

Klagenævnet for Udbud

(Kirsten Thorup, Morten Juul Nielsen,
Pernille Hollerup, Christian Lund Hansen)

J.nr.: 22/14577

11. maj 2023

K E N D E L S E

Dustin A/S

(cand.merc.jur. Emil Schütze, København)

mod

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

(advokat Malene Roose Bagh og erhvervsjuridisk rådgiver Malene Gry-Jensen, København)

Intervenient:

Comm2IG A/S

(advokat Anders Birkelund Nielsen og advokat Carsten Sommer Andersen, København)

INDHOLDSFORTEGNELSE

1. INDLEDNING OG PÅSTANDE	4
2. SAGENS OMSTÆNDIGHEDER	8
2.1 Nærmere ad påstand 1	10
2.2 Nærmere ad påstand 2	12
2.3 Nærmere ad påstand 3	15
2.4 Nærmere ad påstand 4	17
2.5 Nærmere ad påstand 5 og 6	20
2.6 Nærmere ad påstand 7	22
2.7 Nærmere ad påstand 11 og 12	25
2.7.1 Ad henvisning til produkter og varemærker i delaftale 1 (påstand 11).....	25
2.7.2 Ad fabrikater og varemærker i delaftale 2 (påstand 12)	26
2.8 Nærmere ad påstand 13 og 14	27
2.8.1 Ad påstand 13, delaftale 1, Krav til CPU'ernes TDP	31
2.8.2 Ad påstand 14, delaftale 2, Krav om seneste lancerede generation af CPU'er	32
2.8.3 Ad påstand 14, delaftale 2, Krav til computernes vægt	33
3. ANBRINGENDER	34
3.1 Parternes anbringender ad påstand 1	34
3.2 Parternes anbringender ad påstand 2-7 (generelt) og 8-9	45
3.3 Parternes anbringender særligt ad påstand 2	49
3.4 Parternes anbringender særligt ad påstand 3	51
3.5 Parternes anbringender særligt ad påstand 4	54
3.6 Parternes anbringender særligt ad påstand 5	56
3.7 Parternes anbringender særligt ad påstand 6	59
3.8 Parternes anbringender særligt ad påstand 7	61
3.9 Parternes anbringender ad påstand 10	63
3.10 Parternes anbringender ad påstand 11 og 12	69
3.11 Parternes anbringender ad påstand 13 og 14	78
3.12 Parternes anbringender ad påstand 15 og 16	85
4. RETSGRUNDLAGET	85
5. KLAGENÆVNETS BEGRUNDELSE OG RESULTAT	96
5.1 Ad påstand 1	96
5.2 Ad påstand 2	97

5.3 Ad påstand 3.....	98
5.4 Ad påstand 4.....	100
5.5 Ad påstand 5.....	100
5.6 Ad påstand 6.....	102
5.7 Ad påstand 7.....	104
5.8 Ad påstand 8 og 9.....	105
5.9 Ad påstand 10.....	106
5.10 Ad påstand 11 og 12:.....	108
5.11 Ad påstand 13 og 14:.....	108
5.12 Ad påstand 15 og 16:.....	112
6. KONKLUSION.....	113

1. INDLEDNING OG PÅSTANDE

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 107-296365 af 30. maj 2022, offentliggjort den 3. juni 2022, udbød Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI) som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale vedrørende computere og it-tilbehør til administrativt brug og skolebrug. Rammeaftalen var opdelt i delaftale 1, der omfatter computere til administrative arbejdspladser, og delaftale 2, der omfatter basis- og skolecomputere. Hver delaftale skulle tildeles én leverandør.

I udbudsbekendtgørelsen var den anslåede værdi af begge delaftaler angivet til at være i alt 3,237 mia. kr. Den maksimale værdi var angivet til at være i alt 4,657 mia. kr.

Tildelingskriteriet var Pris.

Udbuddet blev gennemført ved brug af det elektroniske udbudssystem ETHICS.

Ved udløbet af tilbudsfristen den 13. juli 2022 havde SKI modtaget tilbud fra fire tilbudsgivere på delaftale 1 og tre tilbudsgivere på delaftale 2, herunder for begge delaftalers vedkommende fra Dustin A/S (Dustin) og Comm2IG A/S (Comm2IG).

Den hidtidige leverandør, Dustin, hvis tilbud ubestridt var ukonditionsmæssige, idet der alene var uploadet tomme dokumenter, blev ikke tildelt delaftalerne. Ved brev af 16. august 2022 meddelte SKI desuden Dustin, at SKI havde tildelt delaftalerne til Comm2IG.

Den 26. august 2022 indgav Dustin klage til Klagenævnet for Udbud over SKI. Dustin 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 12. september 2022 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Delaftalerne blev herefter indgået den 15. september 2022.

Klagen har været behandlet skriftligt.

Dustin har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at forlænge fristen for afgivelse af tilbud via bekendtgørelse om supplerende oplysninger, der først blev sendt til EU's publikationskontor efter den gældende tilbudsfrists udløb.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved efter offentliggørelsen af udbuddet at have foretaget en grundlæggende ændring af udbudsmaterialet i form af en ændring af Leveringskontrakterne for delaftale 1 og 2, afsnit 3.2.8.1.1.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved efter offentliggørelsen af udbuddet at have foretaget en grundlæggende ændring af udbudsmaterialet i form af en ændring af Kravspecifikationen for delaftale 1, pkt. 6.19.1.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved efter offentliggørelsen af udbuddet at have foretaget en grundlæggende ændring af udbudsmaterialet i form af en ændring af Kravspecifikationen for delaftale 1, pkt. 6.20.7 samt Tilbudslisten for delaftale 1.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved efter offentliggørelsen af udbuddet at have foretaget en grundlæggende ændring af udbudsmaterialet i form af en ændring af Kravspecifikationen for delaftale 2, pkt. 6.15.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, ved efter offentliggørelsen af udbuddet at have foretaget en grundlæggende ændring af udbudsmaterialet i form af en ændring af Kravspecifikationen for delaftale 2, pkt. 6.15.2.

Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, ved efter offentliggørelsen af udbuddet at have foretaget en grundlæggende ændring af udbudsmaterialet i form af en ændring af Kravspecifikationen for delaftale 2, pkt. 7.4.

Påstand 8

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved efter offentliggørelsen af udbuddet i relation til delaftale 1 at have foretaget flere ændringer af udbudsmaterialet, der samlet set må betragtes som en ændring af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

Påstand 9

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved efter offentliggørelsen af udbuddet i relation til delaftale 2 at have foretaget flere ændringer af udbudsmaterialet, der samlet set må betragtes som en ændring af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

Påstand 10

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2, og med udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2, ved at ændre væsentligt i grundlaget for tilbudsgivernes prissætning og dermed have foretaget en væsentlig ændring af udbudsmaterialet for delaftale 1 og 2 uden at forlænge fristen for modtagelse af tilbud tilstrækkeligt.

Påstand 11

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2 og med udbudslovens § 42 ved i de tekniske specifikationer for

delaftale 1 at henvise til bestemte fabrikater, hvilket kunstigt har begrænset konkurrencen og medvirket til at skabe ulovlige og ugenomsigtige krav til de udbudte varer.

Påstand 12

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudslovens § 2 og med udbudslovens § 42 ved i de tekniske specifikationer for delaftale 2 at henvise til bestemte fabrikater, hvilket kunstigt har begrænset konkurrencen og medvirket til at skabe ulovlige og ugenomsigtige krav til de udbudte varer.

Påstand 13

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at gennemføre den i udbudsbetingelserne beskrevne kontrol af Comm2IG A/S' tilbud på delaftale 1 og ved at tildele delaftale 1 til Comm2IG A/S på trods af, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte Kravspecifikationens punkt 6.1.

Påstand 14

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at gennemføre den i udbudsbetingelserne beskrevne kontrol af Comm2IG A/S's tilbud på delaftale 2 og ved at tildele delaftale 2 til Comm2IG A/S på trods af, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte Kravspecifikationens punkt 6.1 samt punkterne 6.15.1 og 6.15.2.

Påstand 15

Klagenævnet for Udbud skal annullere SKI's beslutning af 16. august 2022 om at tildele delaftale 1 til Comm2IG A/S i udbud nr. 2022/S 107-296365, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

Påstand 16

Klagenævnet for Udbud skal annullere SKI's beslutning af 16. august 2022 om at tildele delaftale 2 til Comm2IG A/S i udbud nr. 2022/S 107-296365, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 2.

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

Klagenævnet har den 7. september 2022 i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3, meddelt Comm2IG tilladelse til at indtræde i sagen til støtte for SKI.

2. SAGENS OMSTÆNDIGHEDER

Med udbud af rammeaftale 50.40 udbød SKI to komplekse delaftaler, der forpligtede en stor del af de offentlige ordregivere i Danmark til at gennemføre deres indkøb af computere og it-tilbehør via disse aftaler.

SKI udbød i første omgang rammeaftale 50.40 med en tilbudsphase fra den 8. april 2022 til den 16. maj 2022, med forventet tildeling den 2.-3. juni 2022 og med ikrafttræden den 7. september 2022. Ikrafttrædelsestidspunktet for rammeaftalen var fastsat til den 7. september 2022, da SKI's tidligere rammeaftale 50.40 udløb den 6. september 2022.

SKI annullerede dette første udbud den 31. maj 2022, få dage inden forventet tidspunkt for tildeling, da SKI fejlagtigt ikke havde forlænget tilbudsfristen via ændringsbekendtgørelse i TED, men alene via meddelelser i ETHICS.

SKI igangsatte genudbuddet samme dag og valgte ikke at forlænge tidspunktet for ikrafttræden den 7. september 2022.

Delaftale 1 er kendetegnet ved, at tilbudsgiverne generelt skal tilbyde alle de specificerede produkter i sortimentet fra to forskellige producenter, og at de samme to producenter skal anvendes på tværs af alle de tilbudte produkter, jf. pkt. 3.1 i Kravspecifikationen for delaftale 1.

Delaftale 2 er kendetegnet ved, at tilbudsgiverne skal tilbyde hver af de specificerede produkter i sortimentet fra tre forskellige producenter, men der er ikke krav om, at de samme tre producenter skal anvendes på tværs af alle tilbudte produkter, jf. pkt. 3.1 i Kravspecifikationen for delaftale 2.

Kravet om, at tilbudsgiverne skal kunne tilbyde produkter fra flere producenter, medfører, at det primært var forhandlere, som var potentielle tilbudsgivere.

Begge delaftaler henvendte sig ligeledes primært til forhandlere frem for producentledet, fordi der foruden computere og it-tilbehør også skulle leveres tilknyttede serviceydelser. Tilbudsgiverne havde således som udgangspunkt samme adgang til at vælge, hvilke producentmærker de ønskede at tilbyde, og adgang til de samme producenter i markedet.

I øvrigt fremgår det af udbudsbekendtgørelsen, at det var et minimumskrav til egnethed, at tilbudsgivere i seneste disponible regnskabsår skulle have haft en samlet omsætning på minimum 100 mio. kr. og en soliditetsgrad på minimum 15 %.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 5.2 fremgår:

”Rammeaftalen er en centralt koordineret aftale. Dette indebærer, at rammeaftalen omfatter en aftageforpligtelse for staten i medfør af cirkulære nr. 9749 af 2. september 2019 om indkøb i staten. En række institutioner, samt en række selvejende institutioner mv., hvis bevilling er optaget på finansloven, er dog undtaget fra aftageforpligtelsen, og kan gøre brug af rammeaftalen frivilligt. De har således alene en ret til - men ikke en pligt til - at anvende rammeaftalen.

Rammeaftalen er endvidere en fælleskommunal og -regional aftale. Dette indebærer, at rammeaftalen omfatter en aftageforpligtelse for kommuner og regioner, der er abonnent hos SKI, og som har tilsluttet sig rammeaftalen. 84 kommuner og 1 region har tilsluttet sig. Videre har 13 øvrige offentlige myndigheder tilsluttet sig.”

Tilbudsfristen var i udbudsbekendtgørelsen fastsat til den 30. juni 2022.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 12 fremgår vedrørende tilbudsfrist:

”Sidste frist for elektronisk modtagelse af tilbud er den tilbudsfrist, som fremgår af ETHICS for nærværende udbud. Tilbud der modtages efter fristen, vil ikke blive taget i betragtning.”

Ved tilbudsfristens udløb den 13. juli 2022, kl.18.00, havde SKI som anført modtaget fire tilbud på delaftale 1 og tre tilbud på delaftale 2.

I øvrigt havde en række andre virksomheder – uden dog at afgive tilbud – oprettet sig i ETHICS. Dustin har under klagesagen præsenteret og nærmere

beskrevet en række af disse – efter Dustins opfattelse – potentielle tilbudsgivere.

På delaftale 1 havde SKI modtaget tilbud fra følgende tilbudsgivere: Atea A/S, Comm2IG, Dustin og Prosac Productos SL.

Tilbuddene på delaftale 1 blev modtaget på følgende tidspunkter:

- Dustin: 8. juli 2022, kl. 15:17
- Atea A/S: 12. juli 2022, kl. 17:38
- Comm2IG: 13. juli 2022, kl. 16:02
- Prosac Productos SL (Provire SL): 13. juli 2022, kl. 17:56

Tilbuddet fra Prosac Productos SL blev vurderet ukonditionsmæssigt, idet der ikke i forbindelse med afgivelsen af tilbud var indleveret et udfyldt bilag med leverandørens tilbud.

På delaftale 2 havde SKI modtaget tilbud fra følgende tilbudsgivere: Atea A/S, Comm2IG og Dustin.

Tilbuddene på delaftale 2 blev modtaget på følgende tidspunkter:

- Dustin: 8. juli 2022, kl. 15:17
- Atea A/S: 12. juli 2022, kl. 17:38
- Comm2IG: 13. juli 2022, kl. 16:02

Dustin havde både for delaftale 1 og delaftale 2 indsendt et korrekt udfyldt ESPD. Dustin havde dog for så vidt angik begge delaftaler ikke udfyldt/indsendt det krævede bilag med leverandørens tilbud, idet der alene var uploadet ikke udfyldte tilbudslister til ETHICS, hvor bilaget skulle uploades. Tilbuddene var således ukonditionsmæssige.

2.1 Nærmere ad påstand 1

Forud for det udbud, der er omfattet af denne klagesag, havde SKI iværksat et offentligt udbud efter udbudsloven ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 073-194681 af 13. april 2022 af en tilsvarende rammeaftale opdelt i to delaftaler.

Dette udbud blev imidlertid annulleret, idet SKI ved en gennemgang den 31. maj 2022 blev opmærksom på, at der ikke var sket upload af flere ændringsbekendtgørelser i TED i forbindelse med gennemførte fristforlængelser. Den oprindeligt fastsatte tilbudsfrist var den 16. maj 2022. Da tilbudsfristen således i mere end 2 uger havde fremstået som udløbet i TED, vurderede SKI, at det var nødvendigt at annullere og genudbyde rammeaftalen.

Den 31. maj 2022 offentliggjorde SKI herefter følgende meddelelse på sin udbudsside:

”På grund af en teknisk fejl er SKI nødt til at annullere og genudbyde 50.40 Computere og it-tilbehør.

Det sker, fordi udbudsbekendtgørelsen i forbindelse med fristforlængelsen ikke er uploadet korrekt i TED. Derved har udbuddet stået til at være afsluttet i TED, hvorfor vi er nødsaget til at annullere og genudbyde.

SKI har genfremsendt udbudsbekendtgørelsen til TED, og derved kan materialet offentliggøres igen inden for 48 timer.

SKI har samtidig på baggrund af spørgsmål & svar benyttet lejligheden til at foretage en række justeringer af materialet og indarbejde nogle af de gode input, som potentielle tilbudsgivere i forbindelse spørgsmål/svar har indsendt i løbet af tilbudsfasen. De enkelte justeringer vil fremgå af dokumentet “Vejledning om rettelser i udbudsmaterialet”, som uploades i forbindelse med genudbuddet. Tilbudsgivere kan således fortsætte deres tilbudsarbejde ud fra det eksisterende tilbudsarbejde.

Den nye tilbudsfrist er den 30. juni 2022, kl. 13.00.

SKI forventer at gennemføre genudbuddet inden for den oprindelige tidsplan og fortsat sikre aftaledækning for de tilsluttede kunder pr. 7. september 2022.”

Tilbudsfristen den 30. juni 2022 blev ved en ændringsbekendtgørelse, som blev offentliggjort i ETHICS og afsendt til EU’s publikationskontor den 21. juni 2022 samt offentliggjort i TED den 24. juni 2022, forlænget til den 1. juli 2022.

Tilbudsfristen blev ved en ny ændringsbekendtgørelse, som blev offentliggjort i ETHICS og afsendt til publikationskontoret den 23. juni 2022 samt offentliggjort i TED den 28. juni 2022, igen forlænget, nu til den 5. juli 2022.

Den 4. juli 2022 meddelte SKI gennem ETHICS, at tilbudsfristen på ny blev forlænget, nu til den 11. juli 2022. Tilbudsfristen blev i overensstemmelse hermed opdateret i ETHICS.

Den 5. juli 2022 meddelte SKI gennem ETHICS, at tilbudsfristen igen blev forlænget, nu til den 12. juli 2022. Tilbudsfristen blev også i den forbindelse opdateret i ETHICS.

Den 6. juli 2022 sendte SKI en ændringsbekendtgørelse vedrørende fristforlængelserne den 4. og 5. juli 2022 til publikationskontoret.

Ligeledes den 6. juli 2022 forlængede SKI tilbudsfristen til den 13. juli 2022 i forbindelse med, at SKI uploadede opdaterede udbudsbetingelser med tidsplan for udbuddet i ETHICS. SKI afsendte også samme dato en ny ændringsbekendtgørelse til publikationskontoret herom.

Den 7. juli 2022 sendte SKI en ændringsbekendtgørelse vedrørende ændring af fristen for åbning af tilbud til publikationskontoret. Samtidig blev forlængelsen af tilbudsfristen til den 13. juli 2022 meddelt i ETHICS.

Den 11. juli 2022 blev en sammenskrivning af de tre seneste ændringsbekendtgørelser, afsendt den 6. og 7. juli 2022, offentliggjort i TED.

Der er herudover oplyst om ændringer af udbudsmaterialet ved meddelelser af 10., 21., 23., og 28. juni samt 4. juli 2022.

2.2 Nærmere ad påstand 2

I Kravspecifikationen for delaftale 1 hedder det i pkt. 6.17:

”7.17. Management

Alle leverede maskiner skal understøtte Out-of-Band management således at man kan fjern-supportere maskinen uden at operativsystemet er operationelt. Det kan eksempelvis være via Intel Active Management Platform, eller AMD Management Console. Out-Of-Band management skal også være tilgængeligt via integrations-plugin til Microsoft System Center Configuration Manager (MSCCM).

Det er et krav, at alle computerne skal være entydigt identificerbare via WMI (Windows Management Instrumentation). Maskinernes unikke serienummer og hardware-information skal kunne udlæses via WMI.”

I Kravspecifikationen for delaftale 2 hedder det i pkt. 6.12-6.14:

”6.12. Windows 10 Management

Det er et krav, at alle computere med Windows 10 skal være entydigt identificerbare via WMI. Maskinernes unikke serienummer og hardware-information skal kunne udlæses via WMI.

Det er et krav, at alle computere med Windows 10 understøtter Intune og Autopilot for no-touch enrollment.

6.13. Windows 11SE Management

Det er et krav, at alle bærbare med Windows 11SE understøtter Intune for Education.

6.14. Chromebook Management

Det er et krav, at alle bærbare med Chrome OS understøtter Zero-Touch Enrollment for Chromebooks”

I bilag E Leveringskontrakt, der foreligger i to versioner vedrørende henholdsvis delaftale 1 og 2, hed det ved udbuddets begyndelse enslydende blandt andet:

”3.2.8 Produktdokumentation – Asset Management

Leverandøren skal ved samtlige leverancer levere følgende oplysninger pr. Produkt, til brug for Kundens asset management af Produkter anskaffet under Rammeaftalen, herunder computere, jf. bilag B, afsnit 6, og tilbehør, jf. bilag B, afsnit 7. Det er udelukkende oplysningerne i kolonnen til venstre benævnt ’Feltnavn’, som skal leveres. Kolonnen til højre benævnt ’Beskrivelse’ er vejledning til Leverandøren i angivelse af de krævede oplysninger.

Feltnavn	Beskrivelse
Produktnavn	Produktets navn, som er identisk med Produktets navn i Ekataloget
Produktnummer	Produktnummer, som er identisk med Produktnummeret i Ekataloget
Serienummer	Produktets unikke serienummer.
Modelnummer	Produktets unikke modelnummer.
UUID	Produktets unikt genererede identifikationsnummer, benævnt “Universally unique identifier” (UUID) eller “Globally unique identifier” (GUID).
UUID HR	Produktets ”human readable” UUID

Windows Autopilot Device Identitet	Produktets unikke Windows Autopilot device ID, såfremt Produktet supporteres og dette derfor er muligt.
MAC-adresse	Produktets unikke ”media access control address”.
Fakturanummer	Leverandørens fakturanummer, som oplyst i fakturaen, jf. bilag E punkt 8.1.2.
Leverings-/garantidato	Præcis og endelig leveringsdato (dd-mm-åååå), jf. bilag E punkt 3.2.
Garantiudløbsdato	Leveringsdato + garantiperiode + evt. tilkøb af forlænget garanti, jf. punkt 7.1
Rekvissionsnummer	Kundens rekvissionsnummer, som oplyst i bestillingen, jf. punkt 3.1.1.
Leveringsadresse(r)	Adressen/-erne hvor Produkterne er leveret, i henhold til det i bestillingen, jf. punkt 3.1.1.
Indkøbspris	Produktets indkøbspris
Kundespecifikt Asset ID	Kundespecifikt Asset ID

Leverandøren skal levere oplysningerne i det omfang, det er relevant for det pågældende Produkt. Leverandøren skal for eksempel ikke levere oplysninger om MAC-adresse for tasker såfremt dette ikke relevant.

Oplysningerne skal leveres enten i Excel-format (.xlsx-format eller .xls-format), i et semikolonsepareret format (.csv-format) og som et synkront API-kald. Oplysningerne skal være tilgængelige senest 1 uge efter leverance.

3.2.8.1.1 Excel-formatet

Følgende overskriftslinje skal inkluderes i toppen af Excel-filen og viser samtidig rækkefølgen af felterne:

Produktnavn	Produktnummer	Serienummer	Modelnummer	UUID	UUID HR	Windows Autopilot Device Identitet	MAC-adresse	Fakturanummer	Leverings-/Garantidato	Garantiudløbsdato	Rekvissionsnummer	Leverings-Adresse(r)	Indkøbspris	Kundespecifikt Asset ID
-------------	---------------	-------------	-------------	------	---------	------------------------------------	-------------	---------------	------------------------	-------------------	-------------------	----------------------	-------------	-------------------------

Bemærk, at overskriftslinjen kun skal optræde i toppen af Excel-filen, og at alle felterne i overskriftslinjen skal indgå.”

Under udbuddet blev der den 24. juni 2022 stillet og givet følgende spørgsmål og svar (spørgsmål 43):

”...

Leveringskontrakt punkt 3.2.8.1.1 Det fremgår af listen af informationer for rapporten at Autopilot Device Identitet skal inkluderes,	SKI har tilrettet punkt 3.2.8.1.1 og insat følgende tekst: <i>”Såfremt data ikke er tilgængeligt for nogle af</i>
--	---

men denne er ikke mulig for eksempelvis Chromebooks. Vil SKI udspecificere at det ikke gælder maskiner, som ikke understøtter Windows Autopilot?	<i>felterne og derfor ikke kan indsættes for bestemte Produkter, er Leverandøren fritaget for at udfylde disse felter"</i>
--	--

..."

Leveringskontrakterne blev i overensstemmelse hermed ændret, således at det herefter i pkt. 3.2.8.1.1 blandt andet hed:

"Bemærk, at overskriftslinjen kun skal optræde i toppen af Excel-filen, og at alle felterne i overskriftslinjen skal indgå. Såfremt data ikke er tilgængeligt for nogle af felterne og derfor ikke kan indsættes for bestemte Produkter, er Leverandøren fritaget for at udfylde disse felter."

De tilrettede leveringskontrakter blev herefter uploadet i ETHICS.

2.3 Nærmere ad påstand 3

I forbindelse med det første, annullerede udbud af rammeaftalen fremgik af kravspecifikationen til delaftale 1, at der vedrørende "desktops" var krav om, at USB-C-porte som minimum skulle være USB 3.1 af 2. generation og have en båndbredde på 10Gbit.

Under udbuddet blev der stillet og givet følgende spørgsmål og svar (spørgsmål 18):

"...

<p>Angående Desktops Krav til USB C hastighed: Nuværende krav: Antal USB-C-porte (USB 3.1 generation 2 båndbredde 10 GBit) (minimum)</p> <p>Spørgsmål: SKI opfordres til at ændre kravet til: *5Gb USB 3.1 Gen 1 Dette skal ses i lyset af, at en fastholdelse af kravet vil udelukke en væsentlig chipset producent og dermed skabe en monopollignende situation på desktops</p> <p>Endvidre gøres SKI opmærksom på, at de efterspørger minimum 2 chipsetproducenter via kravet til enten Intel, AMD eller tilsvarende.</p>	<p>Ski accepterer 5Gb USB 3.1 Gen 1 som minimum på alle Desktops. Bilag B - Kravspecifikation pkt. 6.18.2 er tilrettet.</p>
--	---

Vil SKI acceptere 5Gb USB 3.1 Gen 1 som minimum på ALLE Desktops ?	
...	

I forbindelse med genudbuddet var kravet til USB-C-porte formuleret således i kravspecifikationen til delaftale 1:

”6.19. Stationære computere

Der opereres med tre produktgrupper af Stationære computere; Ultra Small Form Factor (USFF), Small Form Factor (SFF), og Mini-Tower:

...

6.19.1. Underproduktgruppespecifikke krav

Tabellen nedenfor illustrerer de underproduktgruppespecifikke krav:

1 USFF

Produkt	Stationær 1
...	...
Antal USB-C-porte (USB 3.1 generation 2 båndbredde 5 GBit) (minimum)	2

...

2 SSF

Produkt	Stationær 2	Stationær 3
...
Antal USB-C-porte (USB 3.1 generation 1 båndbredde 5 GBit) (minimum)	2	2

...

3 Mini-Tower

Produkt	Stationær 4
...	...
Antal USB-C-porte (USB 3.1 generation 1 båndbredde 5 GBit) (minimum)	2

...”

Under genudbuddet blev der den 6. juni 2022 stillet og den 10. juni 2022 givet følgende spørgsmål og svar (spørgsmål 6):

” ...

<p>Stationær 1: USB C Porte Der står anført følgende: "Antal USB-C-porte (USB 3.1 generation 2 båndbredde 5 GBit) (minimum)" I forrige runde blev det accepteret, at USB 3.1 Generation 1 og ikke generation 2 kunne accepteres. SKI opfordres til igen at tilrette til generation USB 3.1 generation 1, hvilket også benyttes på stationær 2-4</p>	<p>Bilag B, Kravspecifikation er tilrettet, således at det præciseres at Generation 1 accepteres. Det er således fortsat 5 Gbit båndbredde som Leverandøren skal opfylde.</p>
---	---

...”

Den tilrettede kravspecifikation for delaftale 1 blev herefter uploadet i ETHICS.

I USB Implementers Forums retningslinjer for navngivning af USB 3.1 ("USB 3.1 Specification – Language Usage Guidelines from USB-IF") hedder det blandt andet:

“USB 3.1 Gen 1 and USB 3.1 Gen 2

The USB 3.1 specification identifies two transfer rates, USB 3.1 Gen 1 at 5Gbps and USB 3.1 Gen 2 at 10Gbps.

It is important that vendors clearly communicate the performance signaling that a product delivers in the product’s packaging, advertising content, and any other marketing materials.

- USB 3.1 Gen 1
 - o Product capability: product signals at 5Gbps
 - o Marketing name: SuperSpeed USB
 - o **NOTE:** USB 3.1 Gen 1 and USB 3.0 terms are synonymous
- USB 3.1 Gen 2
 - o Product capability: product signals at 10Gbps
 - o Marketing name: SuperSpeed USB 10Gbps”

2.4 Nærmere ad påstand 4

I udbudsbetingelserne hedder det i pkt. 4:

”4 Den udbudte genstand

Den udbudte rammeaftale vedrører levering af computere og it-tilbehør samt diverse serviceydelser i tilknytning hertil og er opdelt i to delaftaler:

- En delaftale, som vedrører levering af computere samt it-tilbehør til administrativt brug
- En delaftale vedrørende computere til skolebrug, basiscomputere til ikke-administrative medarbejdere samt tilhørende it-tilbehør

I begge delaftaler er der tilknyttede serviceydelser, som omfatter både stykbaserede ydelser såsom imagepålægning og køb af konsulenter på timebasis.

Krav til produkter og ydelser på delaftalerne fremgår i bilag B Kravspecifikation.

Sortimentet i delaftale 1 er struktureret således, at tilbudsgiver skal tilbyde hver enkelt af de specificerede produkter i sortimentet ved to forskellige producentmærker, samt at tilbudsgiver skal tilbyde samme to producentmærker på tværs af alle de specificerede Produkter. Kravet om producentmærke gælder dog ikke for netværkadaptere jf. kravspecifikationen bilag B pkt. 3.1.”

I Kravspecifikationen for delaftale 1 hedder det i pkt. 3.1:

”3.1. Krav om to gennemgående producenter

Det er et krav, at tilbudsgiver tilbyder hver enkelt af de specificerede Produkter i sortimentet ved to producentmærker, samt at tilbudsgiver skal tilbyde samme to producentmærker på tværs af alle de specificerede Produkter. Kravet om producentmærke gælder dog ikke for netværksadaptere, der er kravspecificeret i pkt. 7.5 samt NFC-kortlæsere, som er kravspecificeret i pkt. 6.20.7.”

Kravspecifikations pkt. 6.20.7 og 8 var før den omtvistede ændring formuleret således:

”6.20.7. NFC

Det er et krav, at de bærbare computere kan leveres med NFC-læser til autentifikation og indlæsning af anden data ved simpel aflæsning af chipkort.

6.20.8. NFC-læsere undtages for kravet om at alt udstyr leveres i samme producentmærke på tværs af produkter.Grafikkort

Det er et krav, at de stationære workstation computere kan leveres med grafikkort optimeret og med ekstra kraft til ...”

Ved meddelelse af 4. juli 2022 blev kravspecifikationen ændret, således at de pågældende punkter nu blev omformuleret:

”6.20.7. NFC

Det er et krav, at de bærbare computere kan leveres med NFC-læser til autentifikation og indlæsning af anden data ved simpel aflæsning af chipkort.

NFC-læsere undtages for kravet om at alt udstyr leveres i samme producentmærke på tværs af produkter.

6.20.8. Grafikkort

Det er et krav, at de stationære workstation computere kan leveres med grafikkort optimeret og med ekstra kraft til ...”

Forud for ændringen var feltet ”Producent” i tilbudslisten låst, således at tilbudslisten for produktrækkerne vedrørende ”NFC” blev automatisk udfyldt.

Ved ændringen blev de pågældende felter låst op, således at de frit kunne udfyldes med de af tilbudsgiverne valgte producentmærker.

I meddelelsen om ændringen, som blev sendt ud gennem ETHICS, hed det bl.a.:

”Kære Markedsaktører

SKI er blevet bekendt med, at der i Bilag C Leverandørens Tilbud, Delaftale 1, ikke er muligt at angive producentnavn manuelt for NCF-kortlæsere, som er undtaget kravet om to tværgående producentmærker, jf. Kravspecifikationens pkt. 3.1.

Såfremt der ønskes at tilbyde NFC-kortlæsere fra anden producent end de to tværgående producenter, kan dette angives i Kolonne Q ”Producentens Modelnavn”.

SKI beklager evt. forvirring som ovenstående kan have skabt.”

Som følge af ændringen forlængede SKI ved en ændringsbekendtgørelse, som blev sendt til publikationskontoret den 6. juli 2022, tilbudsfristen til den 13. juli 2022.

2.5 Nærmere ad påstand 5 og 6

I Kravspecifikationen for delaftale 2 hed det i pkt. 6.15:

”6.15. Bærbare computere

Det er et krav, at bærbare computere har et sammenklappeligt kabinet og er beregnede til mobilt brug, hvorfor de både indeholder batteri og medfølgende ekstern strømforsyning.

Der opereres med tre produktgrupper af bærbare computere; Notebooks, Touch og Chromebooks.

Det er et krav, at bærbare computere indeholder et integreret tastatur og skærm.

Det er et krav, at computere i produktgruppen Touch og Chromebooks leveres med en indbygget berøringsfølsom skærm der understøtter 10 fingre multi-touch i forhold til specifikationerne medmindre andet er anført i den underproduktspecifikke krav. Det er et krav, at bærbare computere med berøringsfølsomme skærme har skærmhængsler, der kan drejes mindst 300 grader (tablet-mode) medmindre andet er anført i den underproduktspecifikke krav.

Det er et krav, at computere i produktgruppen Notebooks leveres med et indbygget webcam (720p) i skærmen. Det er et krav, at computere i produktgrupperne Touch og Chromebooks leveres med 2 webcam (720p) - et på hver side af enheden i tablet-mode medmindre andet er anført i den underproduktspecifikke krav.”

For så vidt angår de underproduktspecifikke krav vedrørende bærbar 12-19 fremgik det af i Kravspecifikationens pkt. 6.15.2, at bærbar 12-15 skulle være forsynet med et webcam, hvorimod bærbar 16-19 skulle være forsynet med to webcams. Videre fremgik det, at bærbar 14, 15, 18 og 19 var i produktgruppen Chromebook, mens bærbar 16 og 17 var i produktgruppen touch. Bærbar 12 og 13 var i produktgruppen notebook.

For så vidt angår de underproduktspecifikke krav vedrørende bærbar 2-4 og 6-8 fremgik det af Kravspecifikationens pkt. 6.15.2, at kravet til batterikapacitet var 45 watt-timer (Wh).

Under udbuddet blev der den 22. og 23. juni 2022 stillet og givet følgende spørgsmål og svar (henholdsvis spørgsmål 37 og 42):

” ...

<p>Bilag B Kravspecifikation Delaftale 2 – Batterikapacitet: For Bærbare 2, 3, 4, 6, 7 og 8 er det et krav, at batterikapaciteten er på 45 Wh. Tilbudsgiver opfordrer Ordregiver til at ændre kravet fra 45 Wh til 41 Wh, så kravet svarer til kravet på delaftale 1. Hvis kravet ikke bliver ændret, vil endnu en producent ikke kunne byde på disse kategorier, og det vil dermed bliver svært hvis ikke umuligt for Tilbudsgivere at byde med tre forskellige producentmærker på Delaftale 2. Vil Ordregiver imødekomme denne opfordring?</p>	<p>Batterikapaciteten for bærbare 2,3,4,6,7 og 8 ændres fra 45 Wh til 41 Wh.</p>
<p>...</p>	<p>...</p>
<p>Kravspec. I første udbud, tilrettet SKI Chromebooks så bærbare 12-15 var clamshell og uden touch,. Tilbudsgiver bemærker nu at dette ikke er tilrettet i genudbuds materialet. Se evt svar 27 fra 20/4. Vil SKI venligst bekræfter om dette stadigvæk sådan som udbuddet skal afleveres, altså 2 clamshell uden touch, og 2 med flip/touch? Såfremt SKI beholder nuværende udformning ligger produktudvalget på Chromebooks meget langt væk fra det som skoler i dag leder efter.</p>	<p>SKI har præciseret teksten i Bilag B, pkt. 6.15, således at afsnittet stemmer overens med de underprodukt-specifikke krav i pkt. 6.15.2.</p>

...”

Kravspecifikation blev herefter ændret, således at pkt. 6.15 nu blev omformuleret:

”6.15. Bærbare computere

Det er et krav, at bærbare computere har et sammenklappeligt kabinet og er beregnede til mobilt brug, hvorfor de både indeholder batteri og medfølgende ekstern strømforsyning.

Der opereres med tre produktgrupper af bærbare computere; Notebooks, Touch og Chromebooks.

Det er et krav, at bærbare computere indeholder et integreret tastatur og skærm.

Det er et krav, at computere i produktgruppen Touch og Chromebook 18 og 19 leveres med en indbygget berøringsfølsom skærm der understøtter 10 finger multi-touch i forhold til specifikationerne. Det er et krav, at bærbare computere med berøringsfølsomme skærme har skærmhængsler, der kan drejes mindst 300 grader (tablet-mode) medmindre andet er anført i den underproduktspecifikke krav.”

Kravspecifikationen blev desuden ændret, således at kravet til batterikapacitet i de underproduktspecifikke krav i pkt. 6.15.2 vedrørende bærbar 2-4 og 6-8 blev ændret til 41 watt-timer (Wh).

I meddelelsen om ændringerne, som den 23. juni 2022 blev sendt ud gennem ETHICS, hed det bl.a.:

”Kære Markedsaktører

SKI har netop offentliggjort ny version af spørgsmål og svar. Følgende bilag er på baggrund af de modtagne spørgsmål blevet opdateret:

- Delaftale 2, Bilag B, Kravspecifikation (pkt. 6.15 og 6.15.2)
- Udbudsbetingelser, pkt. 6 Tidsplan

På baggrund af de foretagne tilrettelser forlænges tilbudsfristen til tirsdag d. 5. juli 2022, kl. 16:00.”

Ved ændringsbekendtgørelsen, som samme dag blev sendt til publikationskontoret, forlængede SKI tilbudsfristen som anført.

2.6 Nærmere ad påstand 7

I Kravspecifikationen for delaftale 2 hed det i pkt. 7 og 7.4:

”7 Tilbehør

...

Det er et krav, at alt tilbehør er originalt tilbehør fra producenten af den bærbare computer, medmindre andet er angivet for de konkrete produktgrupper.

...

7.4. Sleeves

Det er et krav, at sleeves er neoprenmateriale til bærbare computere.”

Under udbuddet blev der den 2. og 13. juni 2022 stillet og givet følgende spørgsmål og svar (henholdsvis spørgsmål 4 og 16):

”

<p>Sleeves er underlagt Originalitetskrav på delaftale 2, men ikke delaftale 1. Det er tilbudsgivers indtryk at flere computerproducenter ikke kan tilbyde sleeves. Derfor er det ikke muligt at tilbyde 3 sleeves fra producenten af computeren, som det er krævet. Da det er tilladt på delaftale 1 at byde ind med sleeves fra 3. parts, såfremt at original producenterne ikke kan tilbyde et sleeve, ønsker tilbudsgiver også at samme opsætning gør sig gældende på delaftale 2. Vil SKI acceptere dette?</p>	<p>SKI henleder opmærksomheden på, at definitionen på et producentmærke ikke er relateret til computerproducentmærker, men anvendes generelt i forhold til definitionen af producentmærker jf. Udbudsbetingelsernes pkt. 4.</p>
<p>...</p>	<p>...</p>
<p>I henhold til spørgsmål 4, er tilbudsgiver stadig usikker omkring svaret fra SKI. Tilbudsgiver er indforstået med konceptet af et producentmærke samt at der på delaftale 2 ikke skal bydes med de samme producentmærker på tværs af aftalen. I forhold til Delaftale 2, Bilag B, Kravspecifikation, punkt 7 Tilbehør er der angivet følgende: ”...Det er et krav, at alt tilbehør er originalt tilbehør fra producenten af den bærbare computer, medmindre andet er angivet for de konkrete produktgrupper” Fokus på</p>	<p>Bilag B, Kravspecifikation, pkt. 7.4 er tilpasset med tilføjelse af følgende tekst: "For sleeves gælder en undtagelse til kravet om, at alt tilbehør er originalt tilbehør fra producenten af den bærbare og stationære computer."</p>

<p>sidste del af citatet. I forhold til Delaftale 2, Bilag B, Kravspecifikation, punkt 7.4 Sleeves står der følgende; ”Det er et krav, at sleeves er neoprenmateriale til bærbare computere”. Der står altså intet om at Sleeves er undtaget for kravet om at være originalt tilbehør, fra en på Delaftale 2 tilbudt computerproducent. Tilbudsgiver ønsker derfor bekræftet, at tilbudte sleeves, skal være fra af en på delaftale 2 tilbudt computerproducent. Kan SKI bekræfte ovenstående, anmoder tilbudsgiver om at SKI tillader at teksten punkt 7.4 Sleeves, ændres således at det tillades at byde ind med 3. part sleeves, såfremt ingen af de på delaftale 2 tilbudte computerproducenter, kan tilbyde et sleeve, der lever op til de gældende kravspecifikationer. Tekstforslag: ”For sleeves gælder en undtagelse til kravet om, at alt tilbehør er originalt tilbehør fra producenten af de bærbare og stationære computere. I det omfang at producenten ikke selv producerer et givent produkt, er de tilladt at tilbyde et tredjepartsprodukt.”</p>	
---	--

...”

Kravspecifikationen blev herefter ændret, således at pkt. 7.4 nu blev omformuleret:

”7.4. Sleeves

Det er et krav, at sleeves er neoprenmateriale til bærbare computere.

For sleeves gælder en undtagelse til kravet om, at alt tilbehør er originalt tilbehør fra producenten af den bærbare og stationære computer.”

I meddelelsen om ændringen, som den 21. juni 2022 blev sendt ud gennem ETHICS, hed det bl.a.:

”Kære Markedsaktører

SKI har netop offentliggjort ny version af spørgsmål/svar. Spørgsmålene har givet anledning til enkelte, mindre tilretninger i kravspecifikation og tilbudsliste, hvorfor tilbudsfristen er forlænget til 1. juli 2022 kl. 13.00.

...

Følgende dokumenter er tilrettet i materialet:

- Bilag B Kravspecifikation for delaftale 1
- Bilag B Kravspecifikation for delaftale 2
- Bilag C Tilbudsliste for delaftale 2
- Udbudsbetingelser (pkt. 6 Tidsplan er opdateret)”

Ved ændringsbekendtgørelsen, som samme dag blev sendt til publikationskontoret, forlængede SKI tilbudsfristen som anført.

2.7 Nærmere ad påstand 11 og 12

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a. følgende i afsnit 4:

”SKI kan have henvist til standarder, fabrikater, varemærker eller patenter mv. i de tekniske specifikationer, jf. udbudslovens § 41, stk.1, nr. 2 og § 42. SKI har bestræbt sig på, at enhver sådan henvisning er efterfulgt af udtrykket eller tilsvarende. Såfremt en sådan henvisning ved en fejl ikke er efterfulgt af udtrykket eller tilsvarende, skal henvisningen dog i alle tilfælde forstås inklusive formuleringen eller tilsvarende. Det betyder, at tilbuddet skal være i overensstemmelse med standarden, fabrikatet, varemærket eller patentet mv., der henvises til, eller på tilsvarende måde opfylde de krav, som er angivet i eller udtrykt ved standarden, fabrikatet, varemærket eller patentet mv. Såfremt tilbuddet ikke er i overensstemmelse med standarden, fabrikatet, varemærket eller patentet mv., der henvises til, men opfylder kravene på tilsvarende måde, skal tilbudsgiver i sit tilbud med passende midler, herunder de bevismidler, der er nævnt i udbudslovens § 47, godtgøre, at tilbuddet på tilsvarende måde opfylder de krav, der er angivet i eller udtrykt ved standarden, fabrikatet, varemærket eller patentet mv.”

2.7.1 Ad henvisning til produkter og varemærker i delaftale 1 (påstand 11)

Dustin har opregnet, at SKI anvender fabrikater og varemærker til at definere krav til følgende dele af de udbudte produkter i delaftale 1:

”a) Krav om at alle computere skal leveres med et operativsystem fra Windows 10 eller tilsvarende, jf. kravspecifikationen pkt. 4.3.1 og 6.18.2.

b) Krav om at alle benyttede CPU’er skulle være fra producentens Business eller Entreprise serie, eksempelvis Intel VPro platform eller eksempelvis AMD Ryzen Pro Technologies platform, kravspecifikationen) pkt. 6.1.

c) Krav om at alle computere skal være identificerbare via Windows Management Instrumentation, jf. kravspecifikationen pkt. 6.17

d) Krav om at der skal anvendes virtualiseringsteknologien AMD-V eller Intel VT-x eller tilsvarende, jf. Kravspecifikationen pkt. 6.18.2.”

Den meget detaljerede gennemgang af kravspecifikationen, som er ubestridt, gengives ikke i denne kendelse.

2.7.2 Ad fabrikater og varemærker i delaftale 2 (påstand 12)

Dustin har opregnet, at SKI anvender fabrikater og varemærker til at definere krav til følgende dele af de udbudte produkter i delaftale 2:

”a) Krav om at bærbare computere skal leveres med Windows 10 (bærbar 1-11), Windows 11 (bærbar 12, 13, 16 og 17) og ChromeOS (bærbar 14, 15, 18 og 19), jf. kravspecifikationen pkt. 4.3.1 – 4.3.3, 6.7 og 6.15.2

b) Krav om at basis bærbare computere skulle have en CPU fra producentens laveste/mellemste mobil segment, som eksempelvis Intel Core i3, eller AMD Ryzen 3, jf. kravspecifikationen pkt. 6.1.

c) Krav om at medium bærbare computere skulle have en CPU fra producentens laveste/mellemste mobil segment; minimum Intel Core I3 eller AMD Ryzen 3 eller lignende, jf. kravspecifikationen pkt. 6.1.

d) Krav om at alle computere med windows 10 skal være identificerbare via Windows Management Instrumentation og understøtte Intune og Autopilot for no-touch enrollment, jf. kravspecifikationen pkt. 6.12

e) Krav om at alle computere med windows 11SE skal understøtte Intune for Education, jf. kravspecifikationen (bilag 5) pkt. 6.13

f) Krav om at alle computere med ChromeOS skal understøtte Zero-Touch Enrollment for Chromebooks, jf. kravspecifikationen pkt. 6.14”

Den meget detaljerede gennemgang af kravspecifikationen, som er ubestridt, gengives ikke i denne kendelse.

2.8 Nærmere ad påstand 13 og 14

Tilbudsgiverne skulle afgive tilbud i tilbudslisten og udfylde følgende oplysninger (udover priser):

- Producent
- Miljømærke
- Tilbudsgivers varenummer
- Producentens modelnummer
- Producentens modelnavn

Af udbudsbetingelsernes afsnit 9.2.3 fremgår:

”SKI har vurderet, at nedenstående ikke-udtømmende liste over fejl fører til, at tilbuddet ikke anses for at være konditionelt, og dermed må afvises:

En eller flere varelinjer ikke er tilbudt, eksempelvis ved manglende angivelse af pris.

Produktet opfylder ikke grundlæggende elementer.”

Rammeaftalerne for delaftalerne blev som nævnt indgået den 15. september 2022. De trådte i kraft den 29. september 2022, da E-katalogerne var etableret efter godkendelse af dem den 28. september 2022.

Om det nærmere tidspunkt for indgåelse af rammeaftaler i forhold til etableringen af E-kataloger fremgik følgende af udbudsbetingelsernes pkt. 6 om ”Tidsplan”:

”...

Dato	Aktivitet
8. april 2022	Fremsendelse af udbudsbekendtgørelsen for nærværende udbud til offentliggørelse i Supplement til EU-Tidende.
20. april 2022	Informationsmøde, jf. punkt 11.2.1.

6. maj 2022	Vejledende frist for skriftlige spørgsmål, jf. punkt 11.1.
16. maj kl. 13:00	Tilbudsfrist - NB! Gældende frist fremgår af ETHICS, jf. punkt 12
20. maj – 2. juni 2022 (forventet)	Indhentning af dokumentation for ESPD
2-3.- juni 2022 (forventet)	Afsendelse af tildelings- og afslagsbreve
16. juni 2022 (forventet)	Kontraktsignering <i>Bemærk: Rammeaftalen kan først indgås efter udløb af en 10 dages standstill-periode regnet fra dagen efter dagen for udsendelse af meddelelse til tilbudsgiverne om beslutning af tildeling.</i> <i>Bemærk: Rammeaftalen indgås først, når der er oprettet et E-katalog, jf. særbilag 2.</i>
Juli/august 2022 (forventet)	Implementering
7. september 2022 (forventet)	Ikrafttræden

...”

Af udbudsbetingelsernes pkt. 17 om ”Implementering” fremgår:

”Såfremt tilbudsgiver tildeles rammeaftalen, er tilbudsgiver fra tildelingstidspunktet forpligtet til at medvirke til at oprette et E-katalog til brug for SKI’s kunder. SKI forbeholder sig ret til ikke at underskrive kontrakt, før et E-katalog er etableret i overensstemmelse med retningslinjerne i særbilag 2.”

Udbudsmaterialets særbilag 2 og bilag 2.1 hertil vedrørende oprettelse af E-katalog og SKI’s kontrol var gældende for begge delaftaler.

Af særbilag 2 fremgår bl.a. følgende afsnit om processen vedrørende etablering af E-kataloget:

Afsnit 1 ”Indledning”:

”Det er Leverandørens ansvar at sikre, at Leverandøren sender korrekte produkt-/ydelsesbeskrivelser og øvrige oplysninger til SKI til etablering af E-kataloget, jf. punkt 3-4, og webshoppen, jf. punkt 5, således at E-

kataloget og webshoppen, herunder produkt-/ydelsesbeskrivelser og andre oplysninger, overholder kravene i Rammeaftalen, herunder kravene i dette særbilag og bilagene B, C, H, I og J.”

Afsnit 3 ”Krav til E-katalogets indhold og format”:

”Leverandørens vare-/ydelsesnummer og produkt-/ydelsestekst skal være identisk med det vare-/ydelsesnummer og den produkt-/ydelsestekst, som fremgår af bilag C.

Produkterne/Ydelserne i E-kataloget skal til enhver tid opfylde kravene i kravspecifikationen (bilag B).”

Afsnit 4.2.1 ”Kontrol og tilretning”

”Når Leverandøren har uploadet og kontrolleret E-kataloget, så det opfylder alle krav, vil SKI kontrollere, om alle felter i E-kataloget er udfyldt korrekt. Såfremt E-kataloget ikke opfylder kravene, eller der er fejl eller mangler, vil SKI underrette Leverandøren herom, samt hvilke forhold der skal tilrettes. Leverandøren er forpligtet til at tilrette E-kataloget straks efter SKI’s underretning, jf. også tidsplanen i punkt 4.4.

Når Leverandøren har tilrettet E-kataloget, vil SKI kontrollere, om alle felter i E-kataloget er udfyldt korrekt.

Kan SKI fortsat ikke godkende E-kataloget som følge af manglende opfyldelse af krav eller fejl eller mangler i det tilrettede E-katalog, skal Leverandøren på ny tilrette E-kataloget straks efter SKI’s underretning herom. Leverandøren er forpligtet til at tilrette E-kataloget, indtil det tidspunkt E-kataloget er udfyldt korrekt, og SKI godkender kataloget.”

Afsnit 4.3 ”Godkendelse af E-katalog og testfaktura”:

”SKI gør E-kataloget tilgængeligt for Kunderne hurtigst muligt inden Rammeaftalens ikrafttræden og senest i forbindelse med Rammeaftalens ikrafttræden. Derved tilstræbes, at Kunderne kan benytte og gøre sig bekendt med E-kataloget inden Rammeaftalens ikrafttræden. E-kataloget træder under alle omstændigheder først i kraft sammen med Rammeaftalen, og det er ikke tilladt for Kunderne at bestille Produkter/Ydelser før Rammeaftalens ikrafttræden.

SKI’s godkendelse af E-kataloget, jf. nærværende punkt kan ikke påberåbes af Leverandøren som SKI’s accept af priser og/eller produkter, der afviger fra Leverandørens tilbud, jf. bilag C Leverandørens tilbud. Leve-

randøren indestår og garanterer for, at E-kataloget er i overensstemmelse med bilag C, og at SKI's godkendelse af E-kataloget, jf. dette punkt ikke kan afskære SKI og/eller Kunderne fra at gøre krav gældende mod Leverandøren for tab som følge af priser og/eller produkter, der ikke er i overensstemmelse med bilag C og vilkårene i Rammeaftalen."

Om tidsplanen for etablering af E-kataloget fremgår i pkt. 4.4:

"I nedenstående skema fremgår tidsplanen for etableringen af E-kataloget. Tidsfristerne beregnes fra udløb af den dato, hvor den E-katalogansvarlige hos Leverandøren har deltaget i møde med SKI, medmindre SKI Skriftligt angiver andet.

Hvis kravene ikke er opfyldt, eller der er fejl eller mangler i E-kataloget og/eller testfakturaen, gentages trin 3 og 4 indtil SKI godkender E-kataloget og/eller testfakturaen. SKI kan fastsætte kortere tidsfrister inden for trin 2-4, afhængig af hvor meget Leverandøren skal tilrette.

I det omfang SKI beslutter at udskyde en tidsfrist, vil de efterfølgende tidsfrister nedenfor blive tilsvarende udskudt.

Trin	Tidsfrist påbegyndt	Tidsfrist afsluttet	Opgave	Ansvarlig
1	Dag 1	Dag 7	Etablering af E-katalog, jf. punkt 4.1	Leverandør
2	Dag 8	Dag 13	Kontrol af E-katalog og testfaktura, jf. punkt 4.2	SKI
3	Dag 14	Dag 30	Evt. tilretning af E-katalog, jf. punkt 4.2	Leverandør
4	Dag 15	Dag 40	Evt. kontrol af E-katalog og testfaktura, jf. punkt 4.2	SKI
5	Dag 16	Dag 45	Godkendelse af E-katalog og testfaktura, jf. punkt 4.3	SKI

..."

Af bilag 2.1 til særbilag 2 fremgår bl.a. at der skal fremsendes beskrivelser af de tilbudte produkter og kan fremsendes datablade i forbindelse med oprettelse af E-kataloget.

Særbilag 2 indeholdt i pkt. 8.1 "Selvstændig ikrafttrædelse" følgende:

"Dette særbilag træder i kraft straks efter udløb af standstill-perioden, som SKI afholdt efter tildeling af Rammeaftalen. Hvis der inden for standstill-perioden er indgivet en klage over udbuddet af Rammeaftalen til Klagenævnet for Udbud, træder dette særbilag dog først i kraft efter udløb af perioden hvor klagen har opsættende virkning, medmindre SKI giver Skriftlig meddelelse til Leverandøren om andet."

Særbilag 2 indeholdt i pkt. 8.2. ”Forbehold” følgende i relation til tidspunktet for indgåelse af rammeaftaler:

”SKI forbeholder sig retten til ikke at indgå Rammeaftalen med Leverandøren, før SKI har godkendt E-kataloget og/eller testfakturaen, og E-kataloget og webshoppen er etableret, jf. punkterne 3-5”.

Comm2IG indsendte 1. udkast til E-katalog på begge delaftaler henholdsvis den 26. og 27. september 2022. De endelige E-kataloger blev godkendt den 28. september 2022. Opdatering af E-kataloger med links til produktdatablade blev efterfølgende foretaget af Comm2IG den 30. november 2022 for delaftale 1 og den 29. november 2022 for delaftale 2.

2.8.1 Ad påstand 13, delaftale 1, Krav til CPU'ernes TDP

I kravspecifikationen for delaftale 1 er i pkt. 6.1 angivet følgende krav til de tilbudte computers CPU'er:

”Workstation bærbare computere har en CPU fra producentens højeste mobil segment eksempelvis Intel Core I7 VPro eller AMD Ryzen Pro 7 eller lignende. Workstation bærbare computere skal **mindst** have 30 Watt TDP for bærbare. Bemærk at Intel Core i9 CPU'er tælles ikke med som en kategori i denne sammenhæng, ligeledes tælles AMD Ryzen™ Threadripper™ PRO Processors heller ikke med som en kategori.”

og

”Workstation stationære computere har en CPU fra producentens højeste desktop segment eksempelvis Intel Core I7 VPro eller AMD Ryzen Pro 7 eller lignende. Workstation stationære computere skal **mindst** have 75 Watt TDP for stationære. Bemærk at Intel Core i9 cpu'er tælles ikke med som en kategori i denne sammenhæng, ligeledes tælles AMD Ryzen™ Threadripper™ PRO Processors heller ikke med som en kategori.”

Dustin har oplyst, at ”TDP” ikke er defineret i udbudsmaterialet, men er et branchespecifikt udtryk for den kraft (målt i watt), som en CPU'er (computerens processor) er designet til at kunne yde. ”TDP” står for ”Termal Design Power”. Jo højere TDP, desto større ydeevne, men også større varmeudledning, strømforbrug og begrænsning i batterilevetid.

I Intels beskrivelse af virksomhedens 12. generation "Intel Core Processors", der udgør den tilbudte CPU på flere af Comm2IG's tilbudte computere på delaftale 1, er TDP defineret via "Processor Base Power".

Det fremgår af oplysningerne fra SKI om Comm2IGs tilbudte produkt som bærbar 7 på delaftale 1, at den bærbare computer har en CPU af typen "Intel Cores i7-1265U". Bærbar 7 udgør en workstation bærbar computer, der mindst skal have 30 watt TDP, jf. kravspecifikationens afsnit 6.1.

Af databladet for den tilbudte CPU til bærbar 7 fremgår bl.a., at CPU'en har en Processor Base Power (TDP) på 15 watt.

Det fremgår af oplysningerne fra SKI om Comm2IGs tilbudte produkt som stationær computer 4 på delaftale 1, at den stationære computer 4 har en CPU af typen "Intel Core i7-12700". Stationær computer 4 udgør en workstation stationær computer, der mindst skal have 75 watt TDP, jf. kravspecifikationens pkt. 6.1.

Af databladet for den tilbudte CPU til stationær computer 4 fremgår bl.a., at CPU'en har en Processor Base Power (TDP) på 65 watt.

2.8.2 Ad påstand 14, delaftale 2, Krav om seneste lancerede generation af CPU'er

I kravspecifikationen for delaftale 2, pkt. 6.1., er anført følgende krav til de tilbudte computeres CPU:

"6.1. CPU'er

Det er et krav, at CPU'er i bærbare computere leveres i producentens senest lancerede generation.

Dertil er det et krav, at:

- Basis bærbare computere har en CPU fra producentens laveste/mellemste mobil segment, som eksempelvis Intel Core i3, eller AMD Ryzen 3. Der stilles ikke krav til TDP for basis bærbare computere.
- Medium bærbare computere har en CPU fra producentens laveste/mellemste mobil segment; minimum Intel Core I3 eller AMD

Ryzen 3 eller lignende. Medium bærbare computerne må højst have 30 watt TDP for bærbare.”

Under spørgsmål – svar fasen blev følgende spørgsmål 12 stillet og besvaret som anført:

” ...

<p>”Det er et krav, at CPU'er i bærbare computere leveres i producentens senest lancerede generation”. Skal dette forstås at selvom producenten stadig har en Laptop i eksempelvis Gen 5 så skal denne tilbyde en nyere laptop i Gen 6 med dertilhørende seneste generation CPU, selvom dette kan betyde at prisen for kunderne på aftalen er højere?</p>	<p>Det er korrekt forstået.</p>
---	---------------------------------

...”

Det fremgår af SKI's offentliggjorte katalog over tilbudte produkter, at Comm2IG tilbød en computer i kategorien ”Bærbar 8” på delaftale 2, som indeholder CPU'en ”Intel Core i3-1215U”.

Betegnelsen ”Intel Core i3-1215U” er udtryk for, at der tilbydes en CPU fra Intel Core i3 serien, som krævet, samt at CPU'en tilhører den 12. generation ”1215U”. CPU'er fra Intel Core i3 serien, der eksempelvis er fra 11. generation, vil have en talangivelse startende med ”11”.

Comm2IG tilbød således en CPU fra Intel Core i3 serien af 12. generation, men de fleste tilbudte computere med CPU fra Intel Core i3 serien er tilbudt med 11. generation, og dermed ikke senest lancerede generation på tilbudstidspunktet.

2.8.3 Ad påstand 14, delaftale 2, Krav til computerens vægt

I kravspecifikationen for delaftale 2, pkt. 6.15.1, er anført følgende krav til de tilbudte computeres vægt:

”6.15.1. Krav for alle bærbare computere

Maksimalvægt

Det er et krav, at den angivne maksimalvægt overholdes for computerens bestyknings inklusive batteri, men eksklusiv strømforbrug og evt. tilvalg.”

I pkt. 6.15.2 om underproduktgruppens specifikke krav står der bl.a. følgende om maksimal vægt for bærbare 10 og 12:

”Maksimalvægt (kg) – 1,7 for bærbar 10
Maksimalvægt (kg) – 1,5 for bærbar 12”

Det fremgår af oplysninger fra SKI om Comm2IGs tilbudte produkt som bærbar 10 på delaftale 2, at der er tale om en ”HP 255 G9, 15.6”. Af databladet for den tilbudte bærbare 10 fremgår bl.a., at computeren har en vægt ”fra 1,74 kg”.

Det fremgår af oplysninger fra SKI om Comm2IGs tilbudte produkt som bærbar 12 på delaftale 2, at der er tale om en ”HP Probook Fortis 14 G9”. Af databladet for den tilbudte bærbare 12 fremgår bl.a., at computeren har en vægt ”fra 1,66 kg”.

3. ANBRINGENDER

3.1 Parternes anbringender ad påstand 1

Dustin har gjort gældende, at tilbudsfristen ved et offentligt udbud i henhold til udbudslovens afsnit II skal angives i udbudsbekendtgørelsen, jf. udbudslovens § 93, stk. 3, samt bilag V, Del C, i udbudsdirektivet. Det er også tidspunktet for fremsendelse af udbudsbekendtgørelsen til EU’s publikationskontor, der er afgørende i forhold til, om den fastsatte tilbudsfrist er i overensstemmelse med udbudslovens minimumstilbudsfrist.

Igangsætning af udbud, fastlæggelse af tilbudsfrister samt forlængelser af tilbudsfristen er således reguleret via den fremsendte udbudsbekendtgørelse samt eventuelle bekendtgørelser om ændringer / supplerende oplysninger. Dette følger også af lovbemærkningerne til udbudslovens § 93, stk. 3.

I tråd med ovenstående har SKI fremsendt tre bekendtgørelser efter den oprindelige udbudsbekendtgørelse, hvor SKI ændrer den oprindelige tilbudsfrist, nemlig bekendtgørelse af 21. juni 2022, hvor tilbudsfristen ændres til

den 1. juli 2022, bekendtgørelse af 23. juni 2022, hvor tilbudsfristen ændres til den 5. juli 2022, og bekendtgørelse af 6. juli 2022, hvor tilbudsfristen ændres til den 13. juli 2022.

SKI gennemførte således den tredje ændring den 6. juli 2022 på trods af, at den gældende tilbudsfrist allerede var udløbet den 5. juli 2022.

Det følger både af udbudsreglerne og af praksis fra Klagenævnet for Udbud, at en ordregiver ikke kan forlænge en tilbudsfrist efter tilbudsfristens udløb, jf. bl.a. klagenævnets kendelser af 31. maj 2011, Kailow Graphic A/S mod SKI, og af 1. juni 2011, Konsortiet Prinfo, Prinfo Holding A/S og Prinfødenmark A/S mod SKI.

I tråd hermed har SKI da også i forbindelse med det første udbud begrundet annullationen og genudbuddet med, at der ved en fejl ikke blev sendt rettelse til EU's publikationskontor.

Fremsendelse af en rettelse efter tilbudsfristens udløb må sidestilles med, at der slet ikke er fremsendt en rettelse. Der går typisk flere dage, før en rettelse bliver offentliggjort via EU's publikationskontor, og derfor blev potentielle tilbudsgivere først den 11. juli 2022 adviseret om SKI's sidste forlængelse af tilbudsfristen.

Realiteten er herefter også, at SKI ikke har kunnet tildele de udbudte delaftaler på baggrund af de indkomne tilbud, der reelt først blev afgivet efter tilbudsfristens udløb.

Det udgør således en åbenlys overtrædelse af udbudsloven, at tilbudsfristen i et offentligt udbud først forlænges efter tilbudsfristens udløb. Det er også åbenlyst, at manglende iagttagelse af en tilbudsfrist er en meget væsentlig udbudsretlig overtrædelse, der bevirker, at tilbud modtaget efter tilbudsfristens udløb aldrig kan tages i betragtning.

En række potentielle tilbudsgivere fra både Danmark og øvrige europæiske lande kan have været påvirket af den manglende håndtering af tilbudsfristen i udbudsbekendtgørelsen, herunder fordi den korte, oprindelige tilbudsfrist kan have begrænset deres muligheder for at træffe de nødvendige selskabsmæssige beslutninger og udarbejde konditionsmæssigt og konkurrencedygtigt tilbud.

Det relevante leverandørmarked kan reelt ikke afgrænses til Atea A/S, Comm2IG og Dustin, da der er tale om rammeaftaler med meget høje anslåede og maksimale værdier, da rammeaftalerne angår levering af produkter, der allerede udveksles på tværs af landegrænser i Europa, og da SKI ikke opstillede egnethedskrav om, at tilbudsgiverne skulle påvise en teknisk eller faglig formåen, og SKI's økonomiske egnethedskrav alene vedrørte tilbudsgivers samlede omsætning og generelle soliditetsgrad.

SKI har således konstrueret udbuddet på en sådan måde, at også aktører uden forudgående aktivitet på forretningsområdet for levering af computere, tilbehør og service til det offentlige kunne byde på rammeaftalerne. Derfor er det også ganske forsimplet, når SKI ikke anser Prosac Productos SL som en potentiel leverandør, fordi virksomheden ikke synes at have udøvet forudgående aktivitet på dette forretningsområde. Det må da også have formodningen imod sig, at en tilbudsgiver skulle vælge at oprette sig i ETHICS, udfylde og aflevere ESPD, herunder også for støttende aktører, hvis man ikke havde en reel interesse i udbuddet.

I relation til kredsen af potentielle tilbudsgivere, der måtte have oprettet sig i ETHICS, skal det også tages i betragtning, at den meget korte tilbudsfrist og det kaotiske forløb med korte tidsfristforlængelser har været egnet til at udelukke potentielle tilbudsgivere fra at kunne nå at få håndteret nødvendige beslutningsprocesser internt og hos samarbejdspartnere.

I praksis er det producenterne af computerne, som henvender sig til potentielle forhandlere (fx Dustin, Danoffice mv.) for at etablere et samarbejdet om afgivelse af tilbud på rammeaftale 50.40. Det er således ikke usædvanligt, at producenten vil tilgå udbuddet (her via ETHICS) og efterfølgende dele materialet med potentielle forhandlere (her de potentielle tilbudsgivere). Denne fremgangsmåde er en følge af SKI's krav om, at en tilbudsgiver skulle tilbyde henholdsvis to og tre producentmærker på hvert produkt.

Der var ikke usikkerhed om retstilstanden, fordi ændringsbekendtgørelser først offentliggøres i EU-tidende op til 5 dage efter, at de fremsendes.

Det er klart, at eventuelle forlængelser af tilbudsfristen skal foretages i den igangværende tilbudsperiode og dermed inden tilbudsfristens udløb. Dette følger af udbudslovens bestemmelser om adgangen til at foretage ændringer,

der alle omtaler ”forlængelse” af en igangværende tilbudsperiode frem for en igangsætning af ny tilbudsfrist efter den oprindelige tilbudsfrist udløb.

At tilbudsfristen alene kan forlænges, før den udløber, fremgår også af EU’s publikationskontors vejledning om brugen af bekendtgørelser om ændringer eller supplerende oplysninger (Standardformular 14), som SKI har anvendt ved forlængelse af tilbudsfristen den 6. juli 2022.

Der er således ikke nogen juridisk usikkerhed om, hvorvidt en ordregiver må forlænge tilbudsfristen efter tilbudsfristens udløb.

Hvis SKI havde forlænget tilbudsfristen via en ændringsbekendtgørelse inden tilbudsfristens udløb, var SKI således forpligtet til at sikre, at tilbudsfristen blev forlænget tilstrækkeligt til, at der var rimelig tid fra ændringsbekendtgørelsens offentliggørelse til tilbudsfristens udløb. Dustin er således ikke uenig i, at der i kortere perioder under et udbud kan være forskel på frister oplyst i det elektroniske udbudssystem og den seneste offentliggjorte ændringsbekendtgørelse i TED, men ordregivere skal tilpasse tilbudsfristforlængelsen efter dette, og det er eksempelvis ikke sket, når SKI den 6. juli 2022 forlængede tilbudsfristen fra den 5. juli til den 12. juli 2022, da det måtte stå SKI klart, at denne ændringsbekendtgørelse først kunne forventes offentliggjort op til 5 dage efter og således helt frem til den 11. juli 2022.

SKI fremsendte to ændringsbekendtgørelser til TED den 6. juli 2022 og yderligere en ændringsbekendtgørelse den 7. juli 2022. SKI har ikke i denne sammenhæng tager hensyn til den gældende tilbudsfrist i TED eller betydningen af, at ændringsbekendtgørelser ikke offentliggøres straks, men har alene haft fokus på, hvordan informationer blev givet via udbudssystemet ETHICS.

SKI’s tilgang til håndtering af tilbudsfrister i et offentligt udbud er åbenlyst ikke i tråd med udbudsloven, hvor det klart fremgår, at både tilbudsfrister og forlængelser af tilbudsfrister skal håndteres via udbudsbekendtgørelsen og eventuelle ændringsbekendtgørelser offentliggjort i EU-tidende.

Det er ikke korrekt, at der ved et offentligt udbud alene er et krav om, at en ændring af tilbudsfristen *kan* ske ved en offentliggørelse af en bekendtgørelse i TED, jf. udbudslovens § 93, stk. 3, og lovbemærkningerne til denne bestemmelse.

Også i det første udbud havde SKI ændret tilbudsfristen i ETHICS, men SKI vurderede alligevel, at man var nødsaget til at annullere udbuddet, da man blev opmærksom på, at ændringsbekendtgørelsen ikke var fremsendt til EU's publikationskontor. Den situation er fuldt sammenlignelig med en situation, hvor ændringsbekendtgørelsen først sendes efter tilbudsfristens udløb, da en ændringsbekendtgørelse er udtryk for ændringer, der kan foretages i løbet af udbudsprocessen og ikke efter tilbudsfristens udløb.

Tilbudsfristen og eventuelle forlængelser af tilbudsfristen skal således angives i udbudsbekendtgørelsen og via eventuelle ændringsbekendtgørelser hertil. SKI har åbenlyst overtrådt udbudsreglerne ved først at fremsende ændringsbekendtgørelser med forlængelse af tilbudsfristen efter udløb af gældende tilbudsfrist oplyst i udbudsbekendtgørelsen. Det er ikke uklart, hvordan en ordregiver skal håndtere perioden mellem fremsendelse af en ændringsbekendtgørelse og frem til denne offentliggøres i TED, og det er i hvert fald helt klart, at ændringsbekendtgørelser alene er tiltænkt igangværende udbudsprocesser, hvor tilbudsfristen endnu ikke er udløbet. Påstand 1 vedrører ikke spørgsmålet om, hvorvidt en ordregiver kan ændre tilbudsfristen senere end 6 dage før tilbudsfristen, men omhandler derimod spørgsmålet om, hvorvidt tilbudsfristen kan forlænges efter, at tilbudsfristen er udløbet.

SKI har overordnet gjort gældende, at fremsendelsen af ændringsbekendtgørelsen den 6. juli 2022 ikke har haft nogen konkret betydning for udbudsprocessen, hverken for de tilbudsgivere, der endte med at afgive tilbud, eller for den tilbudsgiver, der potentielt kunne have overvejet at afgive tilbud, såfremt man havde kendt til forlængelsen af tilbudsfristen allerede henholdsvis den 4. og 5. juli 2022.

Hertil kommer, at der synes at være en uklarhed i samspillet mellem reglerne om anvendelse af et elektronisk udbudssystem og kravet om fremsendelse af ændringsbekendtgørelser til EU's publikationskontor, hvilket i alle tilfælde må indgå som et fortolkningsbidrag ved den samlede vurdering af sagen.

Det forhold, at afsendelsen af ændringsbekendtgørelsen skete den 6. juli 2022, var uden konkret betydning for de tilbudsgivere, der endte med at afgive tilbud. Alle tilbudsgiverne var registreret i ETHICS, hvor de løbende modtog adviseringer om ændringer. Alle tilbudsgiverne var derfor til enhver tid orienteret om fristforlængelserne og den til enhver tid gældende tilbudsfrist. Fristforlængelsen fremgik allerede af ETHICS den 4. og 5. juli 2022.

Det fremgik da også klart af udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne netop skulle henholde sig til den til enhver tid anførte tilbudsfrist i ETHICS i forbindelse med tilbudsafgivelsen. Dette er helt sædvanligt.

Endvidere afgav tilbudsgiverne alle tilbud i henhold til den forlængede tilbudsfrist, dvs. efter den 5. juli 2022 kl. 16.00. Alle tilbudsgivere havde således indrettet sig i tillid til den frist, der var anført i ETHICS. Dustin afgav endda tilbud, *inden* ændringen af tilbudsfristen blev offentliggjort på TED den 11. juli 2022.

Dustin har således ikke på nogen måde godtgjort, at SKI's handlemåde var i strid med ligebehandlings- eller gennemsigtighedsprincippet.

Fremsendelsen af ændringsbekendtgørelsen den 6. juli 2022 havde heller ikke nogen betydning for eventuelle potentielle tilbudsgivere, der ikke var registreret i ETHICS, og Dustin har ikke på nogen måde godtgjort, at der var potentielle tilbudsgivere, der – fordi der først skete fremsendelse af ændringsbekendtgørelsen den 6. juli 2022 – afholdt sig fra at afgive tilbud.

Tilbudsgiverkredsen svarede således til den kreds af aktører, der deltog i den gennemførte tekniske dialog forud for udbuddet, ligesom afgrænsningen svarede til tilbudsgiverkredsen fra tidligere udbud af rammeaftale 50.40 i 2014 og med behørig hensyntagen til ændringer på markedet som følge af frasalgs og opkøb/fusioner.

Et tilbud i et udbud som Rammeaftale 50.40 kan som udgangspunkt ikke udarbejdes på ganske få dage, fordi der bl.a. skal forhandles med underleverandører. Det har derfor formodningen imod sig, at en tilbudsgiver, der ikke allerede havde registreret sig på ETHICS, havde indhentet udbudsmaterialet og havde fulgt spørgsmål/svar processen den 4. juli 2022 – og som dermed alene kunne se tilbudsfristen den 5. juli offentliggjort i TED – ville kunne nå at afgive tilbud selv inden for fristforlængelsen til den 13. juli 2022. Dette ville ikke være realistisk.

Også af denne grund synes hensynet til ”den teoretiske potentielle tilbudsgiver” uden konkret og reel betydning, da SKI's fremsendelse af ændringsbekendtgørelsen den 6. juli 2022 således ikke i praksis reelt havde betydet, at en potentiel tilbudsgiver blev stillet ringere, herunder fordi offentliggørelsen

ikke skete samme dag, og fordi en sådan tilbudsgiver under alle omstændigheder alligevel ikke ville kunne nå at afgive tilbud, hvis forlængelse af tilbudsfristen var kommet vedkommende til kundskab den 4. juli 2022. Det havde således ingen betydning for de potentielle tilbudsgivere, at fremsendelsen skete den 6. juli 2022.

Den endelige tilbudsfrist fastsat til den 13. juli 2022 kl. 18.00 blev offentliggjort på TED den 11. juli 2022. Der var således tidsmæssig mulighed for, at udefrakommende tilbudsgivere, der ikke var registreret i ETHICS på dette tidspunkt – om end de næppe kunne nå at afgive et tilbud – dog kunne nå at reagere inden tilbudsfristens udløb, herunder anmode om fristforlængelse. SKI modtog ikke sådanne henvendelser.

På den baggrund og ud fra SKI's grundige forarbejde og kendskab til markedssituationen samt under henvisning til udbuddets forløb viser alle forhold, at fremsendelsen af ændringsbekendtgørelsen den 6. juli 2022 ikke havde nogen konkret og faktisk betydning for potentielle tilbudsgivere, der ikke var registreret i ETHICS. Det forhold, at en potentiel og helt ukendt tilbudsgiver skulle have afholdt sig fra at afgive tilbud af denne årsag, må – på baggrund af alle de ovenfor fremførte forhold og undersøgelser – anses for at være rent spekulativt og har intet konkret på sig.

Meget taler derfor for, at det under disse helt konkrete og oplyste omstændigheder må være Dustin, som skal godtgøre, at der var tilbudsgivere, der afholdt sig fra at afgive tilbud på baggrund af, at bekendtgørelsen om forlængelse af tilbudsfristen først blev afsendt den 6. juli 2022.

Dette har Dustin ikke på nogen måde godtgjort.

Det bør indgå i den samlede vurdering, at det ikke fremgår entydigt klart af reglerne, hvornår der skal ske fremsendelse af en ændringsbekendtgørelse i udbud, når et elektronisk udbudssystem samtidig anvendes. Forholdet bør derfor også af denne grund ikke kunne føre til annullation af udbudsprocessen, selv om klagenævnet måtte være af den opfattelse, at SKI retteligt burde have afsendt ændringsbekendtgørelsen allerede henholdsvis den 4. og 5. juli 2022.

Adgangen for ordregiver til at foretage ændringer i udbudsmaterialet, efter at materialet er offentliggjort, følger af udbudslovens § 134, stk. 1 (som ændret

ved lov nr. 884 af 21. juni 2022). Af lovbemærkningerne til denne bestemmelse fremgår, at offentliggørelsen skal ske på *passende vis*, og at dette for offentlige udbud *kan* ske ved offentliggørelse af en bekendtgørelse i TED. Herudover fremgår det af § 134, stk. 2, at en ordregiver *senest 6 dage før udløbet af fristen* for afgivelse af ansøgning eller tilbud skal meddele eventuelle supplerende oplysninger om udbudsmaterialet og supplerende dokumenter.

SKI sikrede, at annonceringen i ETHICS skete, således at 6 dages-fristen blev respekteret.

I forhold til offentliggørelse af udbudsbekendtgørelser, forhåndsmeddelelser og bekendtgørelser om indgåede kontrakter er det direkte reguleret i udbudsloven, at en ordregiver først kan foranledige en national offentliggørelse, når den pågældende bekendtgørelse er offentliggjort på TED for at sikre samtidig underretning af alle potentielle tilbudsgivere. Der kan dog ske national offentliggørelse senest efter 48 timer, jf. udbudslovens § 130, stk. 1, og stk. 2. Dette gælder således, uanset om der er sket offentliggørelse i TED efter 48 timer.

En tilsvarende 48-timersregel ses ikke at finde anvendelse på ændringsbekendtgørelser, hvilket da også ville besværliggøre udbudsprocessen unødigt. I den praktiske virkelighed blandt ordregivere sker der således generelt upload af spørgsmål/svar og upload af en ny version af udbudsmaterialet med de relevante ændringer, således at tilbudsprocessen smidigt kan fortsætte, samt eventuelt fristforlængelse i det elektroniske udbudssystem, hvorefter der afsendes en ændringsbekendtgørelse herom til EU's publikationskontor, der herefter først offentliggøres op til 5 dage efter, at ændringen er offentliggjort i det elektroniske udbudssystem.

En udbudsbekendtgørelse offentliggøres senest 5 dage efter afsendelsen til EU's publikationskontor, jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 128. Dette synes også at gælde andre meddelelser, jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 127 samt udbudsdirektivets artikel 51, stk. 2, om end reguleringen ikke er helt entydig.

Ved den praktiske gennemførelse af udbud sker afsendelsen af ændringsbekendtgørelsen således ikke til TED førend (og tidligst samtidig med) den re-

levante ændring, herunder en eventuel fristforlængelse, er foretaget i udbudssystemet. Som det gør sig gældende for 48-timersreglen, vil der således også ved den lovpligtige brug af et elektronisk udbudssystem uundgåeligt kunne opstå en periode, hvor der i udbudssystemet offentliggøres oplysninger, som ikke også er offentliggjort i TED, men hvor der er afsendt en ændringsbekendtgørelse vedrørende forholdet.

Sat på spidsen vil en ordregiver inden for rammerne af udbudslovens § 134, stk. 1, kunne forlænge en tilbudsfrist f.eks. dagen inden fristens udløb (eller kortere tid inden), hvor forlængelsen ikke nødvendigvis vil kunne nå at blive offentliggjort på TED inden udløb af den tidligere offentliggjorte tilbudsfrist i TED, idet der kan være op til 5 dages forsinkelse i forhold til offentliggørelsen på TED.

Forlængelsen af tilbudsfristen, som samtlige tilbudsgivere indrettede sig efter, og som blev foretaget den 4. juli 2022 i ETHICS og dermed inden tilbudsfristen anført i ETHICS den 5. juli, ville således *aldrig* kunne nå at have været offentliggjort på TED forud for udløbet af fristen den 5. juli, uanset hvornår ændringen i perioden 4.-6. juli 2022 var blevet afsendt til TED.

På den måde virker det absurd, hvis betydningen af tidspunktet for *afsendelsen* af ændringsbekendtgørelsen i denne sag konkret skulle blive tillagt afgørende betydning, da afsendelsestidspunktet hverken har haft eller kunne have haft betydning for tilbudsgivernes mulighed for at afgive tilbud.

Det forhold, at SKI konkret først den 6. juli 2022 indsendte ændringsbekendtgørelsen vedrørende ændringerne af tilbudsfristen, der blev foretaget den 4. juli og den 5. juli, er således ikke på den baggrund i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Klagenævnets kendelse af 31. maj 2011, Kailow Graphic A/S mod SKI, og kendelse af 1. juni 2011, Konsortiet Prinfo, Prinfo Holding A/S og Prinfodemark A/S mod SKI, er ikke sammenlignelige med denne klagesag.

Det først iværksatte udbud af Rammeaftale 50.40 endte med en annulation, eftersom der ved en fejl ikke blev sendt ændringsbekendtgørelser til EU's publikationskontor. Der var imidlertid tale om en helt anden situation, da der

slet ikke var blevet afsendt nogen ændringsbekendtgørelse til EU's publikationskontor, jf. herved klagenævnets kendelse af 31. maj 2022, Atea A/S mod Region Sjælland.

I denne sag er situationen, at SKI netop iagttog kravet om fremsendelse af ændringsbekendtgørelse om den foretagne fristforlængelse.

Publikationskontorets vejledning om brugen af bekendtgørelser om ændringer eller supplerende oplysninger angiver ingen retningslinjer i relation til tidspunktet for ordregiverens afsendelse af ændringsbekendtgørelser og støtter på ingen måde Dustins anbringender.

I hvert fald i et udbud som det foreliggende, hvor selv en afsendelse af ændringsbekendtgørelsen til publikationskontoret den 4. eller 5. juli 2022 ikke ville kunne nå at blive offentliggjort på TED forud for fristudløbet den 5. juli, vil det være absurd, hvis betydningen af tidspunktet for afsendelsen af ændringsbekendtgørelsen skulle tillægges afgørende betydning, da ændringsbekendtgørelsen aldrig vil kunne have virket bestemmende for tilbudsgivernes mulighed for at afgive tilbud.

Dustins hypotese om et meget stort antal potentielle tilbudsgivere er hverken begrundet eller dokumenteret.

Som fremhævet af Comm2IG betyder kravene til "on-site garanti" og sprog, at tilbudsgiveren skal have en tilstedeværelse i Danmark under rammeaftalen, og at kravene til kundesupport og teknisk support forudsætter en stor organisation hos tilbudsgiveren med mange daglige henvendelser. Comm2IG forventer således selv at skulle bruge mere end 20 årsværk i sin organisation (blandt andet medarbejdere inden for salg, bogholderi, logistik og konfiguration) for at kunne opfylde delaftale 1 og delaftale 2.

Det stiller også meget store krav til tilbudsgiveren, at man skal kunne levere produkter umiddelbart efter kontraktindgåelse. Sammenfattende medfører disse forpligtelser efter Comm2IGs opfattelse, at man reelt kun kan afgive et konkurrencedygtigt tilbud, hvis man har en stor etableret organisation i Danmark. Dustin kan derfor ikke uden yderligere dokumentation antage, at en hvilken som helst it-leverandør – om end af en vis størrelse – vil have interesse for udbuddet.

Ingen af de virksomheder, som Dustin har opregnet som potentielle tilbudsgivere, gav på noget tidspunkt i udbudsforløbet udtryk for at have interesse for at afgive tilbud, hverken i forbindelse med markedsdialogen eller forud for udbuddet i øvrigt.

Som det fremgår af listen over de virksomheder, som registrerede sig på ETHICS for så vidt angår det påklagede og derfor relevante udbud, er der tale om en lang liste af virksomheder, omfattende både forhandlere og producenter. Dette er helt sædvanligt i relation til SKI's udbud af rammeaftaler.

På SKI's udbud af rammeaftaler er det herudover helt sædvanligt, at der er en lang række af virksomheder, som tilmelder sig udbuddet på ETHICS, og som gerne vil følge udbudsforløbet, herunder orientere sig i aktuelle markedskrav. Netop på grund af SKI's position og indsigt i markedet afspejler betingelserne ofte de vilkår, som tilbudsgivere bliver mødt med i andre, langt mindre udbud. SKI ser således ofte, at der er langt flere tilmeldte end de tilbudsgivere, som vælger af afgive tilbud.

De virksomheder, som blev registreret på ETHICS, fik alle oplysninger under udbuddets forløb direkte på ETHICS, herunder om fristforlængelserne.

I et udbud af en rammeaftale som den omhandlede og med en så høj værdi er det ikke realistisk, at en interesseret virksomhed ikke ville tilmelde sig ETHICS med henblik på at tilgå udbudsmaterialet og spørgsmål/svar i udbudsprocessen. Dette gælder, uanset om der er tale om, at deltagelsen i udbuddet er initieret af producenten eller af forhandleren selv.

Det er heller ikke realistisk, at virksomheder i relation til et udbud af denne karakter ville have afholdt sig fra at deltage i udbuddet eller i øvrigt fra at vise nogen tegn på interesse i udbuddet alene på grund af håndteringen af fristerne, herunder på baggrund af forløbet om fremsendelsen af ændringsbekendtgørelsen til EU's publikationskontor.

De manglende henvendelser fra potentielle tilbudsgivere, herunder efter offentliggørelsen af ændringsbekendtgørelsen eller senere i udbuddets forløb, understøtter, at forlængelsen af tilbudsfristen ikke påvirkede feltet af tilbudsgivere.

Samlet set har Dustin således ikke på nogen måde godtgjort, konkretiseret eller underbygget, at der på grund af tidspunktet for fremsendelsen af ændringsbekendtgørelsen eller SKI's håndtering af udbuddet i øvrigt skete en tilsidesættelse af gennemsigtheds- eller ligebehandlingsprincippet, som har haft betydning for udfaldet af udbudsprocessen, herunder for deltagelsen i processen.

3.2 Parternes anbringender ad påstand 2-7 (generelt) og 8-9

Dustin har gjort gældende, at SKI efter offentliggørelsen af udbuddet har foretaget flere grundlæggende ændringer af udbudsmaterialet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigthedsprincippet i udbudslovens § 2. Hvis de ændringer, som er påpeget under påstand 2-7, ikke enkeltvis er grundlæggende ændringer, må de samlet betragtes som grundlæggende ændringer af delaftale 1 og/eller 2.

Det følger af lovbemærkningerne til udbudslovens § 2 – og er nu kodificeret i udbudslovens § 134, stk. 1 – at en ordregiver ikke må ændre i grundlæggende elementer i et offentliggjort udbudsmateriale uden at iværksætte en fornyet udbudsprocedure. Forbuddet mod ændring af grundlæggende elementer er også fastslået i adskillige kendelser fra klagenævnet.

Udbuddet havde en sådan størrelse, kompleksitet og struktur, at flere vilkår i udbudsmaterialet reelt skal anses som mindstekrav, og/eller at en ændring af disse vilkår i så fald udgør en grundlæggende ændring. Det gælder særligt vilkårene i delaftale 1 og 2 om brugen af ”producentmærker”.

Kravet om, at der skal tilbydes de samme to producentmærker, er et grundlæggende princip for hele delaftale 1's struktur og betyder bl.a., at en potentiel tilbudsgiver skal undersøge og afklare, om de producentmærker, tilbudsgiveren vil og kan tilbyde, kan opfylde kravene i relation til alle produkter foruden netværksadaptere.

En ændring vedrørende ét produkt får derfor ikke bare betydning for, hvilket producentmærke tilbudsgivere kan tilbyde for dette produkt, men påvirker tilbudsgiverens tilbudsafgivning i relation til alle øvrige produkter, hvortil der er krav om samme producentmærke.

Delaftale 1 er således særegen ved, at selv en (traditionelt) ikke grundlæggende ændring til ét eller flere produkter i udbudsmaterialet vil få betydning for alle øvrige produkter, som tilbudsgiveren eller en potentiel tilbudsgiver kan tilbyde, og dermed konkret få grundlæggende betydning i dette udbud.

Ændringer i kravet om to producentmærker er således udtryk for ændring af et mindstekrav samt et grundlæggende element i delaftale 1.

Strukturen i delaftale 2 er anderledes end i delaftale 1, men betyder, at en tilbudsgiver eller potentiel tilbudsgiver skulle finde produkter fra tre forskellige producentmærker for at kunne opfylde strukturen i delaftale 2.

Da der var krav om, at tilbudsgiverne skulle tilbyde alle produkter og ydelser i sortimentet, havde det meget stor betydning for kredsen af potentielle tilbudsgivere og konkurrencen mellem dem, hvorvidt der kunne leveres tre forskellige producentmærker til hvert produkt eller ej.

Også delaftale 2 er således særegen, da SKI's krav til de forskellige produkter samt eventuelle ændringer i disse krav kunne få grundlæggende betydning.

I vurderingen af de ændringer, som SKI har foretaget i løbet af udbuddet, skal der også tages hensyn til den store betydning, udbuddet af delaftale 1 og 2 havde i branchen, da den er forpligtende for langt hovedparten af offentlige indkøbere i Danmark. Udbuddet må således også antages at have stor interesse for udenlandske virksomheder.

Kredsen af potentielle tilbudsgivere bliver også øget af det forhold, at SKI ikke stiller nogen krav til tilbudsgivernes tekniske og faglige formåen og alene minimumskrav til økonomisk formåen. Udbuddet havde således en stor kommerciel interesse og meget lave krav til tilbudsgivernes formåen, hvorfor kredsen af potentielle tilbudsgivere er meget stor og ikke begrænset til danske virksomheder.

Der var da også en større kreds af potentielle tilbudsgivere, der oprettede sig på udbuddet i udbudssystemet, men ikke afgav tilbud. SKI's ændringer til kravspecifikationen og leveranceaftalen, som er omfattet af påstand 2-7, kan således have haft reel betydning for kredsen af potentielle tilbudsgivere ved udbuddet og/eller påvirket konkurrencen mellem tilbudsgiverne.

Ordregiver har bevisbyrden for, at de gennemførte ændringer ikke har karakter af utilladelige grundlæggende ændringer, og SKI har ikke løftet denne bevisbyrde.

SKI har gjort gældende, at de gennemførte ændringer af udbudsmaterialet under udbudsprocessen alene udgjorde præciseringer samt mindre væsentlige ændringer, der formentligt end ikke er af en karakter, hvor de kan betegnes som væsentlige ændringer, men hvor SKI til trods herfor alligevel valgte at forlænge tilbudsfristen. Ændringerne har i intet tilfælde haft betydning for sammensætningen af kredsen af mulige tilbudsgivere eller for konkurrencen mellem dem. Der har således ikke været tale om ændringer af grundlæggende elementer, hverken enkeltvis eller samlet set.

For samtlige af de ændringer til delaftale 1, som Dustin har problematiseret, gælder således, at der udelukkende var tale om korrektioner af helt åbenbare skrivefejl eller præcisering af uklarheder, hvis rette sammenhæng fremgik ved læsning af kravet i sammenhæng med andre dele af kravspecifikationen, men hvor SKI på baggrund af de indkomne spørgsmål fandt det hensigtsmæssigt alligevel at tydeliggøre den rette forståelse.

Tilsvarende gælder for delaftale 2, for så vidt angår påstand 2 og påstand 5. I de tilfælde, hvor SKI i forlængelse af de indkomne spørgsmål under udbudsprocessen valgte at foretage en egentlig ændring af et krav vedrørende delaftale 2 – i påstand 6 og 7 – var der alene tale om mindre ændringer, hvor SKI til trods herfor valgte for en god orden skyld at forlænge tilbudsfristen med en passende frist.

De anførte ændringer kan derfor heller ikke – samlet betraget – anses for grundlæggende ændringer af delaftale 1 eller 2.

Med ændringen af udbudsloven, der trådte i kraft den 1. juli 2022, er det i lovens § 134, stk. 1, nu fastslået, at en ordregiver kan foretage ændringer af udbudsmaterialet, når følgende krav er overholdt: Ændringerne skal offentliggøres på passende vis, meddelelse om ændringen skal ske under overholdelse af tidsfristerne for supplerende oplysninger, jf. § 134, stk. 2 og 3, og ændringerne må ikke udgøre ændringer af grundlæggende elementer, jf. § 24, nr. 37.

Det følger af forarbejderne, at formålet med ændringen er at tydeliggøre, at ordregivere under et udbud har hjemmel til både at meddele supplerende oplysninger samt foretage ændringer af ikke-grundlæggende elementer. Det er ifølge forarbejderne hensigten med ændringen at søge at påvirke ordregivernes adfærd, så der i højere grad foretages ændringer af udbudsmaterialet under udbudsprocessen, hvorved risikoen for, at udbud annulleres og efterfølgende genudbydes med et justeret udbudsmateriale, reduceres. Dette er i øvrigt en kodificering af EU-Domstolens praksis, hvorfor bestemmelsen også har betydning i denne sag, selv om udbuddet blev igangsat før den 1. juli 2022.

Videre følger der af udbudslovens § 93, stk. 4, at en ordregiver kan forlænge fristen for modtagelse af ansøgninger og tilbud, og at en ordregiver er forpligtet hertil i en række tilfælde, herunder hvis ordregiveren meddeler supplerende oplysninger om udbudsmaterialet eller supplerende dokumenter senere end seks dage før den fastsatte frist for modtagelse af ansøgning eller tilbud, og hvis ordregiveren foretager væsentlige ændringer i udbudsmaterialet.

Af forarbejderne til udbudslovens § 2 fremgår, at væsentlige ændringer er ændringer, der medfører, at de økonomiske aktører skal bruge yderligere tid til at forstå og svare tilstrækkeligt på udbudsmaterialet, hvorfor det vil tage længere tid at afgive en ansøgning eller et tilbud. Uvæsentlige ændringer skal derimod forstås som mindre justeringer og tilpasninger, der ikke påvirker den tid, som en økonomisk aktør skal bruge på at forstå og udarbejde en ansøgning eller et tilbud. Uvæsentlige ændringer kan heller ikke påvirke potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordreje konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

En ændring af grundlæggende elementer er en ændring, der – såfremt ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt – kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, herunder hvis den ville have givet andre ansøgere end de oprindelige udvalgte mulighed for at deltage, eller ville have tiltrukket yderligere deltagere til udbudsproceduren, f.eks. hvis ændringen bevirker, at en kontrakts karakter er væsentlig forskellig fra den, der oprindeligt blev fastlagt i udbudsmaterialet, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, herunder hvis den er en følge af, at ordregiver

udnytter sin viden om de indkomne tilbud og ansøgninger til at give visse ansøgere eller tilbudsgivere en fordel, som ikke er sagligt begrundet.

Klagenævnets praksis viser klart, at der er adgang til at foretage endog ganske vidtgående væsentlige ændringer i udbudsmaterialet, når blot ændringerne ikke er af en karakter, hvor de ud fra en konkret vurdering har indvirkning på potentielle tilbudsgiveres beslutning om deltagelse i udbuddet eller konkret medfører en fordrejning af konkurrencen mellem tilbudsgiverne. Er dette ikke tilfældet, vil det forhold alene, at ændringen nødvendiggør, at tilbudsgiverne skal bruge længere tid på udarbejdelsen af tilbud, ikke indebære, at ændringen må anses for en ændring af et grundlæggende element. I så fald er der derimod blot tale om en væsentlig ændring, der forudsætter, at tilbudsfristen forlænges med en passende frist.

Dustin har ikke på nogen måde godtgjort, at de påberåbte ændringer havde betydning for feltet af tilbudsgivere. Det forhold, at Dustin har oplyst en række virksomheder, der på baggrund af deres forretningsområde synes at kunne levere it-udstyr, herunder computere, indikerer ikke på nogen måde, at disse virksomheder har afholdt sig fra at afgive tilbud på baggrund af udbuddets forløb, eller at de i det hele taget ville være relevante i forhold til udbuddet. Det er helt sædvanligt, at virksomheder tilmelder sig på ETHICS for at følge udbudsforløbet, herunder for at orientere sig i aktuelle markedskrav.

SKI har efter klagen rettet henvendelse til tre virksomheder, som Dustin navnlig har udpeget som potentielle tilbudsgivere. Den ene af disse har bekræftet ikke at være potentiel tilbudsgiver. De to andre har ikke svaret eller i øvrigt – før eller efter udbuddet – henvendt sig.

3.3 Parternes anbringender særligt ad påstand 2

Dustin har gjort gældende, at leveringskontrakternes afsnit 3.2.8.1.1 angår kravene til den produktdokumentation, leverandøren skulle levere til kunderne samme med produkterne – også kaldet ”Asset Management”. Den ændring, som SKI har foretaget efter besvarelsen af spørgsmål 43, har betydning for, hvilke produkter og producentmærke en tilbudsgiver kan tilbyde. Sådanne ændringer har grundlæggende betydning for udbuddet. Ændringen er således egnet til at påvirke kredsen af potentielle bydende og/eller fordreje

konkurrencen mellem tilbudsgivere og udgør derfor en grundlæggende ændring, der ikke kunne være gennemført uden fornyet udbud.

For så vidt angår delaftale 1 var der efter kravspecifikationens pkt. 6.17 et entydigt krav om, at alle computere skulle være supporteret, og computere skulle kunne identificeres via deres unikke Windows ID. Den ændring, som SKI har foretaget, var således klart udtryk for en ændring af kravspecifikationens pkt. 6.17.

For så vidt angår delaftale 2 differentieres der efter kravspecifikationens pkt. 6.12-6.14 mellem computere, der skal leveres med Windows 10, Windows 11 eller ChromeOS. Der gjaldt imidlertid et tilsvarende krav om entydig identifikation via WMI samt Autopilot for alle computere med Windows 10. Kravet var således gældende for 11 ud af de 19 computere, som skulle tilbydes på delaftale 2.

Med ændringen accepterer SKI, at alle tilbudte produkter kan blive fritaget for kravene til den data og produktinformation, som ellers var krævet, hvis blot data ikke er "tilgængelig". Ændringen betyder således reelt, at pkt. 6.7 i kravspecifikationen for delaftale 1 og pkt. 6.12 – 6.14 i kravspecifikationen for delaftale 2 går fra at være specifikke "krav" til at være valgfrit for tilbudsgiverne, idet kravet nu afhænger af, om der er tilbudt produkter, hvor data er tilgængelig.

Ændringen har således betydning for alle computere på delaftale 1 samt 11 ud af 19 computere på delaftale 2, da det (før ændringen) var disse computere, som skulle leveres med Windows Autopilot Device Identitet.

SKI har gjort gældende, at den foretagne ændring alene havde karakter af en præcisering. Der er ikke tale om en ændring af et grundlæggende element.

Leveringskontrakternes pkt. 3.2.8 indeholder krav til de oplysninger om de tilbudte produkter, som leverandøren under driften af delaftale 1 og 2 skulle stille til rådighed til brug for kundernes asset management af produkter anskaffet under rammeaftalen.

Da ikke alle oplysninger ville være relevante for alle tilbudte produkter, var det dog i pkt. 3.2.8 eksplicit anført, at leverandøren alene skulle levere de krævede oplysninger i det omfang: "... det er relevant for det pågældende

produkt. Leverandøren skal for eksempel ikke levere oplysninger om MAC-adresse for tasker såfremt dette ikke relevant.”

Det fremgik videre, at oplysningerne bl.a. skulle kunne leveres i Excel-format. Underpunkt 3.2.8.1.1 vedrører dette. Ændringen af teksten i dette underpunkt er alene en præcisering i overensstemmelse med det anførte i pkt. 3.2.8, hvorefter de krævede oplysninger fortsat alene skulle angives i den udstrækning, det var relevant for det pågældende produkt.

Præciseringen indebar således ikke en lempelse af kravet til produktoplysninger eller en ændring, som på anden måde havde betydning for, hvilke produkter og producentmærker en tilbudsgiver kunne byde ind med som hævdet af Dustin. Præciseringen var af samme grund heller ikke egnet til at påvirke kredsen af potentielle bydende og/eller fordreje konkurrencen mellem tilbudsgivere, hvorfor der ikke var tale om en grundlæggende ændring. SKI kunne blot have henvist til, hvad der i forvejen fremgik af udbudsmaterialet, men ønskede for god ordens skyld at foretage præciseringen.

I øvrigt bemærkes, at spørgsmål 43, som foranledigede præciseringen, angik Chromebooks, der var omfattet af det efterspurgte sortiment for delaftale 2. Da Chromebooks ikke understøtter Windows Autopilot, var oplysninger herom selvsagt ikke relevante. Situationen kan sammenlignes med et udbud af f.eks. køretøjer, hvor ordregiver efterspørger både benzinbiler og el-biler. I en sådan situation vil det savne mening at bede om oplysninger om forbruget af benzin pr. km for den del af sortimentet, hvor der tilbydes el-biler.

3.4 Parternes anbringender særligt ad påstand 3

Dustin har gjort gældende, at SKI krævede, at de tilbudte USB-C-porte var generation 2 og med en minimum båndbredde på 5 Gbit, jf. kravspecifikationens pkt. 6.19.1. I dette krav ligger, at en tilbudsgiver kan opfylde kravet med en USB-C-port fra generation 2 og en båndbredde på 5 eller 10 Gbit, men ikke ved en USB-C-port fra generation 1 med en båndbredde på 5 Gbit.

SKI ændrede ovenstående krav, således at der kunne tilbydes en USB-C-port fra generation 1 med båndbredde på 5 Gbit, og der har således været tale om en materiel ændring af kravene. En USB-C-port i generation 2 har således flere funktioner end en USB-C-port i generation 1 – også ud over båndbredden.

At kravet om levering af en USB-C-port i 2. generation var af stor betydning for potentielle tilbudsgivere, blev allerede klarlagt i spørgsmål/svar under den første udbudsrunde. Spørgsmål fra potentielle tilbudsgivere kan også inddrages i vurderingen af, hvorvidt en ændring kan have påvirket kredsen af potentielle tilbudsgivere og dermed udgør en grundlæggende ændring.

SKI valgte at acceptere ændringer i det første udbud (på trods af deres grundlæggende karakter). Efter at det første udbud blev annulleret, fik SKI dog ikke foretaget de nødvendige tilpasninger i udbudsmaterialet inden genudbuddet, og kravet om en USB-C-port i 2. generation indgik derfor stadig i delaftale 1. Det påvirker ikke muligheden for at foretage lovlige ændringer, at ændringen skulle være sket efter et forudgående, annulleret udbud.

At der er tale om en materiel ændring, der ikke kunne udledes af udbudsmaterialet for genudbuddet, understøttes også af det faktum, at det var nødvendigt for en tilbudsgiver i genudbuddet at opfordre SKI til at ændre kravet til generation 2.

SKI har anført, at det ikke har betydning, at der var krævet en 2. generation USB-C-port, da kravene til disse allerede var defineret via henvisningen til minimum båndbredde på 5 Gbit, og at det derfor var åbenlyst for tilbudsgiverne, at de også kunne tilbyde en 1. generation USB-C-port. Dette er ikke korrekt, da der ligger flere materielle forskelle mellem en 2. generation og 1. generation, hvorfor det også er vigtigt at definere kravet til, hvilken generation der kræves, også selvom kravet til båndbredde kendes. Dette illustreres også ved, at SKI har fundet det nødvendigt at definere kravet til USB-C-portens generation i kravspecifikationens pkt. 6.19.1, men ikke har fundet det nødvendigt i beskrivelse af kravene til de USB-C-porte, som skulle være i de docking-stationer, som tilbudsgiverne også skulle tilbyde.

SKI foretog således en materiel ændring af kravet til USB-C-Porte, der ikke kun udgør en ændring af kravet til båndbredden, og som helt konkret havde betydning for, hvilke tilbudsgivere der havde mulighed for at afgive tilbud på rammeaftalen. Dermed er ændringen at betragte som en ændring af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet og kunne ikke gennemføres uden fornyet udbud. Selvom ændringen alene har betydning for stationær 1 i genudbuddet, skal ændringens betydning ses i sammenhæng med det generelle krav

om, at der skal tilbydes de samme to producentmærker på tværs af alle specificerede produkter.

SKI har gjort gældende, at ændringen af pkt. 6.19.1 i kravspecifikation for delaftale 1 alene havde karakter af en præcisering af en åbenbar skrivefejl. Ændringen indebar ikke en materiel ændring af kravene.

Pkt. 6.19.1 i kravspecifikationen for delaftale 1 vedrører de underproduktgruppenspecifikke krav til stationære computere. SKI havde stillet krav om, at den tilbudte stationære computer skulle have to USB-C-porte med en overførselshastighed med en båndbredde på 5 Gbit. Ved en fejl var det dog anført i kravspecifikationen, at USB-C-portene skulle være generation 2. Kravet om 5 Gbit båndbredde modsvarer kravet til 1. generation USB-C-porte, mens båndbredden for 2. generation USB-C-porte er 10 Gbit. Selv uden en angivelse af generationen viser den krævede båndbredde således i sig selv, om der er tale om generation 1 eller 2. At der ikke konsekvent i kravspecifikationen var angivet generation for krævede USB-C-porte var således også begrundet i dette forhold, idet angivelsen af antal Gbit således var tilstrækkelig specifikation i sig selv. Endvidere var det netop båndbredden og dermed dataoverførselshastigheden, der var af betydning for SKI's kunder, hvorfor der alene var stillet krav hertil. Det oprindeligt anførte krav til båndbredde, som blev fastholdt under hele udbudsprocessen, afspejlede således båndbredden for generation 1 for USB-C-porte.

Fejlen opstod i forbindelse med den tilretning af udbudsmaterialet, der skete forud for genudbuddet i forlængelse af det første (annullerede) udbud. SKI havde i den forbindelse ændret alle kravene til USB-C-porte til at afspejle kravene til generation 1, men havde imidlertid ikke fået konsekvensrettet ”2” til ”1” i forhold til benævnelsen af USB-C-porten i produktbeskrivelsen under pkt. 6.19.1 i kravspecifikationen.

På foranledning af det stillede spørgsmål 6 tilrettede SKI derfor pkt. 6.19.1, således at det blev præciseret, at kravet angik ”generation 1” og ikke som anført ”generation 2”. SKI præciserede endvidere i den forbindelse, at ”[d]et er således fortsat 5 Gbit båndbredde, som Leverandøren skal opfylde.”

Der var således blot tale om en præcisering af en skrivefejl, der ikke indebar nogen materiel ændring af de øvrige tekniske krav til USB-C-porte, der forblev uændrede. Af denne grund var præciseringen tillige uden betydning for

kredsen af potentielle tilbudsgivere samt den indbyrdes konkurrence mellem disse. Præciseringen udgjorde af denne grund ikke en ændring af et grundlæggende element. Der var derimod alene tale om en simpel og åbenbar skrivefejl, der umiddelbart kunne præciseres, og det måtte have stået klart for enhver rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver, at de stillede tekniske krav modsvarede kravene til generation 1 og ikke som anført generation 2. Der var af denne grund heller ikke tale om en væsentlig ændring, som forudsatte en fristforlængelse.

Det har i den forbindelse heller ingen betydning, at en USB-C-port i generation 2 måtte have flere funktioner end en USB-C-port i generation 1. Det er netop dataoverførselshastigheden på henholdsvis 10 Gbit og 5 Gbit, som særligt kendetegner de to generationer. Der sælges således ikke USB-C-porte 2. generation med en båndbredde på 5 Gbit. Disse sælges alene med en båndbredde på minimum 10 Gbit. Tilsvarende findes der alene USB-C-porte i 1. generation med en båndbredde på 5 Gbit. Dette må anses for gængs viden for enhver almindeligt oplyst aktør på markedet for computere og tilbehør.

3.5 Parternes anbringender særligt ad påstand 4

Dustin har gjort gældende, at SKI ændrede kravet om, at NFC-læsere skulle leveres i samme producentmærker på tværs af alle produkter. Sammen med ændringen låste SKI derfor også op i de relevante felter fra tilbudslisten, således at der ikke automatisk blev angivet de to tilbudte producentmærker.

Det fremgik ikke af udbudsmaterialet, at NFC-kortlæsere var undtaget fra kravet om to gennemgående producentmærker på delaftale 1. Efter udbudsbetingelserne var således alene netværksadapters undtaget fra kravet. Det er korrekt, at kravspecifikationen modstridende angiver, at kravet om to gennemgående producentmærker ikke er gældende for netværksadapters samt NFC-kortlæsere. Kravspecifikationen er således hverken i overensstemmelse med udbudsbetingelserne eller tilbudslisten. Udbudsmaterialet indeholdt ikke bestemmelser om, hvordan eventuelle uoverensstemmelser i udbudsmaterialet skulle fortolkes. Eventuelle uklarheder i udbudsmaterialet må komme ordregiver til skade, og udbudsretligt må det anses som en ændring, når en ordregiver tilpasser udbudsmaterialet til én af de to muligheder, som udbudsmaterialet indeholder.

Ændringen havde ikke bare betydning for de konkrete tilbudsposter vedrørende NFC-læsere, men også alle øvrige tilbudte produkter, da der gælder et generelt krav om valg af samme to producentmærker.

Helt konkret betød kravet, at et af de mest centrale producentmærker (Lenovo) ikke kunne opfylde kravene og dermed ikke kunne bruges som ét af de to producentmærker. Lenovo har en markedsandel på mere end 50 % i Danmark og er formentlig valgt af alle eller de fleste tilbudsgivere.

Da ændringen kan have påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet eller fordrejet konkurrencen mellem tilbudsgivere, er der tale om en grundlæggende ændring, som ikke kunne foretages uden fornyet udbud.

SKI har gjort gældende, at ændringen alene udgjorde formateringsmæssige tilpasninger og således var uden nogen form for materiel betydning.

Den 4. juli 2022 modtog SKI en henvendelse fra en tilbudsgiver, som gjorde opmærksom på, at der i tilbudslisten til delaftale 1 var celler i fane 5 ("Bærbare computere"), som var låste, således at tilbudsgiverne ikke manuelt kunne angive et producentnavn for NFC-kortlæsere. Tilbudslisten var opbygget således, at der for produkter – som var omfattet af kravet om gennemgående producentmærker – automatisk blev udfyldt producentnavn. NFC-kortlæsere var efter kravsspecifikationen imidlertid undtaget kravet om to tværgående producentmærker, hvorfor tilbudsgiverne selv skulle kunne indsætte producentmærker.

I forlængelse af henvendelsen tilrettede SKI tilbudslisten.

SKI blev i samme forbindelse opmærksom på, at der var en åbenbar formateringsmæssig fejl i kravspecifikationens pkt. 6.20.7, hvor det i overensstemmelse med det anførte i pkt. 3.1 var slået fast, at NFC-kortlæsere var undtaget fra kravet om gennemgående producenter. Formateringsfejlen bestod i, at en del af afsnittets brødtekst, nemlig sætningen "NFC-læsere undtages for kravet om at alt udstyr leveres i samme producentmærke på tværs af produktet", var blevet til en del af overskriften for pkt. 6.20.8, hvor overskriften alene skulle være "Grafikkort". SKI ændrede således alene formateringen.

At NFC-kortlæsere var undtaget kravet om tværgående producentmærker, stod klart for tilbudsgiverne allerede på tidspunktet for offentliggørelsen af

udbudsmaterialet. Det er således åbenbart, at de foretagne tilpasninger af ren formateringsmæssig karakter på ingen måde kunne have indflydelse på en tilbudsgivers deltagelse i udbuddet, herunder om der kunne bydes ind med produkter fra Lenovo som hævdet af Dustin. Tilpasningen var af samme grund heller ikke egnet til at kunne fordreje konkurrencen mellem tilbudsgiverne.

3.6 Parternes anbringender særligt ad påstand 5

Dustin har gjort gældende, at de underproduktgruppenspecifikke krav ikke indeholdt krav vedrørende berøringsfølsom skærm, hvorfor ændringen reelt betød, at kravet herom blev ændret fra at gælde alle computere i produktgruppen Touch og Chromebook til alene at gælde for Touch og Chromebook nr. 18 og 19. Ændringen havde konkret betydning for de produkter, som kunne tilbydes for Chromebook nr. 14 og 15, hvilket også er disse produkter, som spørgsmål 42 angår.

I forhold til dette krav præciserede SKI således ikke blot teksten, så den passer med de underproduktgruppenspecifikke krav. SKI foretog derimod en specifik materiel ændring, der har afgørende betydning for, hvilke produkter tilbudsgiverne kan tilbyde. SKI valgte da også at forlænge tilbudsfristen som følge af ændringen.

Selv om SKI alene ændrede kravene til berøringsfølsom skærm på to bærbare computere (bærbar nr. 14 og 15) ud af de 19 bærbare computere, som skulle tilbydes på delaftale 2, skal ændringen ses i sammenhæng med de særlige krav om, at tilbudsgiverne skulle tilbyde produkterne for tre forskellige producentmærker.

Foruden ovenstående ændring i relation til berøringsfølsom skærm ændrede SKI også i kravene vedrørende indbyggede webcams. I relation til denne del af ændringen er det korrekt, at der var uoverensstemmelser mellem kravet i kravspecifikationens pkt. 6.15 og undergruppekravene i pkt. 6.15.2. Udbudsmaterialet har således (også her) været uklart i forhold til centrale krav til produkterne, der har haft betydning for, om potentielle tilbudsgivere kunne byde på delaftale 2 eller ej.

SKI's krav, særligt om to webcams (720) for produktgrupperne Touch og Chromebooks, var udtryk for et atypisk krav, der alene kan opfyldes af en

meget begrænset kreds af producentmærker, som til og med kun har få produkter, som opfylder kravet. Det er derfor sandsynligt, at en potentiel tilbudsgiver, der før ændringen har læst de oprindelige krav, ikke har set sig i stand til at opfylde kravet om tre produktmærker eller har vurderet, at dette i så fald vil være med en begrænset konkurrenceevne. Igen skal ændringen ses i lyset af den særlige struktur i delaftale 2, hvor tilbudsgiver skulle tilbyde tre forskellige producentmærker til hvert produkt. Kravene skulle således ikke bare opfyldes af én, men af tre forskellige producenter.

En gennemgang af SKI-kataloget viser i øvrigt, at Comm2IG har tilbudt computere som bærbar 14 og 15, der ikke har touchskærme. Ændringen har således haft konkret betydning for, hvilke producentmærker Comm2IG tilbød.

SKI har gjort gældende, at for så vidt angår ændringen af pkt. 6.15 i kravspecifikationen for delaftale 2 vedrørende kravet til indbyggede webcam og webcams på begge sider på de bærbare computere, var der alene tale om en simpel præcisering af en mindre unøjagtighed. Det fremgik klart af pkt. 6.15, at de deri anførte krav alene gjaldt, "... medmindre andet er anført i den underproduktgruppespecifikke krav". Det måtte derfor stå klart for enhver rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver, at der – når kravet rettelig blev læst i sammenhæng med de underproduktgruppespecifikke krav i pkt. 6.15.2 – alene var stillet krav om et webcam for så vidt angik bærbar 12-15.

Den præcisering af kravspecifikationen, som SKI har foretaget, havde således alene til formål at fjerne en mulig uklarhed i udbudsmaterialet og havde ikke karakter af en ændring, som på nogen måde kunne have betydning for kredsen af tilbudsgivere eller for konkurrencen mellem dem. Det fastholdes på det grundlag, at der ikke var tale om en grundlæggende ændring som hævdet af Dustin.

For så vidt angår afgrænsningen af kravet om indbygget berøringfølsom skærm til computerne bærbar 18 og 19 havde dette alene karakter af en ændring, som formentligt nødvendiggjorde, at tilbudsgiverne fik længere tid til udarbejdelsen af deres tilbud, idet ændringen åbnede for, at der kunne tilbydes flere og andre computere for bærbar 14 og 15. Ændringen var derimod hverken egnet til at kunne have påvirket en tilbudsgivers beslutning om deltagelse i udbudsprocessen eller til at forvride konkurrencen mellem tilbudsgiverne. SKI forlængede i forbindelse med offentliggørelsen af spørgsmål og svar endvidere tilbudsfristen. I den udstrækning der måtte have været tale om

en væsentlig ændring, iagttog SKI således fuldt ud forpligtelsen til at forlænge tilbudsfristen efter udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2.

Udbuddet var tilrettelagt med henblik på at skabe størst mulige besparelser i den offentlige sektor, når der anskaffes computere og it-tilbehør, dog uden at gå på kompromis med kvaliteten af udstyret. Det var af samme grund også vigtigt for SKI's kunder, at der blev tilvejebragt et optimalt og relevant sortiment. Et potentielt fordyrende krav om berøringsfølsom skærm også for bærbar 14 og 15 fandtes ikke at være begrundet i kundernes behov på delaftale 2, der dækker basis- og skolecomputere, hvor mange kunders behov vil være tilstrækkeligt dækket ved alene ét webcam og uden en berøringsfølsom skærm. Var kravet blevet fastholdt for bærbar 14 og 15, ville det således potentielt medføre en unødigt fordyrelse af produkterne på aftalen, navnlig når funktionaliteten fortsat var sikret i sortimentet med kravene til berøringsfølsom skærm for bærbar 18 og 19.

Som det også fremgår af spørgsmål 42, var der ikke tale om, at kravet til indbygget berøringsfølsom skærm også for bærbar 14 og 15 oprindeligt indebar, at en eller flere tilbudsgivere ikke så sig i stand til at afgive tilbud. Kravet afveg blot fra det, som kunderne ifølge spørgeren forventedes at ville efterspørge. Tilbudsgiverne kunne imidlertid sagtens have afgivet tilbud, også hvis kravet var blevet fastholdt, og der indkom da heller ikke under udbudsprocessen andre spørgsmål eller henvendelser fra tilbudsgiverne, som gav udtryk for, at kravet udgjorde en hindring for at kunne afgive tilbud.

Henset til, at udbuddet rettede sig mod et leverandørmarked, hvor producenterne typisk agerer underleverandører til tilbudsgiverne, havde kredsen af tilbudsgivere lige adgang til at vælge, hvilke producentmærker de ønskede at tilbyde. Netop som følge heraf vil en ændring af krav i udbudsmaterialet, som potentielt kan åbne for brug af flere eller andre producenter ved afgivelse af tilbud, ikke ændre kredsen af tilbudsgivere, men alene skærpe konkurrencen. På tilsvarende vis vil ændringer af denne karakter heller ikke medvirke til at forvride konkurrence mellem tilbudsgiverne, idet ændringen påvirker alle tilbudsgivere ens og alene øger tilbudsgivernes mulighed for at optimere deres tilbud.

Selv hvis der teoretisk måtte have været en tilbudsgiver, som ikke kunne levere en bærbar med indbygget berøringsfølsom skærm, som levede op til kravspecifikationen for bærbare 14 og 15 før SKI's præcisering af kravet,

ville den pågældende tilbudsgiver – som følge af sammenfaldet mellem kravspecifikationerne for bærbare 14 og 15 og 18 og 19 – heller ikke efter ændringen have været i stand til at afgive tilbud, eftersom der fortsat var krav om levering af funktionaliteten for bærbare 18 og 19.

3.7 Parternes anbringender særligt ad påstand 6

Dustin har gjort gældende, at ændringen bestod i, at batterikapacitet i watt-timer (Wh) blev ændret fra 45 til 41 for bærbare 2-4 og 6-8. Ændringen angik således hovedparten af de bærbare computere, som skulle tilbydes på delaftale 2. Tilbudsgiver skulle tilbyde tre forskellige producentmærke til hvert produkt. Det var derfor nødvendigt for en potentiel tilbudsgiver at finde minimum tre produktmærker, som kunne opfylde kravene til batterikapacitet på alle de bærbare computere omfattet af ændringen. Hvis en tilbudsgiver ikke kunne det, eller hvis det betød, at de måtte vælge et produktmærke, som ville svække deres konkurrenceevne, har ændringen potentielt påvirket kredsen af tilbudsgivere eller konkurrencen mellem disse.

Det fremgik af spørgsmål 37 bl.a.: ”Hvis kravet ikke bliver ændret, vil endnu en producent ikke kunne byde på disse kategorier, og det vil dermed bliver svært hvis ikke umuligt for Tilbudsgivere at byde med tre forskellige producentmærker på Delaftale 2”. Dette understøtter, at det var en ændring af grundlæggende betydning.

SKI anså selv denne ændring for så betydningsfuld, at der blev fremsendt en ændringsbekendtgørelse, hvori man beskrev ændringen og forlængede tilbudsfristen.

SKI har gjort gældende, at ændringen af kravet i pkt. 6.15.2 i kravspecifikationen for delaftale 2 til batterikapacitet i watt-timer (Wh) fra 45 Wh til 41 Wh for så vidt angår bærbar 2-4 og 6-8 alene udgjorde en mindre ændring, der ikke på nogen måde havde betydning for kredsen af tilbudsgivere, der kunne afgive tilbud, og som heller ikke var egnet til at fordreje konkurrence mellem tilbudsgiverne. Ændringen udgjorde ikke en ændring af grundlæggende elementer. I forlængelse af ændringen af kravet valgte SKI at forlænge tilbudsfristen fra den 1. juli 2022 til den 5. juli 2022 ved fremsendelse af en ændringsbekendtgørelse til EU's publikationskontor den 23. juni 2022.

I forbindelse med spørgsmål 37 vedrørende ændring af kravet til batterikapacitet for enkelte af de tilbudte bærbare computere blev SKI opmærksom på, at kravet var fastsat højere end det, som var sagligt begrundet i kundernes behov på delaftale 2, der skulle dække basis- og skolecomputere. Netop for denne type bærbare har prisen tungtvejende betydning, mens der normalt blot ønskes bærbare med en batterikapacitet, som muliggør et par timers brug af den bærbare uden tilslutning af ekstern strømforsyning. En bærbar computer med batterikapacitet højere end 40 Wh kan normalt klare en hel arbejdsdag ved normal brug uden tilslutning til strømkilde. Kravet på 45 Wh ville således medføre en unødigt fordyrelse af produkterne på rammeaftalen, uden at dette sagligt var modsvaret i kundernes reelle behov.

SKI accepterede at reducere kravet til batterikapacitet, for at der kunne bydes ind med billigere bærbare computere, men kravet var i øvrigt uden betydning for, hvilke tilbudsgivere der kunne afgive tilbud. Det stillede krav til batterikapaciteten på de pågældende bærbare computere på 45 Wh på delaftale 2 var ikke usædvanligt, men derimod i overensstemmelse med almindelig markedsstandard. Comm2IG har under sagen identificeret minimum syv potentielle producentmærker, som kunne være relevante for afgivelse af tilbud på delaftale 2. Dustin har ikke godtgjort, at dette ikke skulle være korrekt.

Da udbuddet rettede sig mod et leverandørmarked, hvor producenterne typisk agerer underleverandører til tilbudsgiverne, har kredsen af tilbudsgivere lige adgang til at vælge, hvilke producentmærker de ønsker at tilbyde. Af de indkomne konditionsmæssige tilbud fremgår da også, at forskellige tilbudsgivere i enkelte tilfælde har valgt at tilbyde samme producentmærke.

Kravet til batterikapacitet fremgik desuden af udbudsmaterialet og ikke af den udbudsbekendtgørelse, der blev afsendt af SKI den 30. maj 2022 ved udbudsprocessens start. En potentiel tilbudsgiver ville således alene kunne have fået kendskab til kravet ved at downloade udbudsmaterialet, og kravet havde dermed ikke en karakter, som kunne have afholdt en potentiel tilbudsgiver fra at deltage i udbuddet allerede på baggrund af oplysningerne i udbudsbekendtgørelsen. At ændringen af kravet var helt uden betydning for tilbudsgiverkredsen, underbygges endvidere af, at der ikke var nye tilbudsgivere, som lod sig registrere i ETHICS efter offentliggørelsen af ændringsbekendtgørelsen i TED den 28. juni 2022.

3.8 Parternes anbringender særligt ad påstand 7

Dustin har gjort gældende, at ændringen, hvorved tilbehøret ”Sleeves” blev undtaget fra kravet om, at alt tilbehør skulle være originalt tilbehør fra producenten af den bærbare computer, havde grundlæggende betydning.

Særligt i forhold til sleeves gjaldt det, at de mest anvendte producentmærker ikke kunne opfylde kravet, hvilket betød, at potentielle tilbudsgivere før ændringen måtte søge andre producentmærker til alle de bærbare computere, da man ellers ikke kunne tilbyde sleeves som originalt tilbehør fra producenten. Ændringen havde således ikke kun betydning for det tilbehør, man kunne tilbyde, men også for de bærbare computere. At ændringen havde stor betydning, understøttes af den måde, som spørgsmål 4 og 16 er formuleret på.

SKI har under klagesagen anerkendt, at kravet var et usædvanligt og usagligt krav, der i øvrigt ikke kunne opfyldes af alle producenter af bærbare computere. Dette underbygger Dustins påstand og anbringender om, at ændringen udgør en ændring af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, da det bl.a. var på dette grundlag potentielle tilbudsgivere skulle afklare, om de ønskede at afgive tilbud eller ej.

Når SKI angiver, at ændringen alene medførte en skærpelse af konkurrencen, er der ikke taget hensyn til de potentielle tilbudsgivere, der valgte ikke at deltage i udbuddet som følge af det usædvanlige krav til sleeves.

SKI har anført, at Lenovo, DELL, HP, Dynabook og Asus sælger sleeves under eget producentmærke, men disse producenter udgør alene et fåtal af de producenter, som potentielle tilbudsgivere kunne basere deres tilbud på.

Der er således tale om en grundlæggende ændring, der ikke kunne være foretaget uden fornyet udbud.

SKI har gjort gældende, at ændringen af kravet i kravspecifikation for delaftale 2, hvorefter det blev accepteret, at sleeves blev undtaget fra kravet om, at alt tilbudt tilbehør skulle være originalt tilbehør fra producenten af den bærbare eller stationære computer, alene udgjorde en mindre ændring og på ingen måde en ændring af grundlæggende elementer.

Baggrunden for kravet i udbudsmaterialet om, at alt tilbehør til de tilbudte computere skulle være originalt tilbehør fra producenten af computeren, var hensynet til at sikre, at det tilbudte tilbehør (batterier, strømforsyning, mus og tastaturer samt sleeves) også var kompatibelt med de tilbudte computere.

Da et sleeve alene er et omslag til beskyttelse af en bærbar computer, når den ikke er i brug, er et sleeve uden betydning for selve funktionaliteten af den bærbare computer. Et krav om, at de tilbudte sleeves skulle være originalt tilbehør fra producenten af de tilbudte bærbare computere, var dermed ikke et sagligt hensyn begrundet i kundernes behov. Sleeves adskilte sig herved fra de øvrige typer tilbehør omfattet af rammeaftalen. Kunderne køber også kun sjældent sleeves fra originalproducenten af en bærbar computer og køber i stedet sleeves, der designmæssigt falder i den pågældendes smag, og som passer til størrelsen på computeren. At SKI har givet udtryk for, at kravet ikke var sagligt begrundet i kundernes behov, er i øvrigt ikke ensbetydende med, at SKI anså kravet for ”usædvanligt” eller ”usagligt”.

SKI anerkender, at ikke alle producenter af bærbare computere generelt også tilbyder sleeves under eget producentmærke. Dette er dog ikke ensbetydende med, at det ikke ville være muligt at afgive tilbud på bærbare computere fra tre forskellige producenter, som også samtidig tilbød sleeves under eget producentmærke, såfremt kravet var blevet fastholdt. Dustin har på ingen måde godtgjort, at dette ville have været tilfældet. En række producenter, herunder f.eks. Lenovo, DELL, HP, Dynabook og Asus, sælger således sleeves under eget producentmærke. En simpel søgning på internettet viser dog også, at der i vid udstrækning findes producenter, som ikke sælger bærbare computere, men som har specialiseret sig i tilbehør hertil, herunder sleeves, ofte til væsentligt lavere priser end de mere traditionelle producenter. Kravet samt ændringen heraf var derfor ikke egnet til at påvirke kredsen af potentielle tilbudsgivere, men åbnede alene for, at samtlige tilbudsgivere på samme vilkår kunne optimere deres tilbud yderligere.

Ved at ændre i pkt. 7.4 i kravspecifikationen for delaftale 2 åbnede SKI således op for, at tilbudsgiverne kunne vælge frit blandt det store antal af producenter af sleeves, der i dag findes i markedet. Dette skete dog alene i erkendelse af, at det opstillede krav om originalt tilbehør ikke var sagligt begrundet i kundernes behov, og ikke fordi en fastholdelse af kravet ville have gjort det umuligt for tilbudsgiverne at afgive tilbud på delaftale 2, såfremt kravet var

blevet fastholdt. Ændringen medførte således alene en skærpelse af konkurrencen på rammeaftalen, idet undtagelsen til kravet om originalt produceret tilbehør for sleeves gjorde det muligt for alle tilbudsgiverne at tilbyde sleeves fra andre og billigere mærker.

Kravet om originalt produceret tilbehør i forhold til sleeves fremgik desuden af udbudsmaterialet og ikke af den udbudsbekendtgørelse, der blev afsendt af SKI den 30. maj 2022 ved udbudsprocessens start. En potentiel tilbudsgiver ville således alene kunne have fået kendskab til kravet ved at downloade udbudsmaterialet, og kravet havde dermed ikke en karakter, som kunne have afholdt en potentiel tilbudsgiver fra at deltage i udbuddet allerede på baggrund af oplysningerne i udbudsbekendtgørelsen.

Ændringen blev offentliggjort i ETHICS allerede den 21. juni 2022, og alle tilbudsgiverne havde rimelig tid til at tilpasse deres tilbud i overensstemmelse med ændringen. Hertil kommer, at tilbudsfristen i samme forbindelse blev forlænget fra den 30. juni 2022 til den 1. juli 2022.

3.9 Parternes anbringender ad påstand 10

Dustin har gjort gældende, at såfremt klagenævnet måtte komme frem til, at der ikke er foretaget grundlæggende ændringer i udbudsmaterialet til delaftale 1 og/eller 2, har der i hvert fald været tale om væsentlige ændringer, der har nødvendiggjort en længere forlængelse af tilbudsfristen, end tilfældet var.

Den måde, som udbuddet var struktureret på, stiller store krav til potentielle tilbudsgivere i forhold til at identificere de producentmærker og produkter, der både giver mulighed for et konditionsmæssigt og konkurrencedygtigt tilbud. Eksempelvis vil én ændring til et produkt under "Tilbehør" på delaftale 1 kunne påvirke alle de øvrige produkter, tilbudsgiveren havde planlagt at tilbyde. SKI havde således en forventning om, at tilbudsgiverne ikke var selve producenterne, men forhandlere, der skulle indgå aftale med to-tre producenter om at kunne basere sig på deres produkter ved tilbudsafgivningen. Ved hver ændring skulle tilbudsgiver således genbesøge valget af producenter samt sikre deres godkendelse af de ændringer i tilbuddet, som SKI's ændringer til udbudsmaterialet medførte.

I tillæg til ovenstående skal ændringer også ses i lyset af, at udbuddet har en anslået, maksimal værdi på over 4,6 mia. og alene indgås med én leverandør

pr. delaftale. Rammeaftalernes værdi indebar således, at alle ændringer i tilbuddet nødvendiggjorde beslutninger på allerhøjeste ledelsesmæssigt niveau hos både tilbudsgivere samt de bagvedliggende producenter.

Derudover har det også betydning, at der er tale om et offentligt udbud, hvortil der alene gives 30 kalenderdages tilbudsfrist (minimumsfristen) med en meget stor kreds af potentielle tilbudsgivere, herunder udenlandske tilbudsgivere.

Det følger af udbudslovens § 2, stk. 1, og § 93, stk. 4, at en ordregiver skal sikre ligebehandling af alle tilbudsgivere samt sikre tilstrækkelig forlængelse af tilbudsfristen. Det fremgår af forarbejderne bl.a., at når ordregiveren i visse situationer er forpligtet til at forlænge fristen under udbuddet, er det for at økonomiske aktører får mulighed for at opnå kendskab til de oplysninger, der er nødvendige for at udforme en ansøgning eller et tilbud. Den forlængede frist skal fastsættes i henhold til proportionalitetsprincippet. Som følge heraf skal forlængelsen stå i et rimeligt forhold til oplysningernes, dokumenternes eller ændringernes betydning og give den økonomiske aktør passende tid til at afgive ansøgning eller tilbud.

Det er særligt i forbindelse med to ændringer, som er meddelt den 21. juni og 4. juli 2022, at SKI ikke har opfyldt kravet om, at forlængelsen af tilbudsfristen skal stå i rimeligt forhold til ændringen og dermed sikre ligebehandling og proportionalitet.

Den ændring, som blev meddelt den 21. juni 2022, er især behandlet under påstand 7 og omhandler kravet til "Sleeves". Som anført havde ændringen meget stor betydning for afgivelse af tilbud. Til støtte herfor henvises bl.a. til spørgsmål 4, som blev stillet den 2. juni 2022, forud for ændringen, og hvori det bl.a. hedder:

"Derfor er det ikke muligt at tilbyde 3 sleeves fra producenten af computeren, som det er krævet. ..."

På trods af ændringerne, herunder de ændrede krav til kravspecifikationer og tilbudsliste, forlængede SKI alene tilbudsfristen med én kalenderdag fra den 30. juni 2022 til den 1. juli 2022, hvilket på ingen måde stod i rimeligt forhold til de betydelige ændringer, som SKI foretog den 21. juli 2022, og som i høj

grad påvirkede tilbudsgivernes udarbejdelse af tilbud, herunder som følge af ændringer til "Sleeves".

Ændringerne påvirkede, hvilke bærbare computere som kunne tilbydes på delaftale 2 samt kredsen af de producentmærker, der kunne afgives tilbud med på samtlige bærbare computere på delaftale 2. Ændringerne havde ikke kun betydning for de ni varelinjer for sleeves. Tilbudsgiverne fik reelt mulighed for at tilbyde helt andre producentmærker på alle de bærbare computere.

I relation til påstand 12 ses det, at SKI opstillede flere specifikke krav til bl.a. computerens operativsystemer og CPU'er, hvor der angives et specifikt produkt eller varemærke samt delvist blev givet mulighed for at tilbyde et "tilsvarende" produkt.

Når SKI foretog ændringer til de produkter og producentmærker, en tilbudsgiver kunne anvende, skulle der således også tages højde for, at dette kunne resultere i en situation, hvor en tilbudsgiver tilbød et "tilsvarende" produkt i forhold til referenceproduktet i de tekniske specifikationer, og dermed også at tilbudsgiverne skulle have tilstrækkelig tid til at kunne fremskaffe de testrapporter eller certifikater fra et overensstemmelsesvurderingsorgan, som SKI krævede. Dette var i praksis ikke muligt med de korte forlængelser af tilbudsfristen, som SKI foretog.

Som også angivet i anbringenderne under påstand 11 og 12 var det tillige særdeles uklart, hvilke krav der reelt gjaldt for "tilsvarende" produkter, hvilket besværliggjorde og forlængede processen for indhentning af passende bevismidler.

Det er i den forbindelse heller ikke korrekt, at tilbudsgiverne måtte formodes at have tæt dialog med samtlige potentielle producenter. SKI's ændringer af udbudsmaterialet i løbet af udbudsprocessen ændrede netop kredsen af de producenter, der kunne levere produkter i overensstemmelse med de tekniske specifikationer.

Selv om der tilkommer ordregiver et vist skøn i vurderingen af, hvad der udgør en passende tidsfristforlængelse, har dette skøn dog været udøvet åbenlyst forkert af SKI, når der alene skete fristforlængelse med én dag på trods af betydningen af ændringen til kravet vedrørende sleeves.

Den ændring, som blev meddelt den 4. juli 2022, er især behandlet under påstand 4 og gav mulighed for at tilbyde andre produkter og producentmærker. Ændringen skete dagen inden den aktuelle tilbudsfrist (den 5. juli 2022) og dermed mindre end seks dage inden tilbudsfristens udløb. Alligevel meddelte SKI via udbudssiden den 4. juli 2022, at tilbudsfristen alene blev forlænget til den 11. juli 2022. Der henvises i øvrigt til påstand 1 for så vidt angår de særlige, formelle problemer hermed.

Heller ikke denne forlængelse på syv kalenderdage står i rimeligt forhold til de betydelige ændringer, som SKI foretog den 4. juli 2022, og som også i høj grad påvirkede tilbudsgivernes udarbejdelse af tilbud.

SKI's forlængelser af tilbudsfristen tog heller ikke højde for perioden mellem, at en ændringsbekendtgørelse fremsendes og offentliggøres.

Der er i øvrigt under påstand 2-7 i det hele redegjort for betydningen af de gennemførte ændringer, herunder hvilken betydning de har haft i forhold til, hvilke produkter og producentmærker tilbudsgiverne kunne tilbyde.

SKI har gjort gældende, at der er meddelt passende forlængelser af tilbudsfristen.

Det fremgår af udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 1 og 2, at en ordregiver kan forlænge fristen for modtagelse af ansøgninger eller tilbud, og at ordregiver er forpligtet hertil, hvis ordregiver meddeler supplerende oplysninger om udbudsmaterialet eller supplerende dokumenter senere end seks dage før den fastsatte frist for modtagelse af ansøgning eller tilbud. Tilsvarende gælder, såfremt ordregiver foretager væsentlige ændringer i udbudsmaterialet.

Af forarbejderne til udbudslovens § 93 fremgår bl.a., at såfremt ordregiveren, eventuelt på foranledning fra en økonomisk aktør, har behov for at fremsende supplerende oplysninger om udbudsmaterialet eller supplerende dokumenter, jf. § 134, senere end seks dage før den fastsatte frist for modtagelse af ansøgninger eller tilbud, er ordregiveren i henhold til bestemmelsens stk. 4, nr. 1, forpligtet til at forlænge fristen. Fristen skal som minimum forlænges således, at der skabes en ny periode på seks dage i henhold til § 134. Af forarbejderne fremgår endvidere, at tidsfristen skal fastsættes under hensyntagen til

udbuddets og kontraktens kompleksitet, herunder antallet og omfanget af dokumentationskrav og de krævede oplysningers karakter. Videre fremgår dog, at ordregiveren i den forbindelse kan inddrage andre hensyn.

Det følger af EU-Domstolen og klagenævnets praksis, at ordregiver har et ganske vidt skøn i forbindelse med fastsættelsen af tidsfrister, herunder fristforlængelser under en udbudsproces. SKI har ved fastsættelsen af tilbudsfristen oprindeligt og ved de efterfølgende fristforlængelser udøvet sit skøn baseret på saglige overvejelser, og der er i hvert fald ikke tale om, at SKI ved fastsættelsen af frister har udøvet sit skøn åbenbart forkert.

Dustin gør konkret gældende, at den fristforlængelse, som blev meddelt den 21. juni 2022 i forbindelse med SKI's frafald af kravet om, at sleeves skulle tilbydes som originalt tilbehør fra producenten af den tilbudte bærbare computer, ikke udgjorde en passende frist.

Som anført under påstand 7 var der alene tale om en mindre ændring, der ikke på nogen måde havde betydning for kredsen af tilbudsgivere, der kunne afgive tilbud, og som endvidere ikke var egnet til at fordreje konkurrencen mellem tilbudsgiverne. Ændringen kan potentielt have haft betydning for den tid, som tilbudsgiverne skulle bruge på udarbejdelse af tilbud, herunder til fornyet dialog med potentielle producenter om sammensætning af sortimentet. Dette var netop grunden til, at SKI for god ordens skyld valgte at forlænge tilbudsfristen i forbindelse med ændringen. Selve varigheden af en fristforlængelse kan dog ikke ses isoleret, men må konkret vurderes i lyset af, at ændringen blev foretaget ti dage før udløbet af den dagældende tilbudsfrist, og at en ekstra dag derfor var fuldt ud tilstrækkelig til, at tilbudsgiverne kunne nå at tilpasse deres tilbud i overensstemmelse med den gennemførte ændring. Dette skal også ses i lyset af, at sleeves alene angik ni varelinjer ud af samlet 249 varelinjer.

Hertil kommer, at tilbudsfristen efterfølgende blev yderligere forlænget flere gange og endeligt til den 13. juli 2022, hvorved tilbudsgiverne fik yderligere 12 dage til udarbejdelse af tilbud. Fra ændringen blev meddelt den 21. juni 2022 til udløb af den endelige tilbudsfrist havde tilbudsgiverne således samlet set 22 dage.

Desuden var der ikke under udbudsprocessen nogen tilbudsgivere, som gav udtryk for, at de ikke havde tilstrækkelig tid til at udarbejde tilbud, herunder

i lyset af ændringen vedrørende kravet til sleeves. Det er således ikke givet, at ændringen af kravet til sleeves om originalt tilbehør fra producenten medførte et behov hos tilbudsgiverne for grundlæggende at ændre hele deres tilbud. Det synes derimod at have formodningen imod sig, da også en lang række andre kommercielle overvejelser nødvendigvis har spillet ind. Dertil kommer, at en række af de største producenter, herunder Lenovo, DELL, HP, Dynabook og Asus leverer sleeves under eget producentmærke. Valget blandt disse producentmærker var således upåvirket af kravet til sleeves, og flere af de tilbudsgivere, som afgav et konditionsmæssigt tilbud, valgte i sidste ende at tilbyde et eller flere af disse producentmærker, trods ændringen af kravet til sleeves.

Der var heller ikke stillet krav om testrapporter eller certifikater til brug for tilbudsafgivelse. Tilbudsgiverne var således ikke pålagt et krav om specifik fremskaffelse heraf, men kunne dokumentere opfyldelse af kravene på ”tilsvarende” måde ved et hvilket som helst passende bevismiddel, herunder de bevismidler, som fremgår af udbudslovens § 47.

Selv såfremt tilbudsgiverne havde været begrænset til en specifik dokumentationsform, er certifikater og testrapporter ikke dokumenter, som produceres til lejligheden i forbindelse med tilbudsafgivelsen, men derimod dokumentation, som tilbudsgiverne enten må antages at være i besiddelse af allerede, eller som relativt nemt og hurtigt kan fremskaffes fra producenten.

Dustin påberåber sig endvidere fristforlængelsen den 4. juli 2022. Som redegjort for under påstand 4 var de ændringer, som gav anledning til denne fristforlængelse, hverken grundlæggende eller for den sags skyld væsentlige, men handlede udelukkende om formateringsmæssige tilpasninger med henblik på, at tilbudsgiverne korrekt kunne indsætte producentnavn for NFC-kortlæsere i tilbudslisten. Der blev ikke i den forbindelse foretaget nogen materielle ændringer i udbudsmaterialet. Det må derfor allerede af denne grund afvises, at den foretagne fristforlængelse ikke udgjorde en passende frist. Fristforlængelsen i tilknytning til SKI's upload af nyt bilag C og bilag B på delaftale 1 den 4. juli 2022 skete således udelukkende for at iagttage 6 dages fristen, og der var mere end rigelig tid for tilbudsgiverne til at overføre deres tilbud til den opdaterede tilbudsliste, der som bekendt alene adskilte sig fra den tidligere version ved de oplåste celler.

Hertil kommer, at det må have formodningen imod sig, at tilbudsgiverne ikke allerede fra udbuddets start – og også forud herfor – var i tæt dialog med samtlige potentielle producenter, som kunne agere underleverandører til den enkelte tilbudsgiver med henblik på afgivelse af tilbud. Således deltog også en lang række producenter i den forudgående markedsdialog, ligesom der – henset til aftalens karakter – var stor bevågenhed i markedet om udbudsprocessen. Det må på den baggrund anses for relativt enkelt for en tilbudsgiver hurtigt at afstemme eventuelle ændringer i sortimentet med de relevante producenter og tilpasse sit tilbud i overensstemmelse hermed. Ændringerne indebærer således på intet tidspunkt, at tilbudsgiverne skulle starte helt forfra på deres tilbud.

I lyset heraf samt henset til ændringernes karakter og enkeltheden i tilbudsafgivelsen samt det forhold, at der fra start af processen var givet en frist på 30 dage – som efter forlængelser endeligt blev til 43 dage – til udarbejdelse af det samlede tilbud, og at der ikke på noget tidspunkt under udbudsprocessen var nogen tilbudsgivere, som gav udtryk for, at de ikke havde tilstrækkelig tid til at udarbejde tilbud, ses Dustin ikke på nogen måde at have godtgjort – endsige sandsynliggjort – at de foretagne fristforlængelser ikke var tilstrækkelige og i overensstemmelse med kravet om en passende frist.

Dette understreges så meget desto mere af, at Dustin afleverede sit tilbud fem dage før udløbet af tilbudsfristen. Ingen af de foretagne ændringer er i øvrigt af en karakter, som kan begrunde, at Dustin afgav tilbud ved upload af ikke udfyldte tilbudslistes fem dage før tilbudsfristen.

3.10 Parternes anbringender ad påstand 11 og 12

Dustin har gjort gældende, at SKI har overtrådt udbudsreglerne ved at henviser til fabrikater og varemærker i modstrid med udbudslovens § 2 samt § 42, stk. 1.

Subsidiært har Dustin gjort gældende, at kravspecifikationen ikke er tilstrækkelig klar og entydig til at vurdere, hvilke krav SKI stiller til ”tilsvarende” produkter, hvorfor udbudslovens § 2 er overtrådt.

Det er et helt grundlæggende udbudsretligt krav, at de tekniske specifikationer ikke må udformes med henvisning til specifikke produkter og varemærker. Frem for at beskrive de tekniske krav til produkter, operativsystemer og

systemtekniske krav har SKI valgt at henvise til varemærker og fabrikater i strid med udbudslovens § 42.

Henvisningerne til de forskellige varemærker og fabrikater, herunder de generelle og sporadiske angivelser af ”eller tilsvarende”, får den konsekvens, at SKI’s krav bliver uklare, og ikke gør det muligt for en tilbudsgiver at vurdere, hvordan man kan tilbyde et ”tilsvarende”, konditionsmæssigt produkt.

Dette har også den konsekvens, at konkurrencen kunstigt begrænses, da SKI uretmæssigt favoriserer specifikke leverandører, nemlig de leverandører der producerer og sælger Microsoft og Google Chrome produkter.

SKI har bevisbyrden for, at det helt undtagelsesvis har været berettiget at anvende undtagelsen i udbudslovens § 42, stk. 2, på den måde og i det omfang, det er sket.

Det er ikke korrekt, at det relevante leverandørmarked reelt kan afgrænses til Atea A/S, Comm2IG og Dustin, hvilket primært begrundes med, at der var tale om rammeaftaler med meget høje anslåede og maksimale værdier på flere milliarder kroner. Rammeaftalerne angår levering af produkter, der allerede udveksles på tværs af landegrænser i Europa. SKI opstillede ikke egnethedskrav om, at tilbudsgiverne skulle påvise en teknisk eller faglig formåen, og SKI’s økonomiske egnethedskrav gik på tilbudsgivers samlede omsætning og generelle soliditetsgrad. Der var således ikke krav om, at tilbudsgiveren skulle påvise en relevant reference og/eller specifikt omsætning inden for det forretningsområde, udbuddet angik.

SKI har således konstrueret udbuddet på en sådan måde, at også aktører uden forudgående aktivitet på forretningsområdet for levering af computere, tilbehør og service til det offentlige kunne afgive tilbud på rammeaftalerne.

Der gælder en klar hovedregel i udbudsloven om, at ordregivere ikke må henvise til bestemte fabrikater og/eller varemærker, men skal lave åbne og objektive beskrivelser af de tekniske specifikationer, der gælder i udbuddet.

Forbuddet mod at henvise til fabrikater gælder naturligvis også i udbud, som angår IT-produkter og IT-programmer, jf. klagenævnets kendelse af 18. maj 2018, EG A/S mod Ejerkredsen ØS Indsigt v/Region Nordjylland, og kendelse af 18. august 2017, Omada A/S mod Københavns Kommune.

Udbudslovens § 42, stk. 2, er en undtagelsesbestemmelse, der efter klagenævnets og EU-Domstolens praksis skal fortolkes indskrænkende, og hvor det er ordregiverens bevisbyrde, at betingelserne for at bruge undtagelsen er opfyldt, jf. bl.a. også EU-Domstolens dom af 12. juli 2018, sag C-14/17, VAR og ATM.

Anvendelsen af § udbudslovens 42, stk. 2, forudsætter således, at der skal foretages en konkret vurdering ved hver henvisning til produkt eller varemærke, samt at der efter henvisningen skal anføres ”eller tilsvarende”.

I mange offentlige udbud, hvori der indgår køb af IT-programmer, herunder operativsystemer mv., har ordregiver dog et sagligt og legitimt behov for, at nyindkøbt software er kompatibelt med det eksisterende IT-miljø.

I sådanne udbud vil ordregiver lovligt kunne angive produktnavn på det eksisterende IT-miljø samt kræve, at den tilbudte vare eller det tilbudte IT-program skal være kompatibelt hermed. Her vil ordregiver heller ikke skulle anføre ”eller tilsvarende” efter beskrivelse af det eksisterende IT-miljø, da der i sagens natur ikke kan tilbydes en løsning, der alene er kompatibelt med et ”tilsvarende” IT-miljø, jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 42 samt bl.a. klagenævnets kendelse af 27. september 2017, SimaTech A/S mod Region Sjælland.

SKI's udbud af rammeaftale 50.40 er imidlertid forpligtende for 84 kommuner, 1 region og 13 øvrige offentlige myndigheder. For de tilsluttede kommuner og regionens selvejende institutioner gælder, at de er omfattet af kommunernes og regionens tiltrædelse af rammeaftalen, men ikke er omfattet af kommunernes og regionens aftageforpligtelse. Der er bl.a. 581 forskellige selvejende institutioner og i alt ca. 700 forskellige ordregivere tilknyttet delaftalerne.

Det er således i sagens natur ikke muligt for SKI at beskrive ét eksisterende IT-miljø, som de tilbudte computere på delaftale 1 og 2 skal være kompatible med. Alle de potentielle kunder har således vidt forskellige IT-miljøer, herunder forskellig brug af de operativsystemer, som leveres af eksempelvis Apple, Google, Microsoft og Linux.

SKI's rammeaftale 50.40 er for både delaftale 1 og 2 indgået med én leverandør og yderligere begrænset af, at denne tilbudsgiver alene tilbyder 2-3 producentmærker og specifikke krav til fx det styresystem, som de tilbudte produkter skal have.

På SKI's rammeaftale 50.40 er også indført en aftaleforpligtelse for flere af de tilknyttede ordregivere, hvorefter ordregiveren skal indkøbe produkter og ydelser omfattet af rammeaftalen. Denne aftageforpligtelse er dog begrænset, så den alene indebærer ”en pligt til at bruge Rammeaftalen, når Kundens indkøbsbehov kan opfyldes af Produkter/Ydelser i Rammeaftalens sortiment.”, jf. særbilag 1 ”Aftageforpligtelsen” til rammeaftalen. Rammeaftale 50.40 er således opbygget sådan, at en tilknyttet ordregiver ikke har en aftaleforpligtelse, hvis man fx har behov for at indkøbe computere med et andet operativsystem end de computere, som er tilbudt på henholdsvis delaftale 1 og 2.

Dustin har henvist til andre SKI-udbud på IT-området (rammeaftale 02.02), som har været opbygget fx med flere leverandører, og til et udbud gennemført af det svenske Kammarkollegiet. På trods af, at SKI's rammeaftale 50.40 henvender sig til over 700 ordregivere, der har meget forskellige behov og eksisterende IT-miljøer, har SKI valgt at udbyde rammeaftale 50.40 med kun én leverandør på hver delaftale, et begrænset antal producentmærker og med produktspecifikke krav til eksempelvis de operativsystemer, som skulle tilbydes på computerne.

SKI har imidlertid ikke defineret et eksisterende eller kommende IT-miljø, som de tilbudte produkter og IT-systemer skal være kompatible med eller kunne konfigurere med, eller anvendt en proces, hvor ordregiverens konkrete IT-miljø bliver fastlagt i forbindelse med en direkte tildeling eller mini-udbud. Alle ovenstående henvisninger til produkter og varemærker skal derfor vurderes ud fra en situation, hvor ordregiveren ikke har et konkret eller fremtidigt behov, der kan begrunde et krav om specifikt produkt eller varemærke.

Hele kravspecifikationen angår således specifikke krav til de tilbudte computere uden nogen form for beskrivelse eller henvisning til kundernes eksisterende IT-miljø. SKI anvender henvisninger til specifikke produkter og systemer frem for åbne beskrivelser. I flere tilfælde, herunder i forhold til operativsystemerne Windows 10, CPU'er fra Intel og AMD samt virtualiserings-teknologi fra Intel og AMD har SKI angivet ”eller tilsvarende” eller ”eller lignende” i kravspecifikationen. I andre sammenhænge, herunder i forhold til

operativsystemet Windows 11 og Chrome OS, angives fabrikater uden angivelse af ”eller tilsvarende”.

Det er således helt åbenlyst, at SKI ikke har angivet de specifikke fabrikater som udtryk for kundernes nuværende IT-miljø, som de tilbudte produkter blot skal være kompatible med, men i stedet har angivet de specifikke fabrikater som grundlag for de tekniske specifikationer, som tilbuddene skulle opfylde.

Udbudsmaterialet indeholder ikke nogen form for beskrivelse af IT-miljøet hos de ca. 800 ordregivere tilknyttet rammeaftalerne. Det må i denne sammenhæng være irrelevant, om en ordregiver er tilknyttet med en forpligtende eller frivillig aftageforpligtelse.

Sammenfattende har Dustin ad påstand 11 gjort gældende, at

- SKI overtræder udbudslovens § 42, stk. 1, ved at henvise til fabrikater og varemærker i relation til ovenstående krav i pkt. a), b), c) og/eller d).
- Der forelægger ikke sådanne særlige tilfælde, at undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 42, stk. 2, kan anvendes ved ovenstående krav i pkt. a), b), c) og/eller d).
- SKI har overtrådt udbudslovens § 2 ved at have fastlagt uklare og ugenomsigtige krav ved i ovenstående krav i pkt. a), b), c) og/eller d), der ikke gør det tilstrækkeligt klart for potentielle tilbudsgivere, hvordan der kunne afgives konditionsmæssigt tilbud med ”tilsvarende” produkter.
- SKI udbyder delaftale 1 på vegne af ca. 700 forskellige ordregivere med hver deres behov og eksisterende IT-miljø.

Sammenfattende har Dustin ad påstand 12 gjort gældende, at

- SKI overtræder udbudslovens § 42, stk. 1, ved at henvise til fabrikater og varemærker i relation til ovenstående krav i pkt. a), b), c), d), e) og/eller f)
- Der forelægger ikke sådanne særlige tilfælde, at undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 42, stk. 2, kan anvendes ved ovenstående krav i pkt. a), b), c), d), e) og/eller f)

- SKI har overtrådt udbudslovens § 2 ved at have fastlagt uklare og ugenomsigtige krav ved i ovenstående krav i pkt. a), b), c), d), e) og/eller f), der ikke gør det tilstrækkeligt klart for potentielle tilbudsgivere, hvordan der kunne afgives konditionsmæssigt tilbud med ”tilsvarende” produkter
- SKI udbyder delaftale 2 på vegne af ca. 700 forskellige ordregivere med hver deres behov og eksisterende IT-miljø.

SKI har gjort gældende, at de krav, som påstand 11 og 12 vedrører, er udtryk for henvisninger til de forpligtede kunders eksisterende IT-miljøer, som de udbudte computere skal være kompatible med. Hvis de udbudte computere ikke opfylder de stillede krav til kompatibilitet med de forpligtede kunders eksisterende IT-miljø, vil der være en række programmer hos kunderne, som de enten ikke vil kunne afvikle på computerne, eller som de ikke vil kunne benytte i deres administration (overvågning og opdatering) af computerne.

Herudover er kravspecifikationen af serier af processorer (CPU'er), som computerne kan være bestykket med, eksemplificeret ved henvisning til de fabrikater, som de facto findes på markedet for administrative computere (delaftale 1) samt basis- og skolecomputere (delaftale 2). Kontraktens genstand gør det således ikke alene berettiget, men ønsket om at sikre størst mulig ligebehandling og gennemsigtighed understøtter også, at de serier af CPU'er, som findes på markedet på udbudstidspunktet, identificeres, så alle tilbudsgivere afgiver tilbud med samme forudsætninger.

SKI har udarbejdet kravspecifikationen i tæt samarbejde med repræsentative kunder fra bl.a. Aarhus, Aalborg, Fredericia, Gentofte og Odense kommuner samt Statens IT og Udviklings- og Forenklingsstyrelsen. SKI har i perioden fra juni 2021 til februar 2022 afholdt to ekspertgruppemøder og 10 faggruppemøder, hvor udbudsmaterialet er udarbejdet på baggrund af disse kunders konkrete behov. Udbuddets sortiment og kravspecifikation er således blevet gennemgået på ekspertgruppemøder, hvor den største kreds af kunder deltog.

De krav, som påstand 11 og 12 omfatter, er således udtryk for de krav, som kunderne har haft behov for at stille til kompatibilitet, for at kunderne har kunnet forpligte sig til at aftage deres computere på aftalen.

SKI er enig i, at kunder ved IT-anskaffelser vil have ”et sagligt og legitimt behov for, at nyindkøbt software er kompatibelt med det eksisterende IT-

miljø”. Ordregivere er som altovervejende hovedregel berettiget til at fastsætte de tekniske specifikationer, som de finder nødvendige og passende, og som er forbundet med kontraktens genstand, jf. udbudslovens § 40, stk. 4, og § 42 og § 2.

Ordregivere har i øvrigt et bredt skøn ved opgørelsen af deres indkøbsbehov og ved fastlæggelse af kravene til, hvordan disse behov skal opfyldes, jf. f.eks. klagenævnets kendelse af 14. december 2020, MAN Truck & Bus Danmark A/S mod Beredskabsstyrelsen.

En ordregiver er også efter forarbejderne til udbudslovens § 42 berettiget til at henvise til et eksisterende produkt, som det ønskede indkøb skal være kompatibel med. At angive et bestemt fabrikat mv. ved at henvise til de forpligtede kunders eksisterende løsninger er således i overensstemmelse med udbudslovens bestemmelser, jf. endvidere klagenævnets kendelse af 27. september 2022, Filial af Trend Micro Emea Limited mod Region Hovedstaden.

SKI er ikke enig i, at det ikke er muligt at beskrive ét eksisterende IT-miljø, som de tilbudte computere på delaftale 1 og 2 skal være kompatible med.

Tværtimod er en række af de krav, som påstand 11 og 12 er rettet imod, netop fastlagt for at tage hensyn til de forpligtede kunders eksisterende IT-miljø. De 2 ekspertgruppemøder og 10 faggruppemøder blev afholdt for at sikre, at kundernes eksisterende IT-miljøer og kompatibilitetsudfordringer blev håndteret bedst muligt i udbudsmaterialet, herunder særligt i kravspecifikationen. Denne fremgangsmåde er helt i overensstemmelse med udbudsreglerne.

På markedet for administrative computere (delaftale 1) samt basis- og skolecomputere (delaftale 2) er der de facto kun fire operativsystemer, hvilket Dustin da også nævner, nemlig Windows (Microsoft), MacOS (Apple), Chrome OS (Google) og Ubuntu (Linux – open source). Reelt er der tale om en udtømmende opregning.

Endelig er markedet for CPU’er til de computere, som udbuddet omfatter, de facto begrænset til to producenter, nemlig Intel og AMD.

Af Dustins hjemmeside fremgår, at Dustin blandt i alt 656 forskellige computere, der omtales, ikke tilbyder nogen computer, der ikke er bestykket med

enten AMD eller Intel CPU'er samt et præinstalleret Windows 10 eller nyere (Microsoft) operativsystem.

SKI har valgt at håndtere kompatibilitetskravene up front i nøje overensstemmelse med kundernes behov. Der gælder ikke efter udbudslovens §§ 95-100 eller de bestemmelser, som der henvises til heri, nogen begrænsning i relation til, hvilke krav der kan fastlægges i rammeaftalen, og hvilke krav der først efterfølgende fastlægges i de kontrakter, der indgås på grundlag af rammeaftalen.

SKI's detaljerede bemærkninger til Dustins enkelte klagepunkter (Krav relateret til operativsystemerne Windows og ChromeOS, Kompatibilitetskrav til øvrige dele af kundernes eksisterende IT-miljø, Specifikation af CPU'er og retlige rammer, Krav til virtualiseringsteknologi) gengives ikke.

Dustin gør ikke gældende, at de fastsatte krav til kompatibilitet ikke er saglige og proportionale krav, som kan anvendes til at henvise til de forpligtede kunders eksisterende IT-miljø, og har ikke nærmere uddybet, hvorfor kravene ikke kan være udtryk for kompatibilitetskrav, men har nævnt følgende tre forhold: 1) Det er ikke angivet i udbudsmaterialet, at kravene er udtryk for kompatibilitetskrav, 2) Kompatibilitetskravene er efterfulgt af "eller tilsvarende" og 3) Angivelse af kompatibilitetskrav "*vil kræve en beskrivelse af de ca. 800 ordregiveres IT-miljø*".

Det følger imidlertid ikke af udbudsreglerne, at 1) ordregiveren skal beskrive eller på anden måde i udbudsmaterialet begrunde, hvad årsagen er til at stille de krav, som fremgår af et udbudsmateriale. SKI har redegjort for baggrunden for de stillede krav, så snart SKI af Dustin blev anmodet herom. SKI har ligeledes fremlagt dokumentation herfor (gengives ikke i kendelsen).

SKI har som supplement til den indhentede dokumentation fra de tre store forpligtede kunder (Statens IT, Aarhus Kommune og Aalborg Kommune) indhentet erklæringer fra øvrige forpligtede kunder, som har deltaget i ekspertgruppen (Københavns Kommune og Faaborg-Midtfyn Kommune), samt enkelte mindre kommuner, som ikke har deltaget i ekspertgruppen (Langeland Kommune, Nordfyns Kommune og Kerteminde Kommune). Af erklæringerne fremgår, at de krav, som påstand 11 og 12 vedrører, er udtryk for henvisninger til de forpligtede kunders eksisterende IT-miljøer, som de udbudte computere skal være kompatible med.

Dustin forholder sig ikke ad 2) til den forklarende tekst i kravspecifikationen, hvor det udtrykkeligt angives, at kravene er udtryk for, at ”computeren kan afvikle...” Windows 10 eller nyere, Windows 11SE eller nyere, Chrome OS og kan ”afvikle applikationer, der er designet...” til disse operativsystemer.

Tilsvarende gør sig gældende for virtualiseringsteknologien, hvor kravet også er, at de tilbudte computere skal understøtte virtualisering ved brug af de forpligtede kunders eksisterende hybervisor, VMware Esxi, hvilket forudsætter computere med specifik hardwarekonfiguration. Kravet om ”AMD-V eller Intel VT-x eller tilsvarende” er således et afledt krav af de forpligtede kunders eksisterende IT-miljø.

For så vidt angår kompatibilitetskravene til WMI, Intune og Autopilot og Zero-Touch Enrollment er der ikke anvendt betegnelsen ”eller tilsvarende” i kravene.

Endelig synes Dustins beskrivelse af ad 3) de forpligtede kunders eksisterende IT-miljøer at lægge til grund, at der i et SKI-udbud alene kan stilles krav om kompatibilitet til eksisterende produkter, såfremt samtlige SKI-kunder har samme behov for kompatibilitet. Dette er ikke korrekt, jf. også lov-bemærkningerne til udbudslovens § 40, stk. 4, hvorefter ordregiveren kan fastsætte de tekniske specifikationer, således at det alene er visse økonomiske aktører, der har adgang til udbuddet, når der er saglige grunde til at stille kravene.

Det følger herudover generelt af fast klagenævnspraksis, at ordregivere har et bredt skøn ved opgørelsen af deres indkøbsbehov og ved fastlæggelse af kravene til, hvordan disse behov skal opfyldes, jf. f.eks. klagenævnets kendelse af 14. december 2020, MAN Truck & Bus Danmark A/S mod Beredskabsstyrelsen.

Dustin er ikke fremkommet med noget eksempel på et eller flere produkter, som Dustin ønskede at tilbyde, men var afskåret fra at tilbyde som følge af de stillede krav. Ingen af de stillede krav har således afskåret Dustin eller andre tilbudsgivere fra at afgive tilbud i lige konkurrence.

Det er korrekt, at der generelt på markedet for CPU'er er en række forskellige producenter, men på markedet for CPU'er til PC'er, som skal kunne afvikle

Microsoft Windows operativsystem, og dermed til de udbudte computere, er der reelt kun to producenter: Intel og AMD.

På tidspunktet for udbuddets afholdelse var Apple M1 ikke en supporteret CPU og derfor ikke relevant at medtage i eksemplificeringen i udbuddet omfattet af denne sag.

Det kan dog ikke afvises, at denne CPU i rammeaftalens løbetid vil blive supporteret, hvorefter den kan indgå i de omfattede computere på rammeaftalen. Det er netop denne situation, som anvendelsen af ”eller tilsvarende” håndterer.

SKI valgte i dette udbud et neutralt krav, som ved eksemplificeringen var sikret at være så præcist, at tilbudsgiverne har kunnet identificere kravets genstand, uden at der er stillet krav om, at CPU’erne skulle være af et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces. Konkret har SKI valgt en specifikation, som af SKI og den nedsatte ekspertgruppe blev vurderet til på bedste vis at sikre, at alle tilbudsgiverne kunne afgive tilbud med de CPU’er, der var tilgængelige i markedet.

3.11 Parternes anbringender ad påstand 13 og 14

Dustin har gjort gældende, at hverken SKI eller Comm2IG har bestridt, at Comm2IGs tilbud på delaftale 1 og 2 som påvist af Dustin ikke opfyldte udbudsmaterialets krav og derfor var ukonditionsmæssige.

Flere af Comm2IGs tilbudte bærbare computere vedrørende delaftale 1 opfylder ikke de specifikke krav, som SKI havde fastlagt til CPU’ernes mindste TDP, jf. kravspecifikationens pkt. 6.1.

Bærbare 7 skal mindst have 30 watt TDP, men der er tilbudt en bærbar computer 7 med en TDP på 15 watt. Stationær computer 4 skal mindst have 75 watt TDP, men der er tilbudt en stationær computer 4 med en TDP på 65 watt.

Via standardoplysningerne i E-kataloget samt de tilhørende produktbeskrivelser og datablade er SKI blevet informeret om, hvilken CPU’er (processor) en konkret tilbudt computer er udstyret med.

SKI var forpligtet til at gennemgå den efterspurgte dokumentation, herunder datablade, samt sikre en kontrol af, at de tilbudte produkter opfyldte udbudsmaterialets krav, jf. klagenævnets kendelse af 27. august 2018, Saab Dynamics AB mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse. En sådan undersøgelse ville have ført til den konklusion, at de tilbudte computers CPU'er ikke opfyldte kravspecifikationens pkt. 6.1 om mindste TDP.

SKI havde en udbudsretlig pligt til at reagere på den manglende konditionsmæssighed i Comm2IGs tilbud helt frem til rammeaftalens indgåelse, jf. Højesterets dom gengivet i U2012.2952 H, Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet, og klagenævnets kendelse af 7. august 2017, Danske Færger A/S mod Transport-, Bygnings- og Boligministeriet

Den manglende opfyldelse af kravspecifikationens krav til CPU'er for 2 af de tilbudte computere skulle have ført til, at Comm2IG's tilbud på delaftale 1 var blevet erklæret for ukonditionsmæssigt. Kravet har karakter af et mindstekrav, og Comm2IG mangler reelt at tilbyde computere fra de 2 krævede producenter på 1 ud af 7 bærbare computere og 1 ud af 4 stationære computere.

Comm2IG's tilbud på delaftale 2 vedrørende flere af de tilbudte bærbare computere opfyldte ikke de specifikke krav, som SKI havde fastlagt til den bærbare computers maksimale vægt. Derudover er flere af de bærbare computere ikke tilbudt med en CPU fra producentens senest lancerede generation, hvilket kan udledes direkte af de beskrivelser af tilbudte produkter på delaftale 1 og 2, som Comm2IG har fremsendt til SKI i forbindelse med oprettelsen af E-kataloget.

Comm2IG har således tilbudt computere med en CPU fra producentens 11. generation på trods af, at producenten længe inden tilbudsfristen havde lanceret en 12. generation af CPU'en. Det drejer sig om 2 af 3 producentmærker for bærbar 2, 2 af 3 producentmærker for bærbar 3, 2 af 3 producentmærker for bærbar 4, 1 af 3 producentmærker for bærbar 6, 1 af 3 producentmærker for bærbar 7, 1 af 3 producentmærker for bærbar 8, 1 af 3 producentmærker for bærbar 9, 1 af 3 producentmærker for bærbar 10 og 1 af 3 producentmærker for bærbar 11.

Bærbar 10 må have maksimalvægt på 1,7 kg, men den af Comm2IG tilbudte computer vejer ”fra 1,74 kg”. Bærbar 12 må have maksimalvægt på 1,5 kg, men den af Comm2IG tilbudte computer vejer ”fra 1,66 kg”.

På delaftale 2 skulle tilbudsgiverne tilbyde 3 producentmærker på 19 bærbare computere, jf. tilbudslisten for delaftale 2. Dustin har således påvist, at Comm2IG samlet set tilbød ukonditionsmæssige computere på 14 ud af 57 varelinjer.

I særbilag 2 er der lagt op til en proces, hvorefter leverandøren skulle etablere og tilrette E-kataloget inden SKI's endelige kontrol og godkendelse. En leverandørs tilretninger til det etablerede E-katalog indgår således i det grundlag, som SKI skulle kontrollere og godkende.

Derudover er der også lagt op til en proces med en samlet varighed på 45 dage. Klagenævnet afsagde delkendelse den 12. september 2022, hvilket således, hvis etablering af E-kataloget var igangsat i forlængelse af dette, ville passe med, at SKI først skulle give den endelige godkendelse ultimo november 2022.

I alle tilfælde har der helt åbenlyst ikke været tale om, at Comm2IG's fremsendelse af datablade i november 2022 har udgjort en ”opdatering” af E-kataloget som påstået af SKI. Af udbudsmaterialets bilag om opdatering af E-katalog pkt. 1.1 fremgår det således, at E-kataloget alene skal opdateres, hvis SKI ændrer indholds- eller formatkrav, hvis sortimentet skal opdateres, eller hvis priserne skal ændres.

Comm2IG's fremsendelse af datablade i november 2022 er således ikke udtryk for en opdatering af E-kataloget, men udtryk for en tilpasning, der indgår som en del af implementeringsprocessen i særbilag 2, og dermed en aktivitet, som skulle være gennemført inden SKI's endelige godkendelse (trin 5), og således inden rammeaftalerne kunne indgås.

SKI havde pålagt sig selv at udføre en kontrol i forbindelse med oprettelse af E-kataloget, hvorefter SKI havde en udbudsretlig undersøgelsesforpligtelse, der, såfremt den var blevet retmæssigt iagttaget af SKI, ville have ført til, at tilbuddene fra Comm2IG på både delaftale 1 og delaftale 2 skulle være afvist som ukonditionsmæssige. Den proces og kontrol, der beskrevet i særbilag 2,

ville have ført til, at SKI havde konstateret, at Comm2IG's tilbud ikke opfyldte krav i kravspecifikationen, jf. også klagenævnets kendelse af 27. maj 2015, Annelise Küseler mod Morsø Kommune. SKI har i dette konkrete udbud klart beskrevet en udbudsproces, hvor E-kataloget skulle oprettes og godkendes, inden delaftalerne blev indgået. Det var ikke blot en proces, SKI havde "forbeholdt" sig ret til, men en proces, SKI var udbudsretligt forpligtet til at gennemføre. SKI's efterfølgende angivelser i udbudsmaterialet om, at SKI "forbeholder sig ret til" ikke at underskrive rammeaftalen, før E-kataloget er oprettet, skal således læses i sammenhæng med den specifikke bemærkning om, at SKI (i dette udbud) havde valgt en udbudsproces, hvor rammeaftalerne ikke kunne indgås, før E-kataloget var godkendt i henhold til processen i særbilag 2.

En kontrol af de fremsendte datablade i overensstemmelse med særbilag 2 ville have ført til en konstatering på delaftale 1 af, at bærbar 7 og stationær computer 4 ikke opfyldte udbudsmaterialets krav til computernes TDP, og at Comm2IG's tilbud på delaftale 2 ikke opfyldte udbudsmaterialet krav til, at CPU'er skulle tilbydes med den nyeste generation (på tilbudstidspunktet) samt krav til vægt på bærbar 10 og 12.

SKI var således samlet set forpligtet til at etablere E-katalog i henhold til særbilag 2 inden indgåelse af rammeaftalen, herunder gennemføre en kontrol af, at udbudsmaterialet krav var opfyldt, at Comm2IG fremsendte datablade som led i etablering af E-katalog, der således burde være indgået i SKI's kontrol og godkendelse af E-kataloget, at SKI dermed havde en udbudsretlig undersøgelsesforpligtelse, der også omfattede fremsendte datablade, og at SKI ville have konstateret, at tilbuddet ikke opfyldte kravspecifikationen inden indgåelse af rammeaftale.

At der ikke var oplysninger i Comm2IGs tilbud på delaftale 1 og delaftale 2, der i sig selv udløste en undersøgelsesforpligtelse, er uden betydning, da SKI havde pålagt sig selv en undersøgelsesforpligtelse ved at have fastlagt en tidsplan og proces for udbudsforretningen, hvor E-kataloget skulle oprettes og godkendes inden indgåelse af rammeaftalerne.

At en ordregiver nøje skal følge den oplyste tidsplan og proces for udbudsforretningen følger eksempelvis af klagenævnets kendelse af 2. januar 2023, WinnCare Nordic ApS mod Aarhus Kommune.

SKI har gjort gældende, at der ikke af de modtagne tilbud fra Comm2IG fremgik sådanne oplysninger, at SKI's undersøgelsespligt i henhold til udbudslovens §§ 159, stk. 3, og 164, stk. 2, blev aktiveret. Der er derimod tale om et kontraktmæssigt forhold, i det omfang Comm2IG ikke opfylder forpligtelserne i henhold til kravspecifikationen, og SKI har foretaget en behørig håndhævelse af rammeaftalen i den henseende.

Ordregiverens undersøgelsespligt indebærer alene en pligt til i tvivlstilfælde at foretage en effektiv kontrol af oplysninger og dokumentation i en tilbudsgivers tilbud. Undersøgelsespligten indebærer derimod ikke, at der påhviler ordregiveren en generel pligt til at undersøge rigtigheden af oplysninger i afgivne tilbud, jf. lovbemærkningerne til udbudslovens bestemmelser om undersøgelsespligt.

En undersøgelsespligt for ordregiveren aktiveres efter klagenævnspraksis, når der er tale om ”åbenbart forkerte oplysninger”, jf. eksempelvis kendelse af 1. oktober 2009, Cimber Air A/S mod Forsvarskommandoen, samt kendelse af 10. februar 2017, Viking Medical Scandinavia ApS m.fl. mod Amgros I/S.

Det følger af Højesterets dom af 15. juni 2012, Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet (U2012.2952.H), at en ordregiver også er forpligtet til at undersøge et forhold nærmere, såfremt ordregiveren bliver bekendt med oplysninger efter tildeling af en kontrakt, men før kontraktindgåelse.

Det følger således af fast doms- og klagenævnspraksis, at undersøgelsespligten ikke kan udstrækkes til forhold, som ordregiveren først bliver opmærksom på efter kontraktindgåelse, men alene angår forhold, som ordregiver måtte blive opmærksom på under udbudsprocessen, det vil sige indtil kontraktindgåelsen, jf. bl.a. kendelse af 7. august 2017, Danske Færger A/S mod Transport-, Bygnings- og Boligministeriet.

Dustins analyse af, at tilbuddet fra Comm2IG på delaftale 1 ikke overholder krav om watt for TDP, vedrører dels den tilbudte ”Zbook Firefly 16 G9”, der er en workstation bærbar computer, dels den tilbudte ”Z1 G9 MT”, som er en workstation stationær computer.

Der fremgår ikke af tilbudslisten for delaftale 1 oplysninger om, hvilken watt for TDP de tilbudte produkter har, og SKI kunne derfor ikke direkte på baggrund af tilbuddets indhold konstatere, at de stillede krav ikke var opfyldt.

Skulle SKI have kunnet konstatere dette i forbindelse med tilbudsevalueringen, ville det således have forudsat en særskilt undersøgelse af det tilbudte i form af opslag på internettet mv. Ifølge fast doms- og klagenævnsspraksis var SKI ikke forpligtet til at foretage en sådan særskilt undersøgelse på baggrund af oplysningerne i tilbuddet.

SKI var derimod fuldt ud berettiget til alene at lægge oplysningerne i tilbuddet til grund, og der fremgik ikke heraf, herunder af tilbudslisten, oplysninger, som gav anledning til tvivl om produkternes opfyldelse af de stillede krav om watt for TDP.

Dustins analyse, hvorefter der er 12 af de produkter under delaftale 2, som Comm2IG tilbød, der ikke overholder det stillede krav om, at produkterne skal leveres med seneste lancerede generation af CPU, baseres på oplysningerne i E-kataloget, hvor det fremgår af betegnelsen af den enkelte CPU, hvilken generation den er.

Hvilke generationer af en tilbudt CPU, der konkret var til rådighed ved tilbudsfristens udløb den 13. juli 2022, kunne imidlertid ikke udledes direkte af tilbuddet.

Selv for de ganske få varelinjer i tilbudslisten, hvor Comm2IG havde indsat den fremhævede betegnelse for CPU fra E-kataloget, der er anvendt i den tilbudte computer, fremstod det således ikke åbenbart for SKI, at den tilbudte CPU ikke var den senest lancerede version. Skulle SKI havde konstateret dette, ville det have fordret en særskilt undersøgelse af hver enkelt tilbudt computer i forhold til den deri anvendte CPU, herunder ved opslag på nettet og eventuelt ved henvendelse til producenterne bag de tilbudte producentmærker.

Selvom det for 2 af de tilbudte computere måtte fremgå af tilbudslisten, hvilken generation CPU der var tilbudt, i og med at Comm2IG havde indsat den omtalte benævnelse, hvoraf generationen ifølge Dustin kan udledes, var dette dog ikke i sig selv tilstrækkeligt til at aktivere SKI's undersøgelsespligt. SKI var således berettiget til at lægge til grund, at kravene om, at CPU'en skulle

tilbydes i den seneste lancerede version, var opfyldt, og havde ikke anledning til at betvivle dette alene på baggrund af denne oplysning.

Tilbuddet fra Comm2IG omfattede ikke oplysninger om, at den tilbudte HP 255 G9 som bærbar 10 ikke overholder kravet om en maksimalvægt på 1,7 kg., og at den HP ProBook Fortis G9 som bærbar 12 ikke overholder kravet om en maksimalvægt på 1,5 kg. Skulle SKI have kontrolleret de oplysninger, der blev givet, ville det derfor have fordret en særskilt undersøgelse ved opslag på producentens hjemmeside eller lignende.

SKI var således fuldt ud berettiget til på tilbudstidspunktet og under tilbudsevalueringen at lægge til grund, at de tilbudte produkter opfyldte de stillede krav, jf. udbudslovens §§ 159, stk. 3, og 164, stk. 2, jf. også klagensævnets kendelse af 26. september 2011, TDC A/S mod Økonomistyrelsen.

Comm2IG havde ikke angivet forbehold i sit tilbud, ligesom der heller ikke var andre oplysninger, der tydede på, at kravene ikke var opfyldt, eller som gjorde, at undersøgelsespligten blev aktiveret.

SKI har således ikke handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet i udbudsloven § 2 ved at tildele delaftale 1 og delaftale 2 til Comm2IG. Dustin har ikke på nogen måde godtgjort, at der af tilbuddene fremgik oplysninger, som fremstod som åbenbart forkerte, og som derfor burde have foranlediget SKI til at gennemføre yderligere undersøgelser af, om tilbuddet var ukonditionsmæssigt som følge af manglende overholdelse af krav til watt for TDP.

SKI valgte ikke at anvende muligheden for først at indgå rammeaftalerne efter, at der var oprettet E-kataloger.

SKI modtog ikke som led i etableringen af E-kataloget datablade for de tilbudte produkter eller anden dokumentation, og den kontrol, som SKI gennemførte i forbindelse med etableringen af E-kataloget, var alene begrænset til at sikre, at oplysningerne i kataloget ikke afveg fra oplysningerne i tilbudslisten. Datablade blev således først tilføjet E-kataloget ved en opdatering heraf den 29. og 30. november 2022.

Selv hvis SKI havde modtaget E-kataloget fra Comm2IG inden rammeaftalernes underskrift, ville det derfor heller ikke som følge heraf være tale om,

at SKI havde haft lejlighed til at betvivle rigtigheden af oplysningerne i tilbudslisten og derfor skulle have igangsat en nærmere undersøgelse af de tilbudte computers opfyldelse af kravene.

SKI har i øvrigt den 5. december 2022 rettet henvendelse til Comm2IG med henblik på at følge op på Comm2IG's opfyldelse af forpligtelserne i henhold til rammeaftalerne, herunder kravspecifikationen i forhold til den påståede manglende opfyldelse af de nævnte krav.

3.12 Parternes anbringender ad påstand 15 og 16

Såvel Dustin som SKI har herunder henvist til det, som er anført under sagens øvrige påstande til støtte for, at der henholdsvis er og ikke er handlet i strid med de udbudsretlige regler.

4. RETSGRUNDLAGET

Af lovbemærkningerne til udbudslovens § 2 fremgår bl.a.:

”Ligebehandlingsprincippet medfører også, at ordregiveren ikke kan foretage ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet i løbet af en udbudsproces.

I forbindelse med ændringer af udbudsmaterialet, sondres der i udbudsloven mellem uvæsentlige ændringer, væsentlige ændringer og ændringer af grundlæggende elementer.

Uvæsentlige ændringer i udbudsmaterialet er mindre justeringer og tilpasninger, der ikke påvirker den tid, som en økonomisk aktør skal bruge på at forstå og udarbejde en ansøgning eller et tilbud. Derudover kan uvæsentlige ændringer heller ikke have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

Væsentlige ændringer i udbudsmaterialet skal forstås som ændringer, der medfører, at de økonomiske aktører skal bruge yderligere tid til at forstå og svare tilstrækkeligt på udbudsmaterialet, hvorfor det vil tage længere tid at afgive en ansøgning eller et tilbud. Som følge heraf skal væsentlige ændringer i henhold til § 93, stk. 4, nr. 2, medføre, at fristen for modtagelse af ansøgning eller tilbud skal forlænges. Væsentlige ændringer kan eksempelvis være nye oplysninger til udbudsmaterialet.

Ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet udgør ændringer, der kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

Som eksempel herpå kan nævnes, at kriterier for tildeling tilføjes, fjernes eller rækkevidden heraf på andre måder ændres. Kriterierne for tildelingen og deres vægtning skal forblive stabile under hele udbudsproceduren, hvorfor de blandt andet heller ikke kan være genstand for forhandling i forbindelse med udbud med forhandling, jf. § 66, stk. 2.

Endvidere kan der eksempelvis være tale om ændringer af grundlæggende elementer, hvis minimumskrav til egnethed vedrørende den økonomiske og finansielle formåen og tekniske og faglige formåen tilføjes, fjernes eller rækkevidden heraf på andre måder ændres. Derudover vil ændringer af kontraktens genstand og krav til udførelsen af kontrakten kunne være ændringer af grundlæggende elementer. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis der indføres betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte, eller hvis det ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren. Det kan også være tilfældet, hvis den udbudte kontrakts eller rammeaftales økonomiske balance ændres til ansøgerne eller tilbudsgivernes fordel på en måde, som det oprindelige udbudsmateriale ikke gav mulighed for. Endeligt kan det være tilfældet, hvis en ændring af udbudsmaterialet medføre en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde.

Mindstekrav er centrale krav til egenskaber ved det udbudte indkøb eller til kontraktens udførelse, der fastsætter de karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have. Som følge heraf vil ændring af mindstekrav som klart udgangspunkt kunne karakteriseres som en ændring af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden en fornyet udbudsprocedure.

Ligebehandlingsprincippet udelukker derimod ikke ændringer af mindstekrav, hvis ændringen ikke vil kunne påvirke potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure og ikke fordrejer konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere. I proceduren udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse vil en ændring af mindstekrav altid udgøre en ændring af grundlæggende elementer.”

Udbudslovens § 40 lyder:

”En ordregiver skal anføre de tekniske specifikationer som defineret i punkt 1 i bilag VII til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse

af direktiv 2004/18/EF (EU-Tidende 2014, nr. L 94, side 65) i udbudsmaterialet.

Stk. 2. En ordregiver skal i de tekniske specifikationer fastsætte de egenskaber, som kræves af et bygge- og anlægsarbejde, en tjenesteydelse eller en vare. Ordregiveren kan stille krav til den specifikke proces eller metode for produktion eller levering af de ønskede bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser samt krav angående intellektuel ejendomsret, herunder om overførelse af intellektuel ejendomsret.

...

Stk. 4. De tekniske specifikationer skal give økonomiske aktører lige adgang til udbuddet og må ikke bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for, at et udbud åbnes for konkurrence.”

Udbudslovens § 42 lyder:

”§ 42. En ordregiver må ikke i de tekniske specifikationer, jf. § 40
1) angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, som kendetegner de varer eller de tjenesteydelser, som en bestemt økonomisk aktør leverer, eller
2) henvise til et bestemt varemærke eller patent eller en bestemt type, oprindelse eller produktion med det resultat, at visse økonomiske aktører eller varer favoriseres eller elimineres.

Stk. 2. En ordregiver kan dog i særlige tilfælde anvende henvisninger som anført i stk. 1, når en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke er mulig i henhold til § 41, stk. 1. En sådan henvisning skal efterfølges af formuleringen ”eller tilsvarende”.”

I lovbemærkningerne til udbudslovens § 42 fremgår bl.a. følgende:

”Hvis ordregiveren har behov for, at et indkøb er kompatibelt med ordregiverens eksisterende produkt, kan ordregiveren efter omstændigheder være berettiget til at henvise til det eksisterende produkt, som det ønskede indkøb skal være kompatibelt med. I denne forbindelse kan ordregiveren henvise til et specifikt varemærke med henblik på at tydeliggøre ordregiverens behov.”

Udbudslovens § 93 har følgende formulering:

”En ordregiver skal fastsætte passende tidsfrister for indsendelse af ansøgninger og tilbud. Fristen for modtagelse af tilbud og ansøgning om

deltagelse skal som minimum overholde minimumsfristen for den pågældende udbudsprocedure.

Stk. 2. Forudsætter afgivelse af tilbud besigtigelse af steder eller gennemsyn af bilagsmateriale til udbudsmaterialet hos ordregiveren, skal ordregiveren fastsætte en frist for modtagelse af tilbud, således at tilbudsgiverne kan opnå kendskab til alle de oplysninger, der er nødvendige for at udarbejde et tilbud. Fristen skal være længere end den minimumsfrist, der er angivet i den pågældende udbudsprocedure.

Stk. 3. Ved offentlige udbud skal ordregiveren angive fristen for modtagelse af tilbud i udbudsbekendtgørelsen. Ved begrænsede udbud, udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskaber skal ordregiveren angive fristen for modtagelse af ansøgninger i udbudsbekendtgørelsen, og fristen for modtagelse af tilbud skal fremgå af udbudsmaterialet.

Stk. 4. En ordregiver kan forlænge fristen for modtagelse af ansøgninger eller tilbud. Ordregiveren er forpligtet til at forlænge fristen for modtagelse af ansøgninger eller tilbud i følgende tilfælde:

- 1) Hvis ordregiveren meddeler supplerende oplysninger om udbudsmaterialet eller supplerende dokumenter senere end 6 dage før den fastsatte frist for modtagelse af ansøgning eller tilbud.
- 2) Hvis ordregiveren foretager væsentlige ændringer i udbudsmaterialet.
- 3) Hvis ordregiveren ikke inden for 5 dage efter anmodning herom fremsender de dokumenter, der ikke er givet fri, direkte og fuld elektronisk adgang til, jf. § 132, stk. 2.
- 4) Hvis ordregiveren har forkortet fristen som følge af et akut behov hos ordregiveren, jf. § 57, stk. 5, § 59, stk. 3, og § 65, stk. 2, jf. § 60, stk. 6, og ordregiveren meddeler supplerende oplysninger om udbudsmaterialet eller supplerende dokumenter senere end 4 dage før den fastsatte frist for modtagelse af ansøgning eller tilbud.”

Af lovbemærkningerne til udbudslovens § 93 fremgår bl.a.:

”Det gældende direktivs artikel 38, stk. 1 og 7, fastsætter fristerne for modtagelse af ansøgninger om deltagelse og for modtagelse af tilbud. Ordregiver skal ved fastsættelsen af fristerne for modtagelse af tilbud og ansøgninger om deltagelse især tage hensyn til kontraktens kompleksitet og til den tid, der er nødvendig til udarbejdelsen af tilbud. Hvis udbuds-betingelserne og de supplerende dokumenter eller oplysninger ikke er

fremsendt indenfor de fastsatte frister i direktivet skal tilbudsfristen forlænges, således at alle de berørte økonomiske aktører kan få kendskab til samtlige oplysninger, der er nødvendige for at kunne udarbejde tilbud.

§ 93 gennemfører direktivets artikel 47, og viderefører gældende ret, dog fremgår de konkrete minimumstidsfrister - i modsætning til gældende ret - ikke af bestemmelsen om tidsfrister, men af de bestemmelser, der regulerer de enkelte udbudsformer. Bestemmelsen i § 93, stk. 4, nr. 3, er ikke en bestemmelse i direktivet og indebærer udelukkende et nationalt krav, som er indført efter anbefaling fra Udbudslovsudvalget.

Bestemmelsens stk. 1, fastslår, at en ordregiver skal fastsætte passende tidsfrister for indsendelse af ansøgninger og tilbud, og at fristerne som minimum skal overholde minimumsfristerne for den pågældende udbudsprocedure. Hvilken tidsfrist, der er passende i det konkrete udbud, beror på en konkret vurdering. Ordregiveren kan ikke gå ud fra, at minimumsfristerne vil udgøre en passende frist for modtagelse af ansøgninger eller tilbud. Minimumsfristerne er fastsat i § 57, stk. 2-5, § 59, stk. 2 og 3, § 60, stk. 2-6, § 63, stk. 2, § 65, stk. 2, § 68, stk. 5, § 74, stk. 5, og § 76, stk. 2.

Fastsættelse af tidsfristen skal blandt andet ske under hensyntagen til udbuddets og kontraktens kompleksitet, herunder antallet og omfanget af dokumentationskrav og de krævede oplysningers karakter. Ordregiveren kan i forbindelse med fastsættelse af tidsfristen inddrage andre hensyn. Ordregiveren kan være forpligtet til at forlænge fristerne for modtagelse af ansøgninger og tilbud, således at forlængelsen udligner en eventuel tidsmæssig fordel, som økonomiske aktører har opnået som følge af deltagelse i markedsdialogen, jf. § 39.

Giver ordregiveren ikke adgang til alle oplysninger ved datoen for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse eller meddelelser, jf. § 133, kan fristen for tilbud ikke være mindre end minimumsfristen tillagt 5 dage.

Fristberegningen i direktivet sker efter reglerne i Rådets forordning nr. 1182/71 af 3. juni 1971 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter (fristforordningen).

...

Bestemmelsens stk. 3 er ikke en gennemførelse af en artikel fra direktivet.

Ordregiveren skal offentliggøre fristerne i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale, der gøres tilgængeligt på tidspunktet for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen, jf. § 132.

Ved offentlige udbud skal fristen for modtagelse af tilbud angives i udbudsbekendtgørelsen. Ved begrænset udbud og de fleksible udbudsprocedurer skal fristen for modtagelse af ansøgninger angives i udbudsbekendtgørelsen, mens fristen for modtagelse af tilbud skal fremgå af udbudsmaterialet.

Såfremt ordregiveren forlænger fristerne i henhold til § 93, stk. 4, skal forlængelse af frister offentliggøres som en rettelse til udbudsbekendtgørelsen, hvis fristen er angivet i udbudsbekendtgørelsen. Rettelsesbladet skal sendes til EU's publikationskontor. Såfremt fristerne er angivet i andre dele af udbudsmaterialet, skal forlængelse af fristerne offentliggøres som en rettelse til udbudsmaterialet. Rettelsen skal offentliggøres på samme internetadresse, hvor udbudsmaterialet er gjort offentligt tilgængeligt.

I henhold til bestemmelsens stk. 4 kan ordregiveren forlænge fristen for modtagelse af ansøgninger eller tilbud, men dette skal ske under hensyntagen til principperne i § 2. Som følge heraf skal baggrunden for at forlænge fristen være saglig og behandle de økonomiske aktører lige. Dette betyder eksempelvis, at det ikke er muligt at forlænge fristen for modtagelse af tilbud eller ansøgninger, hvis det alene sker for at tilgodese en specifik økonomisk aktør.

I henhold til bestemmelsens 2. pkt. er ordregiveren i visse situationer forpligtet til at forlænge fristen under udbuddet. Disse situationer er opregnet i § 93, stk. 4, nr. 1-4. Dette skal ske, således at økonomiske aktører får mulighed for at opnå kendskab til de oplysninger, der er nødvendige for at udforme en ansøgning eller et tilbud.

Både i de situationer, hvor ordregiveren vælger at forlænge fristen for modtagelse af ansøgninger eller tilbud, og i de situationer, hvor ordregiveren er forpligtet til at gøre dette, skal den forlængede frist fastættes i henhold til proportionalitetsprincippet. Som følge heraf skal forlængelsen stå i et rimeligt forhold til oplysningernes, dokumenternes eller ændringens betydning og give den økonomiske aktør passende tid til at afgive ansøgning eller tilbud.

Såfremt ordregiveren, eventuelt på anledning fra en økonomisk aktør, har behov for at fremsende supplerende oplysninger om udbudsmaterialet eller supplerende dokumenter, jf. § 134, senere end 6 dage før den fastsatte frist for modtagelse af ansøgninger eller tilbud, er ordregiveren i henhold til bestemmelsens stk. 4, nr. 1, forpligtet til at forlænge fristen. Fristen skal som minimum forlænges således, at der skabes en ny periode på 6 dage i henhold til § 134. Den nye frist skal fastættes i henhold til omfanget og relevansen af de supplerende oplysninger om udbudsmaterialet

og/eller supplerende dokumenter og under hensyntagen til den tid, den økonomiske aktør skal bruge til at afgive sin ansøgning eller sit tilbud.

Bestemmelsen finder anvendelse i forbindelse med såvel afgivelse af ansøgninger som afgivelse af tilbud. Ordregiveren vil alene være forpligtet til at offentliggøre supplerende oplysninger om udbudsmaterialet eller supplerende dokumenter senest 6 dage før den fastsatte frist for modtagelse af ansøgninger, hvis de supplerende oplysninger om udbudsmaterialet eller supplerende dokumenter har direkte betydning for udarbejdelse af ansøgninger. Oplysninger, der alene er relevant i forbindelse med afgivelsen af tilbud, skal være offentliggjort senest 6 dage før den fastsatte frist for modtagelse af tilbud. Såfremt supplerende oplysninger i udbudsmaterialet eller supplerende dokumenter offentliggøres senere end 6 dage før den fastsatte frist, kan dette alene ske, hvis fristen samtidig forlænges i henhold til nærværende bestemmelse. Hvis der er anmodet om supplerende oplysninger i tide, er ordregiveren ikke forpligtet til at forlænge fristen, med mindre de supplerende oplysninger kan karakteriseres som omfattet af væsentlige ændringer, jf. § 93, stk. 4, nr. 2.

...

Væsentlige ændringer i udbudsmaterialet skal i forbindelse med bestemmelsens stk. 4, nr. 2, forstås som ændringer, der medfører, at de økonomiske aktører skal bruge yderligere tid til at forstå og svare tilstrækkeligt på udbudsmaterialet, hvorfor det vil tage længere tid at afgive en ansøgning eller et tilbud. Som følge heraf skal væsentlige ændringer i henhold til denne bestemmelse medføre, at fristen for modtagelse af ansøgning eller tilbud skal forlænges. Væsentlige ændringer kan eksempelvis være nye oplysninger til udbudsmaterialet.

Omvendt vil uvæsentlige ændringer ikke medføre en pligt til at forlænge fristerne, idet ændringerne har en sådan karakter, at der ikke er et behov for længere tid til at udarbejde ansøgninger eller tilbud.

I modsætning til situationen omhandlet i § 93, stk. 4, nr. 1, er der ikke noget tidsmæssigt krav til, hvornår ændringen skal være foretaget for at udløse en ny frist. Er en ændring væsentlig, skal ordregiveren forlænge fristen for modtagelse af ansøgninger eller tilbud uanset, hvornår i udbudsproceduren den væsentlige ændring foretages.

Ordregiveren kan ikke foretage ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet i løbet af en udbudsproces. Ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet er ændringer, der kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen fremgik af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt, jf. § 24, nr. 37. ...”

SKI har henvist til den nugældende formulering af udbudslovens § 134, som bestemmelsen fik med lov nr. 884 af 21. juni 2022:

”En ordregiver kan foretage ændringer af udbudsmateriale, når følgende krav er overholdt:

- 1) Ændringerne offentliggøres på passende vis.
- 2) Meddelelse om ændringen sker under overholdelse af tidsfristerne for supplerende oplysninger, jf. stk. 2 og 3.
- 3) Ændringerne udgør ikke ændringer af grundlæggende elementer, jf. § 24, nr. 37.

Stk. 2. En ordregiver skal senest 6 dage før udløbet af fristen for afgivelse af ansøgning eller tilbud meddele eventuelle supplerende oplysninger om udbudsmaterialet og supplerende dokumenter...”

Af lovbemærkningerne til denne bestemmelse fremgår (klagenævnets kursivering):

”Den foreslåede bestemmelse vil medføre, at indholdet af § 134 tydeliggøres, hvorved ordregivere får hjemmel til både at meddele supplerende oplysninger samt foretage ændringer af ikke-grundlæggende elementer.

Til nr. 16

Hverken udbudsdirektivet eller udbudsloven indeholder bestemmelser, der regulerer ordregivernes adgang til at foretage ændringer af udbudsmaterialet. EU-Domstolen har imidlertid udtalt sig om adgangen til at foretage ændringer af udbudsmaterialet i flere sager. EU-Domstolen har i en lang række sager understreget, at pligten indeholdt i udbudsreglerne til at overholde princippet om ligebehandling indebærer en pligt til at sikre gennemsigtighed således, at det kan sikres, at princippet overholdes. Se eksempelvis EU-Domstolens dom af den 25. april 1996 i sagen C-87/94, Kommissionen for de Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Belgien, præmis 51-53, samt EU-Domstolens dom af den 7. december 2000 i sagen C-324/98, Telaustria Verlags GesmbH, Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG, præmis 61. EU-Domstolen har herudover i flere sager udtalt, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed kræver, at kontraktens genstand samt kriterierne for dens tildelelse skal defineres klart, jf. eksempelvis EU-Domstolens dom af den 14. oktober 2004 i sagen C-340/02, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik, præmis 34, samt EU-Domstolens

dom af den 10. december 2009 i sag C-299/08, Europa-Kommissionen mod Den Franske Republik, præmis 41 og 43.

I EU-Domstolens dom af den 10. maj 2012 i sag C-368/10, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene udtalte EU-Domstolen sig direkte om udbudsreglernes muligheder for at foretage ændringer af udbudsmaterialet. EU-Domstolen bemærkede i denne forbindelse, at selv om de supplerende oplysninger om udbudsbetingelserne og de supplerende dokumenter, som ordregiverne har mulighed for at præcisere i medfør af udbudslovens § 134, kan kaste lys over visse punkter eller give visse oplysninger, kan de ikke, end ikke ved rettelser, ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet, herunder de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne, således som disse betingelser er blevet formuleret i udbudsbetingelserne og som interesserede erhvervsdrivende med rette har baseret sig på for at træffe en beslutning om at forberede en indgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlede udbudsprocedure, jf. præmis 55. På baggrund heraf bemærkede EU-Domstolen, at princippet om ligebehandling, og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, kræver, at offentlige kontraktens genstand samt kriterierne for deres tildeling defineres klart lige fra begyndelsen af procedurene for indgåelse heraf, jf. præmis 56.

I EU-Domstolens dom af den 16. april i sag C-278/14 2015, SC Enterprise Focused Solutions SRL mod Spitalul Judetean de Urgenta Alba Iulia, præmis 26-27, udtaler EU-Domstolen, at gennemsigtighedskravet bl.a. har til formål at sikre, at der ikke er risiko for vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side og at dette formål ikke kan tilgodeses, hvis den ordregivende myndighed kunne frigøre sig fra de betingelser, som denne selv har fastsat. Den ordregivende myndighed må derfor ikke ændre tildelingskriterier i løbet af proceduren for tildeling. Ligebehandlingsprincippet og princippet om ikke-forskelsbehandling samt gennemsigtighedskravet har herved samme virkning med hensyn til de tekniske specifikationer.

I EU-Domstolens dom af 5. april 2017 i sag C-298/15, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, der er den seneste dom vedrørende muligheden for at foretage ændringer af udbudsmaterialet, udtalte EU-Domstolen, at Domstolens faste praksis navnlig kræver, at tilbudsgiverne skal behandles lige, når de udarbejder deres bud og at forpligtelsen til gennemsigtighed navnlig tilsigter at sikre, at der ikke foreligger favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende enheds side. Disse principper og denne forpligtelse indebærer bl.a., at den pågældende kontraktens genstand samt kriterierne for dens tildeling defineres klart lige fra begyndelsen af procedurene for indgåelse heraf, og at betingelserne og bestemmelserne i forbindelse med tildelingsproceduren skal formulere-

res klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, således at det på den ene side gøres muligt for alle rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige bydende at forstå deres nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde, og at der på den anden side gives den ordregivende enhed mulighed for effektivt at efterprøve, om de afgivne bud opfylder de kriterier, der regulerer denne kontrakt.

Det fremgår ligeledes af Domstolens praksis, at den ordregivende enhed under udbudsproceduren i princippet ikke kan ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet, herunder de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne, som interesserede erhvervsdrivende med rette har baseret sig på for at træffe en beslutning om at forberede en afgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlede udbudsprocedure. EU-Domstolen fremhæver dog, at selv om dette er tilfældet, følger det ikke deraf, at enhver ændring af udbudsbetingelserne efter offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen principielt og under alle omstændigheder er forbudt. Således har den ordregivende enhed mulighed for undtagelsesvis at korrigere eller supplere oplysningerne i udbudsbetingelserne, hvis en simpel præcisering er fornøden, eller med det formål at korrigere åbenlyse indholdsmæssige fejl, såfremt alle tilbudsgiverne gives meddelelse derom. Den ordregivende enhed er ligeledes berettiget til at foretage visse ændringer af udbudsbetingelserne, såfremt principperne om ikke-forskelsbehandling og ligebehandling samt forpligtelsen til gennemsigtighed overholdes. Dette krav betyder for det første, at de omhandlede ændringer, selv om de kan være betydningsfulde, ikke må være så væsentlige, at de ville have kunnet tiltrække mulige tilbudsgivere, som i fraværet af disse ændringer ikke ville have været i stand til at fremsætte et tilbud. Dette kan bl.a. være tilfældet, når ændringerne giver kontrakten en mærkbart anderledes karakter end den, der oprindeligt var fastsat. For det andet indebærer dette krav, at disse ændringer offentliggøres på passende vis, således at alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige tilbudsgivere kan få kendskab dertil under de samme omstændigheder og på samme tidspunkt. For det tredje forudsætter dette krav endvidere dels, at disse ændringer foretages inden tilbudsgivernes afgivelse af tilbud, dels, at fristen for afgivelsen af disse tilbud forlænges, når disse ændringer er af væsentlig karakter, at forlængelsens varighed fastsættes ud fra ændringernes væsentlighed, og at forlængelsens varighed er tilstrækkelig til at de interesserede økonomiske aktører kan tilpasse deres bud som følge deraf.

Det følger af den foreslåede ændring af § 134, at der indsættes et nyt stk. 1, hvorefter en ordregiver kan foretage ændringer af udbudsmaterialet, når følgende krav er overholdt: 1) Ændringerne offentliggøres på passende vis 2) Meddelelse om ændringen sker under overholdelse af tidsfristerne for supplerende oplysninger, jf. stk. 2 og 3) ændringerne udgør ikke ændringer af grundlæggende elementer, jf. § 24, nr. 37.

Offentliggørelse af ændringer på passende vis indebærer, at alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige tilbudsgivere kan få kendskab dertil under de samme omstændigheder og på samme tidspunkt. For offentlige udbud kan offentliggørelse ske ved offentliggørelse af en bekendtgørelse i EU-tidende om den pågældende ændring. I procedurer, hvor der foretages en udvælgelse blandt de kvalificerede ansøgere, kan ordregiver nøjes med at offentliggøre ændringerne således, at de udvalgte deltagere, der endnu ikke er afvist, kan få kendskab til ændringerne. Offentliggørelsen af ændringer i procedurer, hvor der foretages en udvælgelse, behøver ikke blive foretaget ved offentliggørelsen af en bekendtgørelse i EU-tidende, men kan offentliggøres på samme måde, som den sædvanlige afvikling af en udbudsprocedure tilsiger, eksempelvis via et elektronisk udbudssystem.

At ændringer skal foretages under overholdelse af minimumstidsfristerne for supplerende oplysninger, jf. stk. 2 og 3, indebærer, at der kun kan foretages ændringer inden udløbet af henholdsvis 6 eller 4 dage før udløbet af fristen for afgivelse af ansøgning eller tilbud. Tilbudsfristen i denne forbindelse er den frist, der er fastsat i medfør af udbudslovens §§ 57, stk. 1, 60, stk. 1, 66, stk. 6, 71, stk. 2, eller 77, stk. 7. Bestemmelsen berører i øvrigt ikke den gældende bestemmelse i udbudslovens § 93, stk. 4, hvorefter ordregiver i visse tilfælde kan blive forpligtet til at forlænge fristen for modtagelse af tilbud. Eksempelvis skal ordregiver forlænge fristen for modtagelse af tilbud, hvis ordregiveren foretager væsentlige ændringer af udbudsmaterialet. Hvis ordregiver forlænger en frist, skal den fastættes i henhold til proportionalitetsprincippet. Som følge heraf skal forlængelsen stå i et rimeligt forhold til oplysningernes, dokumenternes eller ændringens betydning og give den økonomiske aktør passende tid til at afgive ansøgning eller tilbud.

På trods af forbuddet imod at foretage ændringer efter udløbet af fristen for afgivelse af tilbud er der en særlig hjemmel i udbudslovens § 71, stk. 3 til at afklare, præcisere og optimere endelige tilbud i forbindelse med gennemførelsen af en konkurrencepræget dialog. Denne bestemmelse påvirker ikke denne adgang for ordregivere.

Ændringer af grundlæggende elementer er defineret i udbudslovens § 24, nr. 37. Det følger heraf, at en ændring af grundlæggende elementer udgør en ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt. En ændring kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i udbudsproceduren, hvis den ville have givet andre ansøgere end de oprindelige udvalgte mulighed for at deltage, eller ville have tiltrukket

yderligere deltagere til udbudsproceduren, f.eks. hvis ændringen bevirker, at en kontrakts karakter er væsentlig forskellig fra den, der oprindeligt blev fastlagt i udbudsmaterialet. En ændring fordrejer f.eks. konkurrencen, hvis den er en følge af, at ordregiver udnytter sin viden om de indkomne tilbud og ansøgninger til at give visse ansøgere eller tilbudsgivere en fordel, som ikke er sagligt begrundet.

Den foreslåede bestemmelse vil medføre, at det tydeliggøres mere i udbudsloven, hvornår ordregivere må foretage ændringer af udbudsmaterialet, end hvad tilfældet er i dag. *Der er ikke tale om en ændring af gældende ret, men derimod en kodificering af retspraksis fra EU-Domstolen.* Tydeliggørelsen af gældende ret kan evt. påvirke ordregivernes adfærd, så der vil ses flere ændringer af udbudsmaterialerne. Det kan i givet fald reducere risikoen for at udbud annulleres og efterfølgende genudbydes med et justeret udbudsmateriale.”

Udbudslovens § 24, nr. 37, har følgende formulering:

”I denne lov forstås ved

...

37) Ændring af grundlæggende elementer: En ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt.”

5. KLAGENÆVNETS BEGRUNDELSE OG RESULTAT

Klagenævnet udtaler:

5.1 Ad påstand 1

Det fremgår af udbudslovens § 93, stk. 3, at ordregiveren i et offentligt udbud skal angive fristen for modtagelse af tilbud i udbudsbekendtgørelsen. Af lovebemærkningerne til denne bestemmelse fremgår:

”Ved offentlige udbud skal fristen for modtagelse af tilbud angives i udbudsbekendtgørelsen. Ved begrænset udbud og de fleksible udbudsprocedurer skal fristen for modtagelse af ansøgninger angives i udbudsbekendtgørelsen, mens fristen for modtagelse af tilbud skal fremgå af udbudsmaterialet.

Såfremt ordregiveren forlænger fristerne i henhold til § 93, stk. 4, skal forlængelse af frister offentliggøres som en rettelse til udbudsbekendtgørelsen, hvis fristen er angivet i udbudsbekendtgørelsen. Rettelsesbladet skal sendes til EU's publikationskontor. Såfremt fristerne er angivet i andre dele af udbudsmaterialet, skal forlængelse af fristerne offentlig gøres som en rettelse til udbudsmaterialet. Rettelsen skal offentliggøres på samme internetadresse, hvor udbudsmaterialet er gjort offentligt tilgængeligt.”

Der er derfor ikke den uklarhed i samspillet mellem reglerne om anvendelse af et elektronisk udbudssystem og kravet om fremsendelse af ændringsbekendtgørelser til EU's publikationskontor, som SKI påberåber sig.

Det er reelt ubestridt, at forlængelse af en frist skal ske, før fristen udløber.

SKI har ubestridt ikke fremsendt meddelelsen om fristforlængelsen til EU's publikationskontor, før den gældende tilbudsfrist var udløbet den 5. juli 2022.

Reglerne i udbudsloven om ”Fastsættelse af tidsfrister og åbning af tilbud” navnlig i § 93 er opstillet for at understøtte overholdelsen af de bærende principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

SKI har overtrådt disse principper og dermed udbudslovens § 2 som påstået ved først den 6. juli 2022 at give EU's publikationskontor meddelelse om fristforlængelsen.

Påstanden tages derfor til følge.

Overtrædelsens konkrete betydning for udbudsprocessen behandles i forbindelse med påstand 15 og 16.

5.2 Ad påstand 2

Ordregiveren kan som anført ovenfor foretage uvæsentlige ændringer i udbudsmaterialet, uden at det er i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, og uden at det udløser en forpligtelse for ordregiveren til i medfør af udbudslovens § 93, stk. 4, at forlænge tilbudsfristen. Ændringerne skal blot offentliggøres på passende vis. Det samme følger af den nugældende udbudslovs § 134, stk. 1, som alene er udtryk for en kodificering af gældende ret.

Uvæsentlige ændringer i udbudsmaterialet er i den forbindelse defineret som bl.a. mindre justeringer og tilpasninger, der ikke påvirker den tid, som en økonomisk aktør skal bruge på at forstå materialet og udarbejde en ansøgning eller et tilbud, og ændringer som ikke kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

Pkt. 3.2.8 i bilag E Leveringskontrakt angår – både for så vidt angår delaftale 1 og 2 – de oplysninger, som leverandøren i forbindelse med driften og til brug for kundernes ”asset management” skal stille til rådighed for kunderne. Det fremgår, at oplysningerne skal gives på nærmere anført vis i bl.a. et excel-format.

Den omtvistede ændring i underpunkt 3.2.8.1.1 angår en tilføjelse om, at i det omfang data ikke er tilgængelig, er leverandøren fritaget for at udfylde felterne i den pågældende excel-fil.

Der er dermed ikke tale om en ændring, der havde betydning for eller ændrer i de krav til det udstyr og de services eller leverandørens forpligtelser i øvrigt, som fremgik af udbudsmaterialet. Tværtimod tiltræder klagenævnet, at der alene er tale om en præcisering af udbudsmaterialet, navnlig henset til, at det – også forud for ændringen – udtrykkeligt fremgik af pkt. 3.2.8, at ”Leverandøren skal levere oplysningerne i det omfang, det er relevant for det pågældende Produkt.”

På den baggrund, og idet klagenævnet lægger til grund som ubestridt, at tilbudsgiverne blev orienteret om ændringerne i bilag E Leveringskontrakt på passende vis, har SKI ikke handlet i strid med udbudsloven i forbindelse hermed.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

5.3 Ad påstand 3

Der henvises til det, som er anført ad påstand 2 vedrørende uvæsentlige ændringer.

Den omtvistede ændring af pkt. 6.19.1 i kravspecifikationen for delaftale 1, angår kun produktgruppen stationær 1. For de øvrige produktgrupper, stationær 2-4, var det i overensstemmelse med den ændring, som var foretaget under det første, annullerede udbud, anført, at USB-C-porte som minimum skulle være USB 3.1 af 1. generation og have en båndbredde på 5 Gbit. Ydermere var det, for så vidt angår produktgruppen stationær 1, alene kravet om generation, som ikke var ændret i forbindelse med genudbuddet. Ændringen i kravet om båndbredde fra 10 til 5 Gbit var foretaget for alle produktgrupper, herunder for stationær 1.

Klagenævnet lægger efter bl.a. de fremlagte oplysninger i retningslinjerne fra USB Implementers Forum til grund, at båndbredde på 5 og 10 Gbit er de væsentligste karakteristika for – og forskelle på – en USB-C-port af henholdsvis 1. og 2. generation.

Klagenævnet lægger herefter til grund som ubestridt, at det beroede på en fejl, at ændringen af kravet til generation i kravspecifikationen fra det første udbud ikke var videreført for alle produktgrupper, og at den oprindelige formulering af kravspecifikationen ikke var udtryk for, at SKI havde som krav, at det tilbudte udstyr omfattet af produktgruppen stationær 1 skulle være forsynet med USB-C-porte af typen USB 3.1 af 2. generation.

Klagenævnet finder på samme baggrund, at det må have været klart for alle professionelle aktører, herunder aktuelle og potentielle tilbudsgivere, at der var tale om en skrivefejl. Dette støttes tillige af måden, som spørgsmål 6, der foranledigede ændringen, er stillet og besvaret på. Klagenævnet finder således navnlig, at der ikke er grund til at antage, at den måde, som kravspecifikationens pkt. 6.19.1 var formuleret på, eller den efterfølgende ændring har været egnet til at påvirke potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet eller har foranlediget, at de økonomiske aktører skulle bruge yderligere tid til at forstå og svare tilstrækkeligt på udbudsmaterialet.

På den baggrund, og idet klagenævnet også for denne ændrings vedkommende lægger til grund som ubestridt, at tilbudsgiverne blev orienteret på passende vis, har SKI heller ikke i forbindelse hermed handlet i strid med udbudsloven.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

5.4 Ad påstand 4

Der henvises til det, som er anført ad påstand 2 vedrørende uvæsentlige ændringer.

Det fremgik udtrykkeligt af pkt. 3.1 i kravsspecifikationen for delaftale 1, at NFC-kortlæsere var undtaget fra kravet om gennemgående producentmærker. Åbningen af de pågældende felter i den relevante tilbudsliste var nødvendig for, at der i overensstemmelse hermed kunne afgives tilbud, der omfattede kortlæsere fra andre producentmærker end dem, som tilbudsgiverne i øvrigt havde bundet sig til for de produktgrupper, hvor der var krav om gennemgående producentmærker.

På den baggrund, og idet klagenævnet lægger til grund, at de omtvistede ændringer i pkt. 6.20.7 og 8 i kravsspecifikationen for delaftale 1 helt åbenbart alene var udtryk for rettelse af fejlformateret tekst, som ikke indebar nogen ændring af de materielle krav til NFC-kortlæsere, har SKI heller ikke i forbindelse med de ændringer, som er omfattet af denne påstand, handlet i strid med udbudsloven.

Den omstændighed, at undtagelsen af NFC-kortlæsere fra kravet om gennemgående producentmærker ikke – i modsætning til netadaptere – var omtalt i udbudsbetingelserne, kan på denne baggrund ikke føre til et andet resultat.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

5.5 Ad påstand 5

Ordregiveren kan foretage væsentlige, ikke grundlæggende ændringer i udbudsmaterialet, uden at det er i strid med ligebehandlingsprincippet i udbudslovens § 2, men i modsætning til, hvad der gælder for uvæsentlige ændringer, udløser sådanne ændringer en forpligtelse til i medfør af udbudslovens § 93, stk. 4, at forlænge tilbudsfristen.

Væsentlige ændringer er i forarbejderne til udbudslovens § 2 defineret som ændringer, der medfører, at de økonomiske aktører skal bruge yderligere tid til at forstå og svare tilstrækkeligt på udbudsmaterialet, hvorfor det vil tage

længere tid at afgive en ansøgning eller et tilbud. Væsentlige ændringer kan f.eks. være nye oplysninger til udbudsmaterialet.

Heroverfor står grundlæggende ændringer, der i udbudslovens § 24, nr. 37, er defineret som ændringer, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere. Bl.a. kan ændringer af kontraktens genstand og krav til udførelsen af kontrakten være ændringer af grundlæggende elementer, f.eks. hvis der indføres betingelser, som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren, hvis den udbudte kontrakt eller rammeaftales økonomiske balance ændres til tilbudsgivernes fordel på en måde, som det oprindelige udbudsmateriale ikke gav mulighed for, eller hvis en ændring af udbudsmaterialet medfører en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde.

For så vidt angår uvæsentlige ændringer henvises der til det, som er anført ad påstand 2.

For så vidt angår ændringen af pkt. 6.15 i kravspecifikationen for delaftale 2, der vedrører kravet til antallet af webcams på bærbare i produktgrupperne Touch og Chromebooks, fremgik det før ændringen klart, at kravet alene gjaldt, "... medmindre andet er anført i det underproduktgruppespecifikke krav". Det må derfor have været tilsvarende klart for alle professionelle aktører, herunder aktuelle og potentielle tilbudsgivere, at kravet skulle læses og forstås i sammenhæng med de underproduktgruppespecifikke krav i pkt. 6.15.2, hvor der for så vidt angik bærbar 12-15 alene var stillet krav om ét webcam.

Det er derfor alene en sproglig præcision af udbudsmaterialet og ikke en ændring af selve kravspecifikationen.

For så vidt angår den del af ændringen, der vedrører kravet til indbygget, berøringsfølsom skærm, lægger klagenævnet til grund, at den indebar, at der på delaftale 2 efterfølgende for vidt angår bærbar 14 og 15 i underproduktgruppen Chromebooks kunne tilbydes computere uden den type skærm. Der var efter ændringen således for specifikt disse produktgrupper åbnet for adgangen til at tilbyde en bredere vifte af produkter.

Der foreligger ikke oplysninger, hvorefter der er grund til at tilsidesætte det, som er anført af SKI om, at denne ændring blev foretaget for bedre at sikre, at tilbuddet omfattede et optimalt og relevant sortiment, herunder navnlig at det omfattede bærbare computere, som i forhold til almindeligt skolebrug ikke var forsynet med unødvendige og fordyrende funktionaliteter. Klagenævnet lægger herved tillige vægt på det, som er anført i spørgsmål 42 og SKI's besvarelse.

Klagenævnet finder det ikke godtgjort, at kravets formulering eller ændringen har været til særlig fordel eller ulempe for nogle aktører frem for andre i forbindelse med udbuddet. I den forbindelse bemærkes, at da ændringen angik delaftale 2, hvor der ikke var krav om gennemgående producentmærker, havde den ikke betydning for, hvilke produkter der i øvrigt kunne omfattes af tilbuddet.

Det er dermed ikke godtgjort, at der er tale om en ændring, der kan have påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem tilbudsgivere.

Klagenævnet vurderer – i lighed med SKI – at denne ændring, netop fordi den åbnede mulighed for, at kravene til bærbar 14 og 15 kunne opfyldes med flere produkter, betød, at de økonomiske aktører skulle bruge yderligere tid til at forstå og svare tilstrækkeligt på udbudsmaterialet, og at det derfor ville tage længere tid at afgive et tilbud. Der var derfor tale om en væsentlig ændring, som indebar, at tilbudsfristen i medfør af § 93, stk. 4, nr. 2, skulle forlænges, hvilket den imidlertid ubestridt også blev.

På den baggrund finder klagenævnet, at SKI i forbindelse med de ændringer i pkt. 6.15 i kravspecifikation for delaftale 2, som er omfattet af denne påstand, ikke har foretaget sådanne ændringer i udbudsmaterialet, som kun kunne ske i forbindelse med nyt udbud.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

5.6 Ad påstand 6

Der henvises til det, som er anført ovenfor under behandlingen af påstand 2 og 5, om sondringen mellem uvæsentlige, væsentlige og grundlæggende ændringer i udbudsmaterialet.

Klagenævnet lægger til grund, at ændringen i kravspecifikationen af kravet til batterikapacitet i de underproduktgruppespecifikke krav i pkt. 6.15.2 vedrørende bærbar 2-4 og 6-8 indebærer, at der på delaftale 2 efterfølgende for de pågældende produktgrupper var åbnet for adgangen til at tilbyde en bredere vifte af produkter.

Der foreligger ikke oplysninger, hvorefter der er grund til at tilsidesætte det, som er anført af SKI om, at denne ændring var relevant for bedre at sikre, at tilbuddet omfattede et optimalt og relevant sortiment, herunder navnlig at det omfattede bærbare, som i forhold til bl.a. almindeligt skolebrug ikke var forsynet med et fordyrende krav om en batterikapacitet på 45 Wh.

Klagenævnet finder det ikke godtgjort, at kravets formulering eller ændringen har været til særlig fordel eller ulempe for nogle aktører frem for andre i forbindelse med udbuddet. Da ændringen angik delaftale 2, hvor der ikke var krav om gennemgående producentmærker, havde ændringen ikke betydning for, hvilke produkter der i øvrigt kunne tilbydes. Den omstændighed, at den spørgende tilbudsgiver i spørgsmål 37 henviser til, at kravet, hvis det ikke ændres, indebærer, at: ”... endnu en producent ikke [vil] kunne byde på disse kategorier, og det ... dermed bliver svært hvis ikke umuligt for Tilbudsgivere at byde med tre forskellige producentmærker på Delaftale 2.”, kan ikke i sig selv føre til en anden bedømmelse.

Det er dermed heller ikke under denne påstand godtgjort, at der er tale om en ændring, der kan have påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

Klagenævnet vurderer, at også denne ændring, som åbnede mulighed for, at kravene til bærbar 2-4 og 6-8 kunne opfyldes med flere produkter, betød, at de økonomiske aktører skulle bruge yderligere tid til at forstå og svare tilstrækkeligt på udbudsmaterialet, og at det derfor ville tage længere tid at afgive et tilbud. Der var derfor tale om en væsentlig ændring, som indebærer, at tilbudsfristen i medfør af § 93, stk. 4, nr. 2, skulle forlænges, hvilket den sammen med ændringen af kravene til touchskærme, som er behandlet under påstand 5, også blev.

På den baggrund finder klagenævnet, at SKI heller ikke i forbindelse med de ændringer i pkt. 6.15.2 i kravspecifikation for delaftale 2, som er omfattet af denne påstand, har foretaget sådanne ændringer i udbudsmaterialet, som kun kunne ske i forbindelse med nyt udbud.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

5.7 Ad påstand 7

Igen henvises der til det, som er anført ovenfor under behandlingen af påstand 2 og 5 om sondringen mellem uvæsentlige, væsentlige og grundlæggende ændringer i udbudsmaterialet.

Klagenævnet lægger til grund, at ændringen af pkt. 7.4 i kravspecifikationen for delaftale 2, hvorved "Sleeves" blev undtaget fra kravet om, at alt tilbehør skulle være originalt tilbehør fra producenten af den bærbare computer, gjorde det muligt ikke kun at tilbyde et større udvalg af sleeves, men også af bærbare computere.

Der foreligger ikke oplysninger, hvorefter der er grund til at tilsidesætte det, som er anført af SKI om, at kravet reflekterede et sagligt begrundet hensyn til kunderne, og at det overordnede formål med et krav om originalt tilbehør, nemlig at sikre kompatibilitet, ikke var relevant i forhold til sleeves, hvilket heller ikke synes at være bestridt.

Det er også ubestridt, at kravet indebar, at der på delaftale 2 før ændringen kun kunne tilbydes bærbare computere, hvor producenten samtidig kunne tilbyde originale sleeves, og at dette betød en begrænsning af, hvilke producenter der kunne benyttes på et tilbud.

Klagenævnet lægger imidlertid til grund, at en række producenter af bærbare computere, herunder Lenovo, DELL, HP, Dynabook og Asus, som utvivlsomt må anses for at være nogle af de største og mest benyttede producenter, kunne tilbyde sleeves, hvorimod det ikke er nærmere anført, hvilke relevante producenter der ikke kunne tilbyde sleeves. Der er således ikke grund til at antage – og der foreligger heller ikke oplysninger, der peger i den retning – at der ikke før ændringen var omfattende muligheder for at udarbejde et konkurrencedygtigt, konditions-mæssigt tilbud. Klagenævnet lægger samtidig til

grund, at alle aktuelle og potentielle tilbudsgivere både før og efter ændringen har haft lige adgang til at sammensætte deres tilbud, og det er ikke godtgjort, at kravets formulering eller ændringen har været til særlig fordel eller ulempe for nogle aktører frem for andre i forbindelse med udbuddet.

Det er dermed heller ikke under denne påstand godtgjort, at der er tale om en ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

Klagenævnet vurderer dog, at også denne ændring betød, at de økonomiske aktører skulle bruge yderligere tid til at afgive et tilbud. Der var derfor tale om en væsentlig ændring, som indebar, at tilbudsfristen i medfør af § 93, stk. 4, nr. 2, skulle forlænges, hvilket den sammen med ændringen af kravene til touchskærme, som er behandlet under påstand 5, også blev.

På den baggrund finder klagenævnet, at SKI heller ikke i forbindelse med de ændringer i pkt. 7.4 i kravspecifikation for delaftale 2, som er omfattet af denne påstand, har foretaget sådanne ændringer i udbudsmaterialet, som kun kunne ske i forbindelse med nyt udbud.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Spørgsmålet om, hvorvidt forlængelsen af tilbudsfristen opfylder kravene hertil i udbudslovens § 93, stk. 4, behandles i forbindelse med påstand 10.

5.8 Ad påstand 8 og 9

Klagenævnet har ovenfor fastslået, at de ændringer i udbudsmaterialet, der er omfattet af påstand 2-4 og påstand 5 (for så vidt angår kravet til antallet af webcams på visse bærbare computere omfattet af delaftale 2) er uvæsentlige ændringer – præciseringer og rettelser – som det alene har været et krav, at tilbudsgiverne skulle orienteres om på passende vis.

I forhold til de ændringer i udbudsmaterialet, der er omfattet af påstand 5 (for så vidt angår kravet til indbygget, berøringsfølsom skærm for visse bærbare computere omfattet af delaftale 2) og påstand 6-7, har klagenævnet fastslået,

at det er væsentlige ændringer, som har bevirket, at SKI i medfør af udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2, var forpligtet til at forlænge tilbudsfristen, hvilket SKI imidlertid også gjorde.

Klagenævnet har i det hele vurderet, at der ikke er foretaget sådanne ændringer i udbudsmaterialet, som kun kunne ske i forbindelse med nyt udbud. Der henvises til begrundelsen ovenfor.

Klagenævnet finder, at der heller ikke er oplyst om sådanne forhold, at de pågældende ændringer – samlet betraget – indebærer, at SKI skal anses for at have foretaget grundlæggende ændringer i udbudsmaterialet, hverken for så vidt angår delaftale 1 eller 2.

Påstandene tages derfor ikke til følge.

5.9 Ad påstand 10

Det fremgår af udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2, at en ordregiver er forpligtet til at forlænge fristen for modtagelse af ansøgninger eller tilbud hvis ordregiveren foretager væsentlige ændringer i udbudsmaterialet. Det følger af forarbejderne, at den nye frist skal fastsættes i henhold til omfanget og relevansen af de supplerende oplysninger om udbudsmaterialet og/eller supplerende dokumenter og under hensyntagen til den tid, den økonomiske aktør skal bruge til at afgive sin ansøgning eller sit tilbud.

Klagenævnet forstår påstanden – i sammenhæng med Dustins anbringender – således, at det alene er de fristforlængelser, der er foretaget den 21. juni og den 4. juli 2022, som Dustin gør gældende ikke var i overensstemmelse med udbudsreglerne.

Fristforlængelsen den 21. juni 2022, hvorved tilbudsfristen blev forlænget fra den 30. juni til 1. juli 2022, var foranlediget af den ændring af pkt. 7.4 i kravspecifikationen for delaftale 2, hvorved "Sleeves" blev undtaget fra kravet om, at alt tilbehør skulle være originalt tilbehør fra producenten af den bærbare computer, som er behandlet under påstand 7.

Klagenævnet har herunder fastslået, at der var tale om en væsentlig ændring, hvorefter SKI var forpligtet til at forlænge tilbudsfristen.

Ændringen er foretaget ni dage før udløbet af den oprindelige tilbudsfrist. Efter forlængelsen fik tilbudsgiverne yderligere én dag til at sammensætte deres tilbud. Klagenævnet har ovenfor ad påstand 7 udtalt, at der ikke er grund til at antage – og at der heller ikke foreligger oplysninger, der peger i den retning – at der ikke før ændringen var omfattende muligheder for at udarbejde et konkurrencedygtigt, konditionsræssigt tilbud. Der foreligger da heller ikke oplysninger om, i hvilket omfang ændringen konkret bevirkede, at tilbudsgiverne, herunder Dustin, også foretog ændringer i de tilbud, som de var i færd med at sammensætte, eller at ændringen i øvrigt gav anledning til særlige udfordringer i den forbindelse. Yderligere foreligger der ikke oplysninger om, at tilbudsgivere henvendte sig til SKI om, at de anså fristen for utilstrækkelig til, at de kunne tilpasse deres tilbud, hvilket de havde haft anledning til, hvis de anså det for tilfældet. Endelig er det ubestridt, at Dustin afgav tilbud fem dage før udløbet af den endelige tilbudsfrist

Der er herefter ikke grund til at antage, at tilbudsgiverne efter forlængelsen af tilbudsfristen den 21. juni 2022 ikke havde tilstrækkelig tid til at sammensætte et tilbud, hvori der var taget højde for den anførte ændring af kravene til ”Sleeves”.

Fristforlængelsen den 4. juli 2022, hvorved tilbudsfristen blev forlænget fra den 5. juli til 11. juli 2022, var foranlediget af en omformatering af enkelte linjer i 6.20.7 og 8 i kravsspecifikationen for delaftale 1, og at nogle felter vedrørende NFC-kortlæsere i den relevante tilbudsliste blev låst op. Denne ændring er behandlet under påstand 4.

Der er ikke grund til at tilsidesætte det, som er anført af SKI om, at tilbudsfristen alene blev forlænget som anført, fordi tilbudsgiverne skulle benytte de opdaterede tilbudsliste, og SKI i medfør af udbudslovens § 134, stk. 2, var forpligtet til senest seks dage før udløbet af tilbudsfristen at meddele eventuelle supplerende oplysninger om udbudsmaterialet og supplerende dokumenter. Klagenævnet har således under påstand 4 udtalt, at ændringen var uvæsentlig, og at den ikke indebar nogen ændring af de materielle krav til NFC-kortlæsere.

Idet SKI således ikke i medfør af udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2, var forpligtet til at forlænge tilbudsfristen som følge af denne ændring, har klagenævnet heller ikke anledning til at vurdere fristforlængelsen i forhold hertil.

Der er herefter ikke grundlag for at fastslå, at SKI i forbindelse med de anførte ændringer ikke har forlænget tilbudsfristen i tilstrækkeligt omfang.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

5.10 Ad påstand 11 og 12:

Udbudslovens § 42, stk. 2, er en undtagelsesbestemmelse, der efter klagenævnets og EU-Domstolens praksis skal fortolkes indskrænkende. Det er ordregiverens bevisbyrde, at betingelserne for at bruge undtagelsen er opfyldt, jf. bl.a. også EU-Domstolens dom af 12. juli 2018, sag C-14/17, VAR og ATM.

Parterne har samstemmende tilsluttet sig, at ordregiveren – i mange offentlige udbud, hvori der indgår køb af IT-programmer, herunder operativsystemer mv. – har et sagligt og legitimt behov for, at nyindkøbt software er kompatibelt med det eksisterende IT-miljø.

SKI har nøje redegjort for kravspecifikationens opbygning og behovet hos de forpligtede aftagere i det konkrete udbud, og Dustin har ikke heroverfor påvist eksempler på, at de mange henvisninger i kravspecifikationen til bestemte fabrikater, varemærker o.l. ikke netop sikrer kompatibilitet med det eksisterende IT-miljø hos aftagerne.

Ordregivere har et bredt skøn ved opgørelsen af deres indkøbsbehov og ved fastlæggelse af kravene til, hvordan disse behov skal opfyldes, jf. f.eks. klagenævnets kendelse af 14. december 2020, MAN Truck & Bus Danmark A/S mod Beredskabsstyrelsen. Klagenævnet tilslutter sig herefter ikke Dustins synspunkter, hvorefter den måde, hvorpå udbuddet i det hele er tilrettelagt, strider mod udbudslovens §§ 2 og 42.

Påstand 11 og 12 tages derfor ikke til følge.

5.11 Ad påstand 13 og 14:

Dustin nedlagde efter at have fået adgang til E-kataloget og de dertil hørende produktbeskrivelser og datablade ved Processkrift I af 23. november 2022 påstand 13 og 14 om, at SKI havde overtrådt udbudslovens § 2 ved at tildele

delaftale 1 og 2 til Comm2IG på trods af, at Comm2IG's tilbud var ukonditionsmæssige, da tilbuddene ikke opfyldte kravspecifikations pkt. 6.1, henholdsvis pkt. 6.1 samt punkterne 6.15.1 og 6.15. 2.

Da SKI herefter under klagesagen havde oplyst, at kontrakterne om de to delaftaler var blevet indgået den 15. september 2022, hvorefter E-katalogerne var blevet oprettet, og at ukonditionsmæssighederne således udgjorde kontraktretlige problemstillinger, ændrede Dustin ved Processkrift 2 af 17. januar 2023 påstand 13 og 14 som anført indledningsvis i kendelsen.

På baggrund af E-kataloget og de tilhørende produktbeskrivelser og datablade har Dustin påvist, at tilbuddet fra Comm2IG på delaftale 1 var ukonditionsmæssigt, idet kravspecifikations pkt. 6.1 ikke var opfyldt vedrørende dels den tilbudte "Zbook Firefly 16 G9" ("bærbar 7"), dels den tilbudte "Z1 G9 MT" ("stationær 4"). De tilbudte produkter som bærbar 7 skulle mindst have 30 watt TDP. Det fremgår imidlertid af databladet, at CPU'en har en TDP på 15 watt. Det tilbudte produkt som stationær 4 skulle mindst have 75 watt TDP. Af databladet for den tilbudte CPU til stationær computer 4 fremgår imidlertid, at CPU'en har en TDP på 65 watt.

På baggrund af E-kataloget og de tilhørende produktbeskrivelser og datablade har Dustin desuden påvist, at tilbuddet fra Comm2IG på delaftale 2 var ukonditionsmæssigt, jf. kravspecifikations pkt. 6.1 samt punkterne 6.15.1 og 6.15.2. Flere af de tilbudte bærbare computere opfyldte således ikke de specifikke krav, som SKI havde fastlagt til den bærbare computers maksimale vægt. Derudover er flere af de bærbare computere ikke tilbudt med en CPU fra producentens senest lancerede generation. Da tilbudsgiverne skulle tilbyde 3 producentmærker på 19 bærbare computere, har Dustin derved påvist, at Comm2IG på delaftale 2 samlet set tilbød ukonditionsmæssige computere på 14 ud af 57 varelinjer.

SKI har ikke imødegået Dustins analyser, men har alene gjort gældende, at SKI's undersøgelsespligt, jf. udbudslovens §§ 159, stk. 3, og 164, stk. 2, i den foreliggende situation ikke har kunnet udstrækkes til at indebære pligt til at afklare, om det tilbudte var konditionsmæssigt.

I udbudsbetingelsernes pkt. 6 er det i rubrikken til kontraktsignering fremhævet:

”Bemærk: Rammeaftalen indgås først, når der er oprettet E-katalog, jf. Særbilag 2”.

Klagenævnet forstår parternes anbringender således, at Dustin gør gældende, at SKI under den *forudsatte* kontrol af E-kataloget før kontraktindgåelsen ville have indset, at Comm2IGs tilbud var ukonditionsmæssigt på begge delaftaler, og at SKI heroverfor gør gældende, at E-kataloget netop ikke *blev* oprettet før kontraktindgåelsen, hvorefter ukonditionsmæssighederne alene rejser kontraktmæssige spørgsmål.

SKI har på trods af kontrakternes meget store omfang og betydning gennemført udbuddet, således at den eneste kontrol af tilbuddenes konditionsmæssighed, der blev udført, vedrørte, om de relevante linjer i tilbudslisterne var udfyldt, da tilbuddene blev afgivet. Det er så vidt ses ubestridt, at tilbuddene fra Comm2IG efter deres indhold ikke ved tilbudsafgivningen indeholdt sådanne oplysninger, at SKI allerede på det tidspunkt skulle have konstateret, at tilbuddene var ukonditionsmæssige.

Kirsten Thorup, Morten Juul Nielsen og Christian Lund Hansen udtaler herefter:

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 6 udtrykkeligt, at E-kataloget skulle oprettes og godkendes, inden rammeaftalerne kunne indgås. Af udbudsbetingelsernes pkt. 17 og pkt. 8.2 i særbilag 2 fremgik imidlertid, at SKI ”forbeholdt sig retten” til ikke at underskrive kontrakt, før E-kataloget var etableret. Dette ”forbehold” synes meningsløst i sammenhæng med, at rammeaftalerne først *kunne* indgås, når E-kataloget var oprettet og godkendt, og kan ikke føre til, at SKI var berettiget til i modstrid med den udtrykkeligt beskrevne fremgangsmåde at underskrive rammeaftalerne, inden E-kataloget var oprettet og godkendt.

Hertil kommer, at udbuddet var tilrettelagt som en ren priskonkurrence, idet tilbudsgiverne skulle tilbyde produkter fra 2, henholdsvis 3 producenter på hver delaftale. SKI’s krav til kvalitet fremgik alene af de mindstekrav, som fremgik af kravspecifikationen. SKI var som anført efter fast praksis som udgangspunkt berettiget til at gå ud fra, at tilbuddene opfyldte de fastsatte mindstekrav. Som udbuddet var tilrettelagt, lå der imidlertid en kontrol af den tilbudte kvalitet i, at kontrakterne først ville blive underskrevet, når E-katalogerne var oprettet og godkendt, jf. herved også, at det i særbilag 2 i pkt.

4.2.1 ("Kontrol og tilretning") bl.a. er anført, at såfremt E-kataloget ikke opfylder kravene, eller der er fejl eller mangler, vil SKI underrette Leverandøren herom.

Også henset til udbuddets overordentlig store værdi må det derfor lægges til grund som forudsat af alle involverede, at SKI's godkendelse af E-kataloget ville skulle foretages af personer med betydeligt branchekendskab og indebære kontrol af, om tilbuddene var konditionsmæssige, og således ikke blot som anført af SKI indebære kontrol af, om de enkelte tilbudslinjer var udfyldt eller stod tomme, jf. også Dustins klare forudsætning herom ved den første formulering af påstandene.

Det anførte sammenholdt med den overordentlig udførlige beskrivelse i særbilag 2 vedrørende begge delaftaler om processen for etableringen af E-kataloget og den kontrol af de omfattede produkter, som SKI forudsatte, taler også til støtte for en samlet forståelse af udbudsbetingelserne, som indebærer, at der ikke ville blive indgået rammeaftaler, før E-kataloget var etableret. Den udbudsretlige undersøgelsesforpligtelse i forbindelse med oprettelse af E-kataloget, som SKI havde pålagt sig selv ved tilrettelæggelsen af udbuddet, ville dermed, som sagen er oplyst, have ført til, at Comm2IGs tilbud blev afvist som ukonditionsmæssige.

På den baggrund har SKI overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved ikke at følge den fastsatte proces og ved at tildele delaftalerne til Comm2IG trods den manglende opfyldelse af kravspecifikationens pkt. 6.1 vedrørende delaftale 1, henholdsvis kravspecifikationens pkt. 6.1, pkt. 6.15.1. og 6.15.2 vedrørende delaftale 2.

Vi stemmer derfor for at tage påstand 13 og 14 til følge.

Pernille Hollerup udtaler:

SKI havde i udbudsbetingelsernes pkt. 6 fastsat en udbudsprocedure for udbudsforløbet, der indebar, at kontrakterne først skulle indgås, når E-kataloget var etableret. Det fremgår imidlertid af udbudsbetingelsernes pkt. 17 om "Implementering", at "SKI *forbeholder sig ret til ikke at underskrive kontrakt, før et E-katalog er etableret i overensstemmelse med retningslinjerne i særbilag 2.*", hvilket i hvert fald åbner for mulighed for, at kontrakten rent faktisk ville blive underskrevet, før E-kataloget var etableret.

I pkt. 8.2 i særbilag 2 om ”Forbehold” anføres ligeledes:

”SKI forbeholder sig retten til ikke at indgå Rammeaftalen med Leverandøren, før SKI har godkendt E-kataloget og/eller testfakturaen, og E-kataloget og webshoppen er etableret, jf. punkterne 3-5”.

Udbuddet var derfor tilrettelagt således, at SKI kunne vælge mellem at afvente oprettelsen af E-kataloget, før kontrakterne blev underskrevet, eller at underskrive kontrakterne efter udløbet af standstill-perioden og den umiddelbare kontrol af tilbudslisterne og først derefter foranstalte oprettelse af E-kataloget.

SKI valgte den sidste fremgangsmåde.

Den kontrol, som omtales i særbilag 2, særligt afsnit 3, 4.2.1 og 4.3, er efter min opfattelse en kontrol af, at de rigtige oplysninger indarbejdes i E-kataloget, og at det er udfyldt rigtigt, og ikke en materiel kontrol af, at produkterne lever op til kravspecifikationen, og dermed ikke en kontrol af kvaliteten.

Jeg stemmer derfor for ikke at tage påstandene til følge.

Efter stemmeflertallet tages påstandene til følge.

5.12 Ad påstand 15 og 16:

Den principielt grove overtrædelse af udbudsreglerne, som er fastslået ad påstand 1, har i det foreliggende tilfælde ikke haft den konkrete væsentlige betydning, som efter fast praksis er forudsætningen for, at klagenævnet tager en påstand om annullation af en tildelingsbeslutning til følge.

Alle tilbudsgiverne har orienteret sig via ETHICS, og ingen havde afgivet tilbud før udløbet af den fastsatte frist den 5. juli 2022. Tilbuddene blev afgivet under overholdelse af den frist, der var blevet sendt til EU's publikationskontor den 6. juli 2022 og offentliggjort den 11. juli 2022, men som allerede tidligere var fremgået af ETHICS. SKI modtog ikke henvendelser fra potentielle tilbudsgivere efter offentliggørelsen den 11. juli 2023 inden udløbet af fristen den 13. juli 2023.

Den overtrædelse af udbudslovens § 2, som er fastslået ad påstand 1, fører derfor ikke til, at påstand 15 og 16 tages til følge.

Som anført ad påstand 13 og 14 var Comm2IG's tilbud ikke konditionsmæssige.

Påstand 15 og 16 tages derfor til følge.

6. KONKLUSION

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at forlænge fristen for afgivelse af tilbud via bekendtgørelse om supplerende oplysninger, der først blev sendt til EU's publikationskontor efter den gældende tilbudsfrists udløb.

Ad påstand 13 og 14

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved ikke at gennemføre den i udbudsbetingelserne beskrevne kontrol af Comm2IG A/S' tilbud på delaftale 1 og 2 og ved at tildele delaftale 1 til Comm2IG A/S, på trods af at tilbuddet var ukonditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte kravspecifikationens punkt 6.1., samt ved at tildele delaftale 2 til Comm2IG A/S, på trods af at tilbuddet var ukonditionsmæssigt, da tilbuddet ikke opfyldte kravspecifikationens punkt 6.1 samt punkterne 6.15.1 og 6.15.2.

Ad påstand 15 og 16

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S' beslutning af 16. august 2022 om at tildele delaftale 1 og 2 til Comm2IG A/S i udbud nr. 2022/S 107-296365 annulleres.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 2-12.

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S skal i sagsomkostninger til Dustin A/S betale 75.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup Morten Juul Nielsen

Genpartens retlighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig