinjer.

SKI's model indebærer, at der ikke tages højde for størrelsen af den beløbsmæssige forskel mellem varelinjerne, hvilket betyder, at det ikke havde gjort nogen forskel, om der på flere varelinjer var tilbudt kr. 0,02 eller kr. 1.000. Dette kan samlet give et misvisende resultat. Konkret indeholder BibMedias priser på 0,01 kr. på flere varelinjer, men den beløbsmæssige forskel i forhold til AVM's tilbud på disse varelinjer er ganske få kroner. Omvendt indeholder BibMedias tilbud priser på andre varelinjer, der er flere hundrede kroner højere end AVM's tilbud.

For delaftale 1 og 2 gør det ingen forskel for resultatet, hvis der i stedet foretages en opgørelse af den evalueringstekniske pris, omend forskellen på de to tilbud indsnævres, da priserne samlet set ikke er så forskellige, som SKI's model indikerer. SKI har ikke oplyst den evalueringstekniske pris for de to tilbud på delaftale 3-8 beregnet ved at multiplicere enhedspriserne med den angivne vægtning og lægge de vægtede priser sammen. Det skal have processuel skadevirkning, så det må lægges til grund, at en beregning af den evalueringstekniske pris vil vise et andet resultat end SKI's model.

SKI har gjort gældende, at SKI har anvendt den beskrevne evalueringsmodel i udbudsmaterialet, og det er ikke afgørende for, om denne anses for konkret egnet, at samme resultat også følger af en helt anden evalueringsmodel, som SKI efter udbudsmaterialet ikke ville være berettiget til at anvende, og som adskiller sig markant fra det grundlag, som tilbudsgiverne har afgivet tilbud på.

AVM baserer sine anbringender på et teoretisk eksempel og antagelser om en evalueringsteknisk pris for de pågældende delaftaler (beregnet ved at multiplicere enhedspriserne med den angivne vægtning og lægge de vægtede priser sammen).

SKI har valgt den beskrevne pointmodel i modsætning til en samlet evalueringsteknisk pris, idet pointmodellen på varelinjeniveau er velegnet i sådanne udbud og anerkendt af klagenævnet, jf. nedenfor. Allerede som følge heraf kan AVM ikke få medhold i sin påstand, selv hvis resultatet med brug af en anden model (evalueringsteknisk totalsum) ville have givet et andet resultat.

Det er imidlertid slet ikke tilfældet. Den beregning, som AVM har efterspurgte, fremgår af den beregning, som SKI har udarbejdet over en evalueringsteknisk sumpris baseret på de afgivne tilbudspriser og de fastsatte vægte for samtlige delpriser. Opgørelsen indregner de beløbsmæssige forskelle mellem tilbuddene. For alle delaftaler afspejler bilaget samme klare og entydige billede, nemlig at de vægtede evalueringstekniske totalpriser fra BibMedia generelt er lavere end AVM's, dvs. BibMedias tilbud er reelt ikke dyrest for nogen af delaftalerne, heller ikke når det opgøres efter denne metode.

AVM's anbringende til støtte for påstanden er således baseret på en faktisk forkert formodning, der – som det eneste grundlag – skulle understøtte betragtningen om, at modellen var konkret uegnet.

Henset til, at klagen ikke indeholder en tilsvarende påstand for delaftale 1 og 2, hvor AVM anerkender, at opgørelse af en evalueringsteknisk pris for disse delaftaler ikke gør nogen forskel for resultatet, er det vanskeligt at se, hvordan AVM kan få medhold i påstanden, når samme billede netop er tegnet for delaftalerne 3-8.

SKI har anvendt den beskrevne evalueringsmodel i udbudsmaterialet og den anvendte evalueringsmodel har været konkret egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud for delaftale 3-8. AVM's indsigelse relaterer sig til synspunktet om, at modellen ikke er egnet til at afspejle beløbsmæssige forskelle mellem tilbuddene på de enkelte varelinjer. Den valgte model, hvor der tildeles point pr. varelinje, som er vægtet forskelligt, tager imidlertid højde for den prismæssige forskel mellem tilbuddene. Modellen er med til at sikre, at de varer, hvor den forventede volumen er størst (pris og forbrug) også vægter mere. I det omfang en vare har en højere pris, er der derfor taget højde for det med den valgte model. Den anvendte pointmodel modificerer tillige effekten af strategisk budgivning med meget lave priser – og dermed navnlig de varelinjer med priser på 0,01 kr., som AVM hæfter sig ved.

Modellen bliver ikke uegnet ved, at der konkret sker strategisk prissætning. Klagenævnets kendelse af 28. juni 2016, Stadsing A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbs Service A/S, hvor den samme model var anvendt, og hvor der også kun indkom to tilbud, viser, at modellen var egnet til at adskille tilbuddene fra hinanden og dermed identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, selv om alle afgivne tilbud ikke for alle varelinjer kunne "rummes" inden for det økonomiske spænd i pointmodellen.

SKI har udarbejdet en oversigt for alle delaftalerne, som viser, hvor meget de ydelser, BibMedia har afgivet laveste pris på, tilsammen vægter i den samlede prisevaluering. BibMedia har i dette udbud tilbudt laveste pris for varelinjer, der for delkontrakt 3-8 vægter mellem 70 og 95,6 %.

AVM's teoretiske eksempler og en formodning, der ikke harmonerer med faktum, medfører ikke, at AVM har løftet bevisbyrden for, at evalueringsmodellen var konkret uegnet for delaftale 3-8. Det følger også af klagenævnets praksis, at teoretisk opstillede eksempler, der kan illustrere, at en evalueringsmodel kan være konkret uegnet, ikke kan tillægges vægt, jf. f.eks. klagenævnets kendelse af 2. oktober 2019, e-Boks A/S mod Digitaliseringsstyrelsen. AVM's opstillede eksempel viser i øvrigt samme vinder ved anvendelse af to forskellige evalueringsmodeller, men med en forskel i, hvor stor differencen mellem de to tilbud var. Navnlig ved tildelingskriteriet pris er det afgørende, at en evalueringsmodel er egnet til at identificere tilbudsgiveren med laveste pris, og det er i den forstand uden betydning om modellen præcist viser, "hvor meget den pågældende tilbudsgiver har vundet med".

Ad påstand 7

AVM har gjort gældende, at hvis klagenævnet giver AVM medhold i blot en af påstandene 1-6, vil konsekvensen være, at udbuddet skal annulleres.

Hvis Klagenævnet for Udbud således afgør, at SKI's øst/vest-model ikke har hjemmel i udbudsloven, jf. påstand 1, er grundlaget for evalueringen af delaftale 1 og 2 ikke til stede, og det må være åbenbart, at udbuddet for så vidt angår disse delaftaler skal annulleres. Derudover udgør de to delaftaler størstedelen af det samlede udbud, og det vil være mest rigtigt at lade hele udbuddet gå om, herunder også delaftalerne 3-8.

Det er ikke muligt at sondre mellem delaftale 1 og 2, så udbuddet alene annulleres for delaftale 1, men ikke delaftale 2. De to delaftaler er indbyrdes afhængige, og der kunne således ikke afgives tilbud på kun den ene. Derfor må en annulation af udbuddet nødvendigvis som minimum omfatte både delaftale 1 og 2, hvis ikke alle delaftalerne.

Hvis klagenævnet afgør, at gennemsigtighedsprincippet blev overtrådt, fordi

rammeaftalernes omfang ikke var klarlagt på tidspunktet for tilbudsafgivelsen, jf. påstand 3, er konsekvensen, at hele udbuddet skal annulleres. Tilsvarende gælder, hvis klagenævnet afgør, at det forhold, at SKI ved en fejl ikke oplyste, at opsamlingsreglen fandt anvendelse ved den primære evalueringsmodel, udgør en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet eller udbudslovens § 160, jf. påstand 4. Det samme er tilfældet, hvis klagenævnet afgør, at SKI's anvendte formulering vedrørende unormalt lave tilbud kunne misforstås og derfor udgør en overtrædelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. påstand 5. Endelig skal udbuddet annulleres for alle delaftaler, hvis den anvendte evalueringsmodel findes uegnet, jf. påstand 6.

SKI har til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at allerede fordi SKI har truffet beslutning om tildeling af delaftalerne og har indgået de pågældende delaftaler, savner det mening at annullere udbuddet, eftersom udbuddet er afsluttet.

Til støtte for den subsidiære påstand om, at påstanden ikke tages til følge, har SKI gjort gældende, at påstand 1-3 alene relaterer sig til øst/vest-modellen og dermed alene til delaftale 1 og 2 (og altså ikke delaftale 3-8). Selvom AVM måtte få medhold i disse påstande, bør dette ikke i sig selv føre til, at den samlede udbudsforretning (af alle otte delaftaler) annulleres. Denne sanktion må derimod være forbeholdt situationer, hvor udbudsmaterialet slet ikke kan danne grundlag for lovlige tildelingsbeslutninger.

Delaftale 3-8 er selvstændige delaftaler, der både er indbyrdes uafhængige og uafhængige af delaftale 1 og 2. Tilbudsgiverne var således frit stillet til at afgive tilbud på én eller flere af disse delaftaler, og dette uanset om der blev afgivet tilbud på delaftale 1 og 2, og samme tilbudsgiver kunne tildeles én eller flere delaftaler. Dertil kommer, at hver af delaftalerne skulle prissættes selvstændigt af tilbudsgiverne, og der var f.eks. ikke mulighed for, at tilbudsgiverne kunne tilbyde rabat under forudsætning af, at de blev tildelt flere delaftaler.

Delaftale 3-8 skal derfor anses som seks selvstændige og uafhængige udbud, og det forhold, at der måtte være mangler ved udbuddet af delaftale 1 og 2, er således uden betydning for delaftale 3-8, eftersom de hævdede mangler ikke har betydning for udbuddet af disse delaftaler. At delaftale 1 og 2 er de to ”væsentligste delaftaler i udbuddet”, og at der måtte være synergier for-

bundet ved at være leverandør på én af disse delaftaler og de øvrige delaftaler, er i den forbindelse uden betydning.

De hævdede overtrædelser i påstand 1-3 kan derfor ikke føre til, at udbuddet som sådan – og i særdeleshed ikke udbuddet af delaftale 3-8 – annulleres.

Hvad angår den hævdede overtrædelse i påstand 1 har denne desuden alene betydning for delaftale 1, da den del af fremgangsmåden ved øst/vest-modellen, som AVM anfægter i påstanden, alene vedrører tildelingen af delaftale 1 (som i øvrigt blev tildelt til AVM selv). Sanktioneringen af den hævdede overtrædelse i påstand 1 skal derfor ikke påvirke udbuddet af de øvrige delaftaler; heller ikke delaftale 2. Det forhold, at der skulle afgives tilbud på begge delaftaler, ændrer imidlertid ikke på, at AVM's indsigelser i påstand 1 alene retter sig mod tildelingen af delaftale 1, og AVM har ikke fremført reelle argumenter for, hvorfor udbuddet af delaftale 2 (eller for den sags skyld delaftale 3-8) skal gå om som følge af den hævdede overtrædelse i påstand 1. Delaftale 2 blev således tildelt helt uden nogen interaktion med BibMedia, som ubestridt havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det ville derfor savne mening at annullere udbuddet af delaftale 2 som følge af, at SKI måtte have overtrådt forhandlingsforbuddet ved tildelingen af delaftale 1.

Den hævdede overtrædelse i påstand 2 er konkret uvæsentlig og kan derfor heller ikke føre til, at udbuddet (eller udbuddet af enkelte delaftaler) skal annulleres. Det følger således af fast praksis, at annulation forudsætter, at overtrædelser har haft konkret betydning for tilbudsevalueringen. Påstanden vedrører det forhold, at øst/vest-modellen ikke var beskrevet i udbudsbekendtgørelsen. Formålet med en udbudsbekendtgørelse er, at den skal "... sætte potentielle ansøgere eller tilbudsgivere i stand til at vurdere, hvorvidt opgaven er interessant, så de potentielle ansøgere og tilbudsgivere har et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud." Det overordnede formål med udbudsbekendtgørelsen, herunder offentliggørelseskravet i udbudslovens § 49, stk. 3, er med andre ord at stille en række grundlæggende oplysninger om udbuddet til rådighed på en ensartet, enkel, overskuelig og let tilgængelig måde, således at potentielle ansøgere eller tilbudsgivere har mulighed for, uden uforholdsmæssig brug af ressourcer, løbende at holde sig orienteret om de udbud, som måtte være relevante for dem at deltage i.

Uanset om SKI formelt set burde have beskrevet øst/vest-modellen i udbudsbekendtgørelsen, er dette forhold uden betydning for deltagelsen i udbuddet. Deltagelsen i udbuddet ville ikke have set anderledes ud, hvis udbudsbekendtgørelsen havde indeholdt en beskrivelse af øst/vest-modellen, og de hensyn som offentliggørelseskravet i udbudslovens § 49, stk. 3, varetager, var således konkret tilgodeset i udbuddet.

Det forekommer usandsynligt, at kendskab til øst/vest-modellen i sig selv skulle være bestemmende for, om virksomhederne deltog i udbuddet. Den vurdering, som skal foretages, er, om der kan have været potentielle tilbudsgivere, som ikke kendte til øst/vest-modellen og undlod at afgive tilbud på delaftale 1 og 2, men som ville have afgivet tilbud, hvis de havde haft kendskab til modellen. Det forekommer åbenlyst, at dette ikke kan have været tilfældet. I den forbindelse skal man være opmærksom på, at øst/vest-modellen samlet set må anses som en for tilbudsgiverne skærpende foranstaltning i udbuddet og altså ikke et udbudsvilkår, der kan formodes at åbne markedet i udbuddet yderligere. Tilsvarende er der ofte kontraktvilkår mv., som kan have betydning for vurderingen af, om man ender med at afgive et tilbud, men som ikke fremgår – eller skal fremgå – af udbudsbekendtgørelsen. Udbudsbekendtgørelsen skal således primært danne grundlag for markedsaktørernes første vurdering/screening af udbuddet, men ikke en vurdering af samtlige relevante forhold.

Det ligger desuden fast, at alle virksomheder, der kunne anses som potentielle tilbudsgivere for så vidt angår delaftale 1 og 2, inklusive AVM selv, beviseligt havde kendskab til øst/vest-modellen trods den manglende beskrivelse i udbudsbekendtgørelsen.

Den hævdede overtrædelse i påstand 2 kan under alle omstændigheder alene føre til annullation af udbuddet af delaftale 1. Dette skyldes, at de særegne egenskaber ved øst/vest-modellen, som i givet fald burde have været beskrevet i udbudsbekendtgørelsen, jf. udbudslovens § 49, stk. 3, nr. 3, alene vedrører tildelingen af delaftale 1. Delaftale 2 skulle således tildeles – og blev også tildelt – efter en helt ”klassisk” fremgangsmåde til den tilbudsgiver, der afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og den hævdede overtrædelse er således helt uden betydning for delaftale 2. Øst/vest-modellen er med andre ord alene en model, der regulerer tildelingen af delaftale 1.

Selv om klagenævnet mod forventning måtte give AVM medhold i påstand

4, kan klagenævnet ikke som følge heraf give AVM medhold i påstanden om annullation af udbuddet. Klager har således ikke godtgjort, at overtrædelsen har haft betydning for tilbudsgivernes afgivelse af tilbud eller har været udslagsgivende for udfaldet af tilbudsevalueringen, idet det er hævet over enhver tvivl, at BibMedia er udbuddets rette vinder.

Påstand 6 relaterer sig alene til evalueringen af tilbuddene for så vidt angår delaftale 3-8, og selv om AVM måtte få medhold i denne påstand, kan det således alene påvirke udbuddet af delaftale 3-8, men ikke delaftale 1 og 2. Igen skal det understreges, at der er tale om selvstændige og uafhængige aftaler.

Ad påstand 8

AVM har gjort gældende, at hvis klagenævnet giver AVM medhold i blot én af påstandene 1-6, men finder, at udbuddet ikke skal annulleres, jf. påstand 7, skal tildelingsbeslutningen annulleres. Hvis der gives medhold i en eller flere af påstandene 1-6, vil tildelingsbeslutningen være truffet på et uegnet grundlag, og den skal derfor annulleres. Klagenævnet kan annullere tildelingsbeslutningen for så vidt angår alle delaftalerne, subsidiært for delaftale 1 og 2

SKI har gjort gældende, at SKI af de grunde, som er anført ad påstand 1-6, ikke har overtrådt udbudsreglerne. Der er derfor ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

De hævdede overtrædelser i påstand 1 og 2 kan under alle omstændigheder alene føre til annullation af tildelingsbeslutningen vedrørende delaftale 1, og at de hævdede overtrædelser i påstand 1-3 er i hvert fald uden betydning i forhold til tildelingsbeslutningen vedrørende delaftale 3-8. Den hævdede overtrædelse i påstand 2 er under alle omstændigheder konkret uvæsentlig og kan derfor ikke føre til annullation af tildelingsbeslutningen.

Selv om klagenævnet mod forventning måtte give AVM medhold i påstand 5, kan klagenævnet ikke på det grundlag give AVM medhold i påstanden om annullation af tildelingen til BibMedia. Det ligger eksplicit i den nedlagte påstand, at overtrædelsen relaterer sig til, at SKI – efter AVM's opfattelse – har anført, at et tilbud kan blive afvist, hvis prisen er unormalt lav.

Allerede på grundlag af AVM's opfattelse – og formulering af påstanden – skulle SKI således ikke være forpligtet til at afvise BibMedias tilbud. Det følger også af udbudslovens § 169, at en ordregiver ikke er forpligtet til at afvise et tilbud, selv om ordregiveren vurderer, at det er unormalt lavt, medmindre det skyldes manglende overholdelse af miljø-, social- eller arbejdsretlige forpligtelser. Det betyder også, at uanset om klagenævnet skulle give AVM medhold i påstand 5, udgør dette ikke grundlag for at tilsidesætte tildelingen til AVM.

Påstand 6 relaterer sig alene til evalueringen af tilbuddene for så vidt angår delaftale 3-8 og er derfor uden betydning i forhold til tildelingsbeslutningen vedrørende delaftale 1 og 2.

Klagenævnet udtaler:

Sagens påstand 1 og 2 angår navnlig, om den omtvistede øst/vest-model og beskrivelsen heraf i udbudsmaterialet er i strid med de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudslovens § 2, der implementerer bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1, og modellens forenelighed med udbudslovens § 56, der implementerer dele af udbudsdirektivets artikel 27.

Det er klagenævnets vurdering, at sagens problemstillinger ikke giver anledning til en sådan tvivl om fortolkningsspørgsmål vedrørende de EU-retlige bestemmelser, der har betydning for sagens afgørelse, at der er grundlag for at forelægge spørgsmål herom for EU-Domstolen.

Klagenævnet har derfor besluttet ikke at foretage en sådan forelæggelse.

Ad påstand 1

I kendelsen af 29. maj 2020 om opsættende virkning udtalte klagenævnet bl.a.:

”Den udbudte rammeaftale er opdelt i 8 delaftaler, og tilbudsgiverne kunne afgive tilbud på en eller flere delaftaler, idet delaftale 1 og 2 dog er indbyrdes afhængige på den måde, at hvis en tilbudsgiver afgav tilbud på en af disse delaftaler, afgav tilbudsgiveren automatisk tilbud på begge delaftaler. Der kunne ikke tages forbehold herfor og således ikke alene

gives tilbud på den ene af de 2 delaftaler. SKI forventede at tildele kontrakten til én leverandør pr. delaftale, og samme leverandør kunne blive tildelt flere delaftaler.

SKI har i udbudsbetingelsernes pkt. 3.1.1 fastsat, at delaftale 1 og 2 (danske bøger og noder) udbydes som en såkaldt øst/vest-model, hvilket betyder, at delaftale 1 (Østdanmark) skal tildeles en leverandør og delaftale 2 (Vestdanmark) en anden leverandør, men at de samme tilbudte priser vil være gældende for alle kunder, uanset om kunderne er beliggende i Øst- eller Vestdanmark. Tilbudsgiverne skulle afgive priser på avance og klargøring, som skulle være de samme for både delaftalen for Østdanmark og delaftalen for Vestdanmark. Tilbudsgiveren, der afgav det økonomisk mest fordelagtige tilbud, blev tildelt delaftale 2. Tilbudsgiveren, der afgav tilbuddet med den næstlaveste pris, blev tilbudt at blive leverandør på delaftale 1. Denne tilbudsgiver skulle dog acceptere, at tildelingen forudsatte, at tilbudsgiveren skal levere rammeaftalens produkter og ydelser til kunderne i Østdanmark til samme priser, som tilbudsgiveren med det økonomisk mest fordelagtige tilbud, har tilbudt og skal levere til i Vestdanmark.

BibMedia afgav tilbuddet med de laveste priser på delaftale 1 og 2, og SKI har derfor tildelt BibMedia delaftale 2, mens SKI i overensstemmelse med udbudsbetingelserne har tilbudt AVM, der som den eneste anden tilbudsgiver afgav tilbuddet med de næstlaveste priser, delaftale 1 på betingelse af, at AVM leverer til samme lavere priser, som BibMedia tilbød. Dette har AVM accepteret.

Der er tale om et offentligt udbud, og når først tilbudsgiveren har afgivet sit tilbud, kan tilbuddet i princippet ikke ændres, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller på tilbudsgiverens initiativ. Principperne om ligebehandling og gennemsigtighed er således i forbindelse med et offentligt udbud til hinder for enhver form for forhandling mellem den ordregivende myndighed og en tilbudsgiver.

Hvis en tilbudsgiver efter henvendelse fra ordregiveren får mulighed for at ændre (nedsætte) den tilbudte pris til en nærmere bestemt lavere pris, indebærer det en mulighed for, at tilbudsgiveren ændrer et væsentligt vilkår i sit tilbud, nemlig den eksakte tilbudssum, som er indeholdt i det oprindelige tilbud, på en måde, som er til gunst for ordregiveren, og som giver tilbudsgiveren mulighed for at forbedre sin pris og dermed sit tilbud med henblik på at blive tildelt kontrakten. En sådan fremgangsmåde vil efter sædvanlig praksis være i strid med forbuddet mod forhandling.

Spørgsmålet er, om det forhold, at en sådan fremgangsmåde i det foreliggende udbud er beskrevet i udbudsbetingelserne, medfører, at fremgangsmåden i dette tilfælde kan anses for at være i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og dermed er lovlig.

Klagenævnet finder, at forbuddet mod forhandling i et offentligt udbud ikke kan fraviges alene på grundlag af, at SKI har beskrevet øst/vest-modellen i udbudsbetingelserne som sket. Udbudsloven indeholder i øvrigt hjemmel til en række forskellige fleksible udbudsformer, og SKI har ikke sandsynliggjort, at det ikke var muligt at opnå den ønskede fleksibilitet og på den måde tilgodese de hensyn, som SKI har gjort gældende, er baggrunden for modellen.

Efter det anførte finder klagenævnet efter en foreløbig vurdering, at der er udsigt til, at AVM vil få medhold i påstanden.”

SKI har efter kendelsen nærmere beskrevet, at hovedhensynet med øst/vest-modellen er at sikre en effektiv konkurrence både ved det aktuelle udbud og ved fremtidige udbud. SKI har desuden haft en interesse i at sikre, at SKI's kunder vil kunne købe samme ydelser til samme priser, uanset hvor i landet de hører hjemme.

Udbuddet blev gennemført som et offentligt udbud, og SKI havde fastsat, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud ville blive identificeret på grundlag af tildelingskriteriet Pris. Et sædvanligt ”udbudsdesign”, dvs. et udbud uden øst/vest-modellen, ville indebære, at ordregiveren 1) beskriver, hvad man skal have, 2) får tilbud på det, man har bedt om, 3) skal vælge, hvilket tilbud der er det bedste (her: tilbuddet med den laveste pris) og 4) herefter acceptere tilbuddet (eller forkaste) dette. Øst/vest-modellen bryder med det sædvanlige udbudsdesign på den måde, at SKI ikke (umiddelbart) tildeler BibMedia, der har afgivet tilbuddet med den laveste pris på delaftale 1 og 2, begge delaftaler, men kun delaftale 2, mens delaftale 1 tilbydes til AVM, der har afgivet tilbuddet med den næstlaveste pris. AVM kan ikke ”forhandle” sig til et andet resultat, men det kan SKI, idet AVM ved at acceptere SKI's tilbud om delaftale 1 skal nedsætte sine priser. Denne forhandling finder tilmed sted i en situation, hvor AVM kan se, hvad der skal til for at få ordren, og et afslag på SKI's tilbud vil i realiteten medføre, at AVM ikke opnår nogen markedsandel på de udbudte ydelser.

På denne baggrund og af de grunde, som klagenævnet i øvrigt har anført ved afgørelsen af anmodningen om opsættende virkning, finder klagenævnet, at

SKI med øst/vest-modellen har overtrådt ligebehandlingsprincippet. Det kan ikke føre til et andet resultat, at øst/vest-modellen er beskrevet i udbuds-betingelserne og i øvrigt har været oplyst for de økonomiske aktører, som deltog i markedsdialogen forud for udbuddet.

SKI har anført, at ingen andre udbudsmodeller er egnede til at opfylde de (hoved)formål ved øst/vest-modellen, som SKI har oplyst, nemlig på en og samme tid at sikre en effektiv konkurrence ved det aktuelle udbud og ved fremtidige udbud og at sikre, at SKI's kunder vil kunne købe samme ydelser til samme priser, uanset hvor i landet de hører hjemme. Det kan imidlertid ikke medføre, at øst/vest-modellen er lovlig ved det gennemførte offentlige udbud. Klagenævnet bemærker i øvrigt, at de dele af modellen, der er i strid med forhandlingsforbuddet som fastslået ovenfor, reelt alene kan anses for at være begrundet i det økonomiske og administrative hensyn at opnå ens (laveste) priser ved de to forskellige delaftaler.

Som påstandene er formuleret, har klagenævnet ikke anledning til at tage stilling til, om der reelt er foretaget et selvstændigt udbud af delaftale 1. Klagenævnet bemærker herved, at den pris, som AVM tilbød på delaftale 1, som skulle være identisk med prisen på delaftale 2, ikke spillede anden rolle ved tildelingen af denne rammeaftale end at fastslå, at tilbuddet ikke havde den laveste pris i relation til delaftale 2, hvilket bevirkede, at det var AVM, der i første række ville få tilbudt delaftale 1 med den pris, som BibMedia havde tilbudt og opnået tildeling på grundlag af i relation til delaftale 2.

Klagenævnet tager herefter påstanden til følge.

Ad påstand 2

I kendelsen af 29. maj 2020 om opsættende virkning udtalte klagenævnet:

”AVM har gjort gældende, at SKI har handlet i strid med udbudslovens § 49, stk. 3, ved ikke at beskrive i udbudsbekendtgørelsen, hvordan delaftale 1 og 2 tildeles, men alene omtale dette i udbudsbetingelserne.

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at rammeaftalen er opdelt i 8 delaftaler, at kontrakten tildeles én leverandør pr. delaftale, og at der kunne afgives tilbud på alle delaftaler. Øst/vest-modellen for delaftale 1 og 2 er ikke beskrevet i udbudsbekendtgørelsen.

Efter beskrivelsen af øst/vest-modellen i udbudsbetingelserne er hovedreglen, at den samme tilbudsgiver kun får tildelt én af de to delaftaler. Hvis tilbudsgiveren med den næstlaveste tilbudte pris ikke accepterer at blive leverandør i Østdanmark, går muligheden videre til tilbudsgiveren med den tredjelaveste tilbudte pris, som ligeledes skal acceptere, at tildelingen som leverandør i Østdanmark forudsætter, at tilbudsgiveren skal levere rammeaftalens produkter og ydelser til kunderne i Østdanmark til præcis samme priser, som tilbudsgiveren med den laveste pris har tilbudt og skal levere til i Vestdanmark. Kun hvis rækken af tilbudsgivere med konditionsmæssige tilbud udtømmes, og der ikke iblandt disse findes en leverandør til Østdanmark, vil tilbudsgiveren, som tildeles Vestdanmark, også blive tildelt Østdanmark.

Selv om det således er muligt, at tilbudsgiveren med den laveste tilbudte pris også bliver tildelt delaftale 1, finder klagenævnet, at hovedreglen i øst/vest-modellen for delaftale 1 og 2, hvis samlede anslåede værdier udgjorde 728 mio. kr., skulle have været beskrevet i udbudsbekendtgørelsen, jf. udbudslovens § 49, stk. 3, nr. 3.

Efter en foreløbig vurdering er der herefter udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.”

Parterne har ikke efter delkendelsen gjort yderligere anbringender gældende til støtte for påstanden. Af de grunde, der er anført i kendelsen, tager klagenævnet herefter påstanden til følge.

Ad påstand 3

Efter udbudslovens § 49, stk. 1, kan en ordregiver udbyde særskilte delkontrakter i stedet for at udbyde en samlet kontrakt. Bestemmelsen fastlægger ikke, hvordan en ordregiver i øvrigt skal tilrettelægge udbuddet af eventuelle delkontrakter.

I udbudsmaterialet var det klart beskrevet, at tilbud på delaftale 1 og 2 kunne resultere i tildeling af delaftale 2 eller både delaftale 1 og 2, og SKI har ubestridt anvendt modellen i overensstemmelse med beskrivelsen.

Gennemsigtighedsprincippet er derfor ikke overtrådt som påstået.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 4

I kendelsen af 29. maj 2020 om opsættende virkning udtalte klagenævnet:

”Efter udbudsbetingelsernes pkt. 8.1.2 skulle hver enkelt varelinje på del-aftalen evalueres for sig med en økonomisk ramme på 50 %. Laveste pris på varelinjen fik 5 point og laveste pris + 50 % fik 1 point. Tilbudspriser inden for den økonomiske ramme skulle tildeles point på baggrund af en lineær interpolering mellem 1 og 5 point.

SKI fastsatte i pkt. 8.1.2.1 følgende tilpasningsmodeller:

”...

Tilpasningsmodel 1: ...

Såfremt ovenstående evalueringsmodel medfører, at der inden for den enkelte varelinje er mere end halvdelen af tilbudsgivernes tilbudte priser (inkl. den laveste pris) på varelinjen, der falder uden for den økonomiske ramme på laveste pris tillagt 50 %, skal evalueringsmodellen tilpasses som følger:

For den enkelte varelinje, hvor ovenstående objektive betingelser for tilpasning er opfyldt, skal evalueringen foretages med en økonomisk ramme på 75 %.

Hver enkelt varelinje evalueres for sig efter en økonomisk ramme på 75 %. Laveste pris på varelinjen får 5 point og laveste pris + 75 % får 1 point. Tilbudspriser inden for den økonomiske ramme tildeles point på baggrund af en lineær interpolering mellem 1 og 5 point.

Tilbudspriser der ligger ud over den økonomiske ramme får på varelinjen tildelt 1 point.

Tilpasningsmodel 2: ...

Såfremt ovenstående evalueringsmodel medfører, at der inden for den enkelte varelinje er mere end halvdelen af tilbudsgivernes tilbudte priser på varelinjen (inkl. den laveste pris), der falder uden for den økonomiske ramme på laveste pris tillagt 75 %, skal evalueringsmodellen tilpasses, således at evalueringen foretages med en økonomisk ramme på 100 %.

For den enkelte varelinje, hvor ovenstående objektive betingelser for tilpasning er opfyldt, skal evalueringen foretages med en økonomisk ramme på 100 %.

Hver enkelt varelinje evalueres for sig efter en økonomisk ramme på 100 %. Laveste pris på varelinjen får 5 point og laveste pris + 100 % får 1 point. Tilbudspriser inden for den økonomiske ramme tildeles point på baggrund af en lineær interpolering mellem 1 og 5 point.

Tilbudspriser der ligger ud over den økonomiske ramme får på varelinjen tildelt 1 point.

...

For begge tilpasningsmodeller var det således fastsat, at tilbud med priser, der lå ud over den økonomiske ramme (laveste pris + henholdsvis 75 % og 100 %), ville få tildelt 1 point på varelinjen. En tilsvarende ”opsamling” er ikke fastsat i pkt. 8.1.2 om den økonomiske ramme på 50 %.

Ved udbuddet modtog SKI kun tilbud fra BibMedia og AVM, og parterne er enige om, at tilpasningsmodellerne med de økonomiske rammer på henholdsvis 75 % og 100 % derfor ikke finder anvendelse, jf. formuleringen ”mere end halvdelen af tilbudsgivernes tilbudte priser”.

SKI har bekræftet, at alle delkontrakter er evalueret efter den primære evalueringsmodel baseret på en lineær model med en økonomisk ramme på 50 %. I de tilfælde, hvor prisdifferencen mellem de modtagne tilbud er mere end 50 %, har tilbudsgiveren med laveste pris fået 5 point og den anden tilbudsgiver 1 point.

Klagenævnet finder ud fra en foreløbig vurdering ikke grundlag for at konstatere, at SKI ved den anvendte evalueringsmodel har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og udbudslovens § 160, stk. 1. Klagenævnet har i den forbindelse lagt vægt på, at SKI har fulgt den primære model for tildeling af point med en økonomiske ramme på 50 %, selv om tilbudspriserne på nogle varelinjer var højere end laveste pris + 50 %. Dette var i overensstemmelse med ”opsamlingen” under tilpasningsmodellerne. Tilbuddene er derved evalueret på en måde, som er inden for rammerne af den beskrevne evalueringsmetode i udbudsbetingelserne og intentionerne bag den valgte model. Fordi der kun blev afgivet to tilbud, og fordi BibMedia tilbød meget lave priser på i hvert fald 5 varelinjer, har den valgte evalueringsmodel – som AVM har illustreret ved eksempler – reelt ikke kunnet afspejle den store forskel mellem tilbuddene på varelinjerne. Dette har dog alt andet lige haft den betydning, at AVM har fået tildelt et højere pointtal for sit tilbud, end tilbuddet egentlig berettigede til. Evalueringsmodellen har derfor konkret været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

På denne baggrund, og da den beskrevne evalueringsmodellen ikke har givet SKI et frit valg ved evalueringen af tilbuddene, er der efter en foreløbig vurdering ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.”

Det var i udbudsbetingelserne som den primære evalueringsmodel fastsat, at ”Laveste pris på varelinjen får 5 point og laveste pris + 50 % får 1 point.” Denne bestemmelse kan læst i sammenhæng med den øvrige beskrivelse af pointmodellen ikke naturligt forstås på anden måde end, at der alene gives point i spandet mellem 1 og 5, og herunder at der gives 1 point til tilbudte priser, der er lig med eller dyrere end $1\frac{1}{2}$ gange den laveste tilbudte pris, medmindre de særlige bestemmelser om tilpasning af evalueringsmodellen finder anvendelse. Med denne bemærkning og i øvrigt af de grunde, der er anført i delkendelsen, tager klagenævnet ikke påstanden til følge. Det, som AVM yderligere har gjort gældende, kan herefter ikke føre til en anden vurdering.

Ad påstand 5

I kendelsen af 29. maj 2020 om opsættende virkning udtalte klagenævnet:

”Af udbudsbetingelsernes pkt. 9.2.4 fremgår bl.a.:

”Tilbudsgiver gøres særligt opmærksom på, at det er tilbudsgiver, der bærer den fulde kommercielle risiko for prissætningen i tilbuddet og den efterfølgende økonomiske balance under Rammeaftalen, jf. også nærmere i Rammeaftalens punkt 3.

Såfremt et tilbud forekommer unormalt lavt – eller priser på ydelser forekommer unormalt lave – tager SKI forbehold for at anmode en tilbudsgiver om indenfor en passende frist at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet, herunder delpriserne for visse ydelser efter proceduren om unormalt lave tilbud, jf. udbudslovens § 169.”

BibMedia afgav tilbud på 5 varelinjer med en pris på hver 0,01 kr. Dette var åbenbart unormalt lave tilbud på disse varelinjer, og SKI henvendte sig til BibMedia i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes pkt. 9.2.4 og anmodede om en redegørelse. Det kan konstateres, at SKI på grundlag af redegørelsen ikke fandt anledning til at afvise BibMedias tilbud, jf. udbudslovens § 169.

AVM har gjort gældende, at SKI med udbudsbetingelsernes pkt. 9.2.4 har påtaget sig en forpligtelse til at foretage vurderingen af tilbuddet på varelinjeniveau og dermed en mulighed for at anse et tilbud for unormalt lavt på varelinjeniveau.

Efter ordlyden af udbudsbetingelsernes pkt. 9.2.4 handler bemærkningen om unormalt lave priser alene om, at SKI gør opmærksom på, at SKI kan indhente en redegørelse, hvis tilbuddet forekommer unormalt lavt – eller priser på delydelser forekommer unormalt lave. Bemærkningen pålægger ikke SKI en forpligtelse til at indhente redegørelser i et videre omfang end det, der følger af udbudslovens § 169. Bemærkningen handler efter sin ordlyd og placering i udbudsmaterialet ikke om, hvordan SKI kan eller skal vurdere tilbud, ligesom den ikke handler om de rettigheder og forpligtelser, som en ordregiver har i relation til unormalt lave tilbud.

Tilbudsgiverne har således ikke været afskåret fra at afgive strategiske tilbud med meget lave priser på nogle af varelinjerne, men SKI har da været berettiget til at indhente en redegørelse, som det er sket i forhold til BibMedia.

Efter en foreløbig vurdering er der herefter ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.”

Af de grunde, der er anført i klagenævnets delkendelse, og da det, AVM har i øvrigt har gjort gældende, ikke giver klagenævnet grundlag for en anden vurdering, tager nævnet ikke påstanden til følge.

Ad påstand 6

Klagenævnet lægger til grund, at SKI har evalueret tilbuddene på delaftale 3-8 i overensstemmelse med den oplyste evalueringsmodel i udbudsbetingelserne, og SKI har ikke været berettiget til at anvende en anden model.

SKI har ved fastlæggelsen af evalueringsmetoden benyttet sig af vægtninger på grundlag af det forventede indkøbsvolumen. Der tilkommer ordregiveren et vidt skøn ved fastlæggelsen af evalueringsmodellen, og den konkrete vægtning af de enkelte varelinjers betydning er da heller ikke anfægtet. AVM's indsigelse relaterer sig alene til synspunktet om, at modellen ikke er egnet til at afspejle beløbsmæssige forskelle mellem tilbuddene på de enkelte varelinjer.

SKI har i anledning af klagen foretaget en beregning af en evalueringsteknisk sumpris baseret på de afgivne tilbudspriser og de fastsatte vægte. AVM har haft indsigt i alle enhedspriser på delaftale 1 og 2, men ikke enhedspriserne på delaftalerne 3-8. Klagenævnet har haft indsigt i alle enhedspriserne. Beregningen viser for alle delaftaler, at også de vægtede evalueringstekniske totalpriser fra BibMedia er lavere end AVM's priser. BibMedias tilbud er

således billigst ved en evaluering i overensstemmelse med modellen i udbudsbetingelserne og ved en evaluering efter denne model, som AVM har argumenteret for.

Da den anvendte evalueringsmodel herefter konkret har været egnet til at identificere tilbuddet med det økonomisk mest fordelagtige tilbud, har SKI ikke handlet i strid med ligebehandlingsprincippet.

Klagenævnet tager derfor ikke påstanden til følge.

Ad påstand 7

Da SKI har indgået kontrakter med BibMedia om delaftalerne 2-8 og med AVM om delaftale 1, er udbuddet afsluttet. En annullation af udbuddet giver derfor på nuværende tidspunkt ingen mening.

Klagenævnet tager herefter ikke påstanden til følge.

Ad påstand 8

Klagenævnet har taget AVM's påstand 1 og 2 til følge på baggrund af den anvendte øst/vest-model og dens manglende beskrivelse i udbudsbekendtgørelsen. Øst/vest-modellen indgår ikke i delaftalerne 3-8, og klagenævnet tager allerede derfor ikke annullationspåstanden til følge i forhold til delaftalerne 3-8.

Øst/Vest-modellen udgjorde grundlaget for afgivelse af tilbud på både delaftale 1 og 2. Tilbudsgiverne skulle således afgive ens priser på delaftalerne. Som følge af den indbyrdes sammenhæng mellem delaftalerne, og det, som klagenævnet har anført ad påstand 1, tager klagenævnet annullationspåstanden til følge i forhold til delaftale 1 og 2.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. udbudslovens § 2, stk. 1, og med udbudslovens § 56 ved at anvende en fremgangsmåde for tildeling af delaftale 1 og 2, hvorefter den tilbudsgiver, der har afgivet det næstbedste tilbud, kan ændre sit tilbud

efter tilbudsfristen og derefter blive tildelt delaftale 1.

Ad påstand 2

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S har handlet i strid med udbudslovens § 49, stk. 3, ved ikke at beskrive i udbudsbekendtgørelsen, hvordan delaftale 1 og 2 tildeles, men alene omtale dette i udbudsbetingelserne.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 3, 4, 5, 6 og 7.

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S' beslutning af 21. april 2020 om at indgå delaftale 2 med BibMedia A/S og delaftale 1 med Audio Visionary Music A/S annulleres.

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse i sagsomkostninger til Audio Visionary Music A/S betale 70.000 kr.

Klagegebyret tilbagebetales.

Nikolaj Aarø-Hansen

Erik P. Bentzen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig