

Klagenævnet for Udbud

(Jesper Stage Thusholt, Cecilie Schwartz Førby)

J.nr.: 23/06414

24. januar 2025

K E N D E L S E

Kyndryl Danmark ApS
(selv)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(advokat Anni Noes Westergaard og
advokat Anders Thede Bossen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 086-234523 af 28. april 2022, offentliggjort den 3. maj 2022, udbød Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse ("FMI") som udbud med forhandling efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet (direktiv 2009/81/EF) en kontrakt om drift og teknisk vedligehold samt øvrige løbende ydelser til Forsvarets Koncernfælles Sags- og Dokumenthåndteringssystem (KESDH). Kontrakten har en varighed på 7 år med mulighed for forlængelse 3 gange på hver 12 måneder. Kontraktens anslåede værdi er mellem 125 mio. kr. og 175 mio. kr.

Inden for fristen for anmodning om prækvalifikation den 31. maj 2022 modtog FMI tre ansøgninger, henholdsvis fra KMD A/S ("KMD"), NNIT A/S ("NNIT") og Kyndryl Danmark ApS ("Kyndryl").

Den 20. juni 2022 besluttede FMI at prækvalificere alle tre virksomheder.

Inden for tilbudsfristen den 23. februar 2023 modtog FMI tilbud fra NNIT og Kyndryl.

Den 15. maj 2023 besluttede FMI at indgå kontrakt med NNIT.

Den 25. maj 2023 indgav Kyndryl klage til Klagenævnet for Udbud over FMI. Kyndryl 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 23. juni 2023 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om fumus boni juris ikke var opfyldt.

Klagenævnets behandling af sagen har herefter i perioden frem til ultimo oktober 2024 være sat i bero på afgørelse af Kyndryls anmodninger om aktindsigt.

Kyndryl har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med forsvars- og sikkerhedsdirektivet, herunder de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed i artikel 4, ved at tage tilbuddet fra NNIT i betragtning, selv om NNIT havde undergået en grundlæggende virksomhedsmæssig omstrukturering efter udvælgelsen, hvorved FMI havde pligt til at afvise tilbuddet fra NNIT, idet egnethedsvurderingen og tildelingsevalueringen ville have ført til et andet resultat, såfremt den virksomhedsmæssige omstrukturering var blevet foretaget før FMI's vurdering.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med forsvars- og sikkerhedsdirektivet, herunder de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed i artikel 4, ved at gennemføre ulovlige forhandlinger eller sidestillede aktiviteter med NNIT om kontraktens opfyldelse og levering af de udbudte ydelser i perioden efter afgivelse af endeligt tilbud, men før meddelelse om tildeling, og lade dette indgå som grundlag for tildelingsbeslutningen.

Påstand 3

Klagenævnet skal annullere FMI's beslutning af 15. maj 2023 om at tildele kontrakten til NNIT.

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

Overfor Kyndryls klagepunkter angående forhandlings- og evalueringsforløbet har FMI principalt påstået afvisning, subsidiært at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Udbudsmaterialet

I udbudsbekendtgørelsen står bl.a.:

”II.1.5) Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene:

I – Baggrund og Formål:

Forsvarsministeriet Materiel- og Indkøbsstyrelsen (FMI) ønsker med denne udbudsbekendtgørelse at udbyde drift og teknisk vedligeholdelse af Forsvarets Koncernfælles Sags- og Dokumenthåndteringssystem (KESDH).

Forsvaret består af en række værn, kommandoer, stabe og myndigheder under Forsvarsministeriet (samlet Koncernen), som hver især varetager specialiserede opgaver som en del af Koncernens samlede forretningsmæssige formål. Forsvaret er en kompleks organisation, som varetager mange forskelligartede opgaver. KESDH drives på Forsvarets Integrerede Informationsnetværk (FIIN) og tilgås fra autoriserede arbejdspladser.

KESDH er Forsvarets koncernfælles ESDH-system til sags- og dokumenthåndtering, hvori alle relevante ind- og udgående dokumenter og interne notater registreres, dvs. såvel fysiske som elektroniske dokumenter og e-post korrespondance. KESDH udgør en fælles platform for lagring, fremfinding, understøttelse af processer herunder afsendelse og modtagelse af digital post og behandling af informationer, som i et vist omfang er klassificeret, jf. Justitsministeriets Sikkerhedscirkulære, CIR nr. 10338 af 17. december 2014, dog højest til klassifikationsgraden Til Tjenestebrug (TTJ).

...

KESDH integrerer til andre af Koncernens systemer, ... KESDH har derudover integration til DeMars, som er Koncernens ERP-system baseret på SAP. ...

Leverandøren skal benytte FMI's hardware og software grundet sikkerhedskrav fra Forsvarets Efterretningstjeneste. Dette bliver stillet til rådighed for Leverandøren.

...

Nærværende udbud omfatter kontrakt om drift og teknisk vedligehold af KESDH. Den kommende leverandør vil dog skulle

indgå i et flerleverandør-setup, hvor øvrige leverandører vil forestå vedligeholdelse og videreudvikling af KESDH. Leverandøren vil derfor skulle indgå i et samarbejde med øvrige leverandører i relation til KESDH. Leverandøren skal i den forbindelse deltage i en fælles samarbejdsorganisation med FMI og FMI's øvrige it-leverandører, herunder særligt leverandørerne af applikationsvedligeholdelse og udviklingsbistand. ...

II – Hovedydelse

De udbudte hovedydelser for kontrakten om drift og teknisk vedligehold af KESDH omfatter følgende:

a) Transition-Ind:

Transition-ind omfatter bl.a. overførsel af ansvar og arbejdsopgaver for at sikre fremtidig stabil driftsafvikling og bl.a. projektstyring, koordinering af aktiviteter, transitionsorganisation samt overtagelse af viden fra den afgivende leverandør, således at leverandøren er i stand til at videreføre stabil drift og teknisk vedligehold af KESDH. Dette skal ske med mindst mulig påvirkning for de eksisterende brugere af KESDH. I tilknytning til transitionen etableres der en hypercare periode. Transition-ind forventes også at omfatte bistand i relation til opsætning og klargøring af FMI's nye hardware, installation af operativsystemer, databasesoftware og applikationer mv.

b) Datacenterdrift:

...

c) Infrastrukturdrift og teknisk vedligehold:

...

d) Support:

...

e) Bestillingsydelser:

...

f) Konsulenttydelser:

...

g) Transition-ud og øvrige ophørsydelser:

Leverandøren skal levere alle relevante og nødvendige ophørsydelser i forbindelse med FMI's hjemtagelse af én eller flere ydelser under kontrakten og/eller i forbindelse med kontraktens ophør og eventuelle overdragelse til en ny leverandør, således at systemet og ydelserne kan hjemtages/overdrages smidigt og effektivt, herunder skal leverandøren sørge for, at FMI og/eller en kommende leverandør får adgang til alle relevante informationer ifm. Transition-ud. Herunder skal leverandøren levere andre relevante ophørsydelser som afgivende leverandør i forbindelse med kontraktens ophør.

...

III.2.2) Økonomisk og finansiel kapacitet

Kriterier angående de økonomiske aktørers økonomiske og finansielle formåen (som kan føre til, at de udelukkes)

...

Ved en sammenslutning af virksomheder (f.eks. et konsortium) skal oplysningerne afgives for hver af de deltagende virksomheder i sammenslutningen. Baserer virksomheden sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen (f.eks. et moder-, søsterselskab eller en underleverandør), skal oplysningerne ligeledes afgives for hver af disse enheder.

Mindstekrav til det niveau, der muligvis kræves: 1) Som mindstekrav kræves en samlet årsomsætning på mindst 80 000 000 DKK i det seneste disponible regnskabsår. Hvis omsætningen ikke er angivet i DKK, vil FMI beregne omsætningen på baggrund af den officielle valutakurs på datoen for udbudsbekendtgørelsens offentliggørelse.

Såfremt ansøger består af en sammenslutning af virksomheder (f.eks. et konsortium), herunder midlertidige jointventures, beregnes den samlede årsomsætning som summen af alle deltageres samlede årsomsætning i hver af deltagernes seneste disponible regnskabsår.

Såfremt ansøger baserer sig på en eller flere enheders økonomiske og finansielle formåen, beregnes den samlede årsomsætning som summen af ansøgers og enhedens/enhedernes samlede årsomsætning i hvert af disses seneste disponible regnskabsår.

2) Som mindstekrav kræves en positiv egenkapital i det seneste disponible regnskabsår. Såfremt ansøgeren baserer sig på andre enheders formåen, beregnes egenkapitalen som virksomhedens og disse andre enheders samlede egenkapital i det seneste disponible regnskabsår. Ved en sammenslutning af virksomheder (f.eks. et konsortium), herunder joint ventures, beregnes egenkapitalen som virksomhedernes samlede egenkapital i det seneste disponible regnskabsår.

Det bemærkes, at ansøgeren kan basere sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen (f.eks. et moder- eller søsterselskab eller en underleverandør) uanset den juridiske karakter af relationen mellem ansøgeren og den enhed/enheder, som ansøger baserer sig på. Der henvises i denne forbindelse til punkt IV.3) vedr. skabelon til erklæring fra den støttende enhed.

III.2.3) Teknisk og/eller faglig kapacitet

Kriterier angående de økonomiske operatørers tekniske og/eller faglige formåen (som kan føre til, at de udelukkes)

...

Fremlæggelse af en liste over de betydeligste lignende leverancer (referencer) i forhold til de i punkt II.1.5), underpunkt II, litra

a)-d) og g) anførte ydelser, udført inden udløbet af fristen for anmodning om deltagelse (ansøgningsfristen).

FMI ser gerne, at listen indeholder følgende oplysninger:

- En klar beskrivelse af leverancens (referencens) generelle karakteristika, jf. punkt II.1.5), underpunkt I (baggrund og formål),
- ansøgers deltagelse/rolle i forbindelse med udførelsen af leverancen,
- tidspunktet for udførelsen af leverancen,
- størrelsen af leverancen, samt
- modtager af leverancen, såfremt oplysningerne kan angives.

...

Det bemærkes, at ansøgeren kan basere sig på andre enheders tekniske og faglige formåen (f.eks. et moder- eller søsterselskab eller en underleverandør) uanset den juridiske karakter af relationen mellem ansøgeren og den/de enhed/enheder, som ansøgeren baserer sig på. Der henvises i denne forbindelse til punkt IV.3) vedr. skabelon til erklæring fra den støttende enhed.

...

IV.1.2) Grænse for, hvor mange økonomiske aktører der vil blive opfordret til at afgive bud eller deltage

Forventet antal økonomiske aktører 3

Objektive kriterier for valg af det begrænsede antal kandidater: Begrænsningen af ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud, sker efter vurdering af, hvilke ansøgere, der har dokumenteret de mest relevante leverancer (referencer) af de ydelser, som kontrakten omfatter, jf. punkt II.1.5), jf. underpunkt II, litra a)-d) og g) (hovedydelse).

Vurderingen af leverancernes (referencernes) relevans foretages på baggrund af den erfaring med levering af sammenlignelige ydelser, som leverancen (referencen) dokumenterer, jf. beskrivelsen i punkt II.1.5), underpunkt II, litra a)-d) og g) (hovedydelse) i forhold til de generelle karakteristika i punkt II.1.5), underpunkt I (Baggrund og formål).

Ved vurderingen af leverancernes (referencernes) udførelsetidspunkt tillægges udførelsetidspunktet betydning i forhold til, hvornår de er udført (jo nyere desto bedre). Ved vurderingen af, hvilke ansøgere der har dokumenteret de mest relevante leverancer (referencer) af sammenlignelige ydelser, tages der udgangspunkt i den enkelte ansøgers mest relevante reference, dog således, at ansøgerens øvrige referencer kan supplere den mest relevante reference, såfremt referencerne tilsammen dokumenterer en højere grad af relevant erfaring med at levere de konkret efterspurgte ydelser med tilsvarende karakteristika.

Bemærk, at såfremt de fremsendte oplysninger er uklare eller uforståelige, kan dette blive tillagt negativ betydning ved vurderingen i udvælgelsesprocessen.

...

VI.3) Yderligere oplysninger:

...

Ifølge forsvarsdirektivet (direktiv 2009/81/EF) kan en ansøger basere sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen og/eller tekniske og/eller faglige kapacitet uanset den juridiske karakter af relationen til enhederne. Hvis en ansøger ønsker at basere sig på andre enheders formåen og ønsker, at disse andre enheders kapacitet skal tages i betragtning ved FMI's vurdering af ansøgers egnethed, skal ansøger dokumentere, at disse andre enheder vil og er forpligtet til at stille de relevante ressourcer til ansøgers rådighed. En skabelon til en erklæring herom fra den støttende enhed er vedlagt det ovenfor nævnte prækvalifikationskema."

I udbudsbetingelserne står bl.a. følgende:

"2. INTRODUKTION TIL UDBUDSPROCEDUREN

...

Udbudsproceduren består af følgende faser:

1. Udarbejdelse af indledende tilbud (INDO): Udbuddet foregår fortløbende og indledes med indsendelse af det indledende tilbud (INDO). Tilbudsgiver udarbejder sit indledende tilbud (INDO) på baggrund af udbudsmaterialet og færdiggør dette ved afsendelse heraf inden for tilbudsfristen, jf. punkt 5.1. I denne periode kan tilbudsgiver deltage i et orienteringsmøde, og tilbudsgiver har endvidere mulighed for at få yderligere oplysninger ved at indsende skriftlige spørgsmål, jf. punkt 4.1, ligesom der vil være mulighed for at få adgang til et anledningsvis etableret datarum, hvis formål er at tilvejebringe information fra de klassificerede dele af udbudsmaterialet. Der vil i datarummet ligeledes være adgang til udvalgte dele af selve KESDH-systemet og relevant dokumentation, jf. punkt 4.2.
2. Evaluerings af det indledende tilbud (INDO): FMI åbner og gennemgår det indledende tilbud (INDO) i henhold til proceduren i punkt 10. FMI evaluerer derefter det indledende tilbud (INDO) i overensstemmelse med tildelingskriteriet og evalueringsmetoden, som anført i punkt 11.

3. Forhandling: På grundlag af det indledende tilbud (INDO), vil FMI føre forhandlinger med tilbudsgiverne i overensstemmelse med de i punkt 6 anførte retningslinjer.
4. Udarbejdelse af endeligt udbudsmateriale: På baggrund af forhandlingerne med tilbudsgiverne om det efterfølgende indledende tilbud (INDO) vil FMI udarbejde og udsende det endelige reviderede udbudsmateriale til tilbudsgiverne.
5. Indgivelse af endeligt tilbud (BAFO): Tilbudsgiverne udarbejder og indgiver endeligt tilbud (BAFO), jf. punkt 7.2.
6. Evaluerings af det endelige tilbud (BAFO): FMI åbner og gennemgår det endelige tilbud (BAFO) i henhold til proceduren i punkt 10. FMI evaluerer derefter det endelige tilbud (BAFO) i overensstemmelse med tildelingskriteriet og evalueringsmetoden, som anført i punkt 11.
7. Tildeling af Kontrakten: FMI træffer beslutning om tildeling af Kontrakten og underretter tilbudsgiverne derom.

...

5.2 Beskrivelse af det indledende tilbud (INDO)

...

B. Udfyldte Bilag til Kontrakten.

Det indledende tilbud (INDO) består af følgende dokumenter:

...

Vedr. B) Udfyldte Bilag til Kontrakten

...

Tilbudsgiver skal som en del af tilbuddet endvidere udfylde og vedlægge følgende Bilag, som ikke indgår i tilbudsevalueringen:

...

- Bilag 4.e (Oversigt over underleverandører)

...

Tilbudsgiver gøres udtrykkeligt opmærksom på, at FMI forbeholder sig ret til at betragte det indledende tilbud (INDO) som et endeligt tilbud (BAFO) samt at afslutte udbudsforretningen og tildele Kontrakten på grundlag af det indledende tilbud (INDO), dvs. uden at indgå forhandlinger.

Det indledende tilbud bør derfor være i fuld overensstemmelse med udbudsmaterialet og overholde alle mindstekrav (MK) og forhandlingskrav (FK), jf. punkt 9.1 og 9.2.

...

7.3 Nærmere beskrivelse af det endelige tilbud (BAFO)

Tilbudsgiverens endelige tilbud (BAFO) skal indeholde de samme dokumenter som det indledende tilbud (INDO), jf. punkt 5.2 ovenfor med undtagelse af tilbudsgivers eventuelle kommentarer til udbudsmaterialet i form af risikofaktorer, cost drivers osv. (bilag 3 til udbudsbetingelserne).

...

Alle mindstekrav (MK) og forhandlingskrav (FK) i det reviderede udbudsmateriale skal overholdes i det endelige tilbud (BAFO), og alle efterspurgte oplysninger bør afgives, jf. punkt 6. Manglende afgivelse af disse oplysninger kan føre til en afvisning af det endelige tilbud (BAFO2), idet der dog henvises til punkt 6 og principperne i udbudslovens § 159, stk. 5 (lov nr. 1564 af 15. december af 2015).

...

11. EVALUERING

11.1 Tildelingskriteriet og evalueringsmetode

Kontrakten vil blive tildelt på baggrund af tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud baseret på det bedste forhold mellem pris og kvalitet”.

FMI vil i den forbindelse lægge følgende underkriterier til grund:

1) Pris 25 %

Bedømt på grundlag af den samlede evalueringstekniske pris.

Den samlede evalueringstekniske pris opgøres samlet på grundlag af:

- a) Den i Bilag 20.a opgjorte evalueringstekniske pris,
- b) Ordregivers kapitalisering af tilbudsgivers eventuelle krav til ordregivers IT-miljø, jf. tilbudsgivers besvarelse i Bilag 3.b.i, samt
- c) Ordregivers kapitalisering af tilbudsgivers eventuelle krav til ordregivers IT-miljø i forhold til aktivering af Optioner, jf. tilbudsgivers besvarelser i Bilag 17.c.i, EK-krav K-8.

2) Transition 15 %

Bedømt på grundlag af følgende delkriterier:

- Detaljeret tidsplan frem til godkendt driftsprøve (40 %)

Vurderingen af dette delkriterium vil blive foretaget på baggrund af en vurdering af tilbudsgivers besvarelse i Bilag 2.b, Bilag 2.b.i og Bilag 2.b.ii. Vurderingen vil ske i overensstemmelse med de elementer, som FMI i Bilag 2.b.ii har anført vil blive tillagt positiv vægt.

- Transition Ind (60 %)
Vurderingen af dette delkriterium vil blive foretaget på baggrund af en vurdering af tilbudsgivers besvarelse i Bilag 11.i, Bilag 11.ii og Bilag 11.iii. Vurderingen vil ske i overensstemmelse med de elementer, som FMI i Bilag 11.i, Bilag 11.ii og Bilag 11.iii har anført vil blive tillagt positiv vægt.

3) Kvalitet (35 %)

Bedømt på grundlag af følgende delkriterier:

- Operationelle Processer (15 %)
Vurderingen af dette delkriterium vil blive foretaget på baggrund af en vurdering af tilbudsgivers besvarelse i Bilag 4.d.i. Vurderingen vil ske i overensstemmelse med de elementer, som FMI i Bilag 4.d.i har anført vil blive tillagt positiv vægt.
- Transformation (5 %)
Vurderingen af dette delkriterium vil blive foretaget på baggrund af en vurdering af tilbudsgivers besvarelser i Bilag 10.i. Vurderingen vil ske i overensstemmelse med de elementer, som FMI i Bilag 10.i har anført vil blive tillagt positiv vægt.
- Ydelser (35 %)
Vurderingen af dette delkriterium vil blive foretaget på baggrund af en vurdering af tilbudsgivers besvarelser i Bilag 12.a.i, 12.b.i og 12.c.i. Vurderingen vil ske i overensstemmelse med de elementer, som FMI i Bilag 12.a.i, 12.b.i og 12.c.i har anført vil blive tillagt positiv vægt.
- Sikkerhed (15 %)
Vurderingen af dette delkriterium vil blive foretaget på baggrund af en vurdering af tilbudsgivers besvarelser i Bilag 14.i. Vurderingen vil ske i overensstemmelse med de elementer, som FMI i Bilag 14.i har anført vil blive tillagt positiv vægt.
- Optioner (30 %)

Vurderingen af dette delkriterium vil blive foretaget på baggrund af en vurdering af tilbudsgivers besvarelser i Bilag 17.c.i, bortset fra evalueringskrav EK K-8. Vurderingen vil ske i overensstemmelse med de elementer, som FMI i Bilag 17.c.i har anført vil blive tillagt positiv vægt.

4) Samarbejde (25 %)

- Leverandørens allokerede Nøglemedarbejdere (100 %)
Vurderingen af dette delkriterium vil blive foretaget på baggrund af en vurdering af tilbudsgivers besvarelser i Bilag 4.b.i. Vurderingen vil ske i overensstemmelse med de elementer, som FMI i Bilag 4.b.i har anført vil blive tillagt positiv vægt.”

Den anvendte evalueringsmetode er nærmere beskrevet i udbudsmaterialets Bilag 5, Evalueringsmetode, hvorefter fremgår bl.a.:

”1. EVALUERINGSMETODE – FORSKELSMODELLEN

Med henblik på at vurdere hvilket tilbud der har det bedste forhold mellem pris og kvalitet, benytter FMI en forskelsmodel til sammenstilling af det økonomiske underkriterie ”Pris” og de kvalitative underkriterier ”Transition”, ”Kvalitet” og ”Samarbejde”. Forskelsmodellen er beskrevet nærmere nedenfor.

Til brug for evalueringen af de kvalitative underkriterier anvender FMI følgende sproglige skala:

- Særdeles tilfredsstillende (5 point)
- Meget tilfredsstillende (4 point)
- Tilfredsstillende (3 point)
- Mindre tilfredsstillende (2 point)
- Ikke tilfredsstillende (1 point)

FMI anvender skalaen ved at tildele point for hvert evalueringskriterium baseret på en samlet vurdering af den tilbudte kravopfyldelse af evalueringskrav(ene) (EK), der indgår i det pågældende evalueringskriterium. Herefter udregner FMI en samlet score for hvert af delkriterierne under de kvalitative underkriterier ”Transition”, ”Kvalitet” samt ”Samarbejde”, hvorefter der udregnes en samlet score for hvert af de kvalitative underkriterier. FMI tildeler hele point for hvert evalueringskriterium. Under det enkelte delkriterie vægter evalueringskriterierne lige”

Af udbudsmaterialets Bilag 02 – Tidsplan fremgår, at den forventede kontraktindgåelse er den 23. februar 2023.

Af udkast til kontrakt fremgår bl.a.:

”1.3 Formål

...

Nærværende Kontrakt, der også betegnes som Delaftale 1 i Kontraktkomplekset, omfatter drift og teknisk vedligeholdelse samt øvrige Løbende Ydelser til Systemet. Delaftale 1 har karakter af en kontrakt med én leverandør.

Applikationskontrakten udgør Delaftale 2 og omfatter applikationsvedligeholdelse (vedligeholdelse og udvikling) af Applikationen. Delaftale 2 har ligeledes karakter af en kontrakt med én leverandør.

Delaftale 3 relateres til en eller flere Udviklingsaftaler med Applikationsudviklingsleverandører om levering af Add-ons (udvikling, konfiguration, konsulentytelser mv.). Add-ons kan leveres via en eller flere selvstændige aftaler og fra forskellige leverandører – også over tid. Der vil således kunne være flere Applikationsudviklingsleverandører. Aftalerne kan eksempelvis være selvstændigt udbudte kontrakter, leveringsaftaler via rammeaftaler, leverancer via SKI-miniudbud osv. Udviklingsaftalerne og ydelserne herunder vil blive relevante i takt med behovet fra Kunden. Der vil derfor være perioder, hvor der ikke er aktive Udviklingsaftaler, mens der i øvrige perioder kan være flere samtidigt aktive Udviklingsaftaler.

Ydelserne omfattet af denne Delaftale (Kontrakten) skal sammen med ydelserne omfattet af Delaftale 2 og 3 understøtte Kundens forretningsmæssige behov i forhold til det område, som dækkes af Systemet, og som er udmøntet i levering af drift, vedligeholdelse og videreudvikling af Systemet, således at Kunden opnår den bedst mulige brug af Systemet i Kontraktens fulde løbetid.

...

10. BENYTTELSE AF UNDERLEVERANDØRER

Leverandøren hæfter for sine Underleverandører, Underleverandørernes medarbejdere og Underleverandørers ydelser på samme måde som for egen ageren, egne medarbejdere og egne ydelser.

Leverandøren skal etablere kontrakter, Underdatabehandlersaftaler, herunder sikkerhedskrav, procedurer og arbejdsgange, der sikrer Kontraktens overholdelse ved Leverandørens brug af Underleverandører, jf. ligeledes punkt 31 samt Bilag 15.

Leverandøren er forpligtet til loyalt at sikre, at Leverandørens samarbejde med en Underleverandør om opfyldelsen af Kontrakten ikke påvirker kontraktopfyldelsen negativt set i forhold til, hvis Leverandøren havde leveret alle Ydelser med egne Ressourcer. Leverandøren er i enhver henseende ansvarlig for sine Underleverandørers Ydelser, som var Ydelserne udført af Leverandøren selv, herunder i forhold til at opnå nødvendig sikkerhedsgodkendelse.

Leverandøren er herunder forpligtet til at facilitere den direkte kontakt mellem Kunden og en Underleverandør, såfremt Kunden finder dette hensigtsmæssigt. Leverandøren er dog berettiget til fuld løbende indsigt i Kundens korrespondance med Leverandørens Underleverandører i relation til Kontrakten.

Leverandørens anvendelse af Underleverandører fremgår af Bilag 4.e.

Leverandøren kan ikke uden Kundens forudgående skriftlige samtykke ved Meddelelse overlade Kontraktens opfyldelse eller dele heraf til andre Underleverandører end dem, der er angivet i Bilag 4.e. Kunden kan ikke nægte et sådant samtykke uden rimelig grund. En udskiftning vil skulle være i overensstemmelse med de til enhver tid gældende udbudsretlige regler.

Leverandøren skal, såfremt der benyttes underleverandører, udarbejde en plan for hvordan roller og dele af Ydelserne kan varetages, hvis en Underleverandør ikke evner eller har viljen til at udføre den pågældende rolle eller varetage udførelsen af de pågældende Ydelser længere. Planen skal godkendes af Kunden. Leverandøren skal løbende efter behov, dog minimum en gang årligt, opdatere planen. Den opdaterede plan skal godkendes af Kunden.

Udskiftning af eventuelle Nøglemedarbejdere hos Underleverandører skal ske i overensstemmelse med punkt 9.

Selvom Kunden har samtykket i anvendelsen af en bestemt Underleverandør, kan Kunden i alle forhold rette henvendelse til Leverandøren.

Leverandøren skal give Meddelelse til Kunden, såfremt Leverandøren ikke længere vil benytte eller kun delvist vil benytte en Underleverandør. Efter påkrav fra Kunden, skal Leverandøren redegøre for, hvordan Leverandøren sikrer, at Leverandøren kan håndtere og levere de Ydelser, som den pågældende Underleverandør håndterede.”

Prækvalifikation og forhandling med tilbudsgiverne

NNIT oplyste i det udfyldte spørgeskema til prækvalifikationen (PQQ), at virksomheden ikke baserede sig på andre enheders formåen og ikke indgik i et konsortium. Det fremgår endvidere, at NNIT havde en omsætning på 2.877 mio. kr. i 2021, og at egenkapitalen i samme år var 1.142 mio. kr. NNIT vedlagde i forbindelse med prækvalifikationen en referencebeskrivelse over fem referencer.

Af FMI's prækvalifikationsnotat fremgår bl.a.:

”Ordregiver har, som anført ovenfor, modtaget tre (3) rettidige ansøgninger, som alle er vurderet at være konditionsmæssige, idet de alle opfylder de i udbudsbekendtgørelsen fremsatte krav til egnethed.

Henset hertil har der ikke været behov for at foretage en begrænsning af ansøgerfeltet på baggrund af udvælgelseskriterierne i udbudsbekendtgørelsens punkt IV.1.2).

For god ordens skyld har ordregiver imidlertid gennemgået de tre (3) ansøgninger, og det er ordregivers vurdering, at samtlige tre (3) ansøgere har dokumenteret relevant erfaring med levering af de i udbudsbekendtgørelsen anførte ydelser, hvorfor de tre (3) ansøgere vurderes at udgøre et relevant konkurrencefelt til Kontrakt om drift og teknisk vedligeholdelse samt øvrige Løbende Ydelser til KESDH.”

Ved brev af 20. juni 2022 til Kyndryl meddelte FMI, at virksomheden og de to øvrige ansøgere var blevet prækvalificeret.

FMI modtog første indledende tilbud (INDO1) den 5. september 2022 fra Kyndryl og NNIT, og efterfølgende afholdt FMI en forhandlingsrunde med tilbudsgiverne i september 2022. Tilbudsgiverne blev derefter opfordret til at afgive et endeligt tilbud (BAFO) den 7. november 2022 med henblik på tildeling og forventet kontraktindgåelse den 9. december 2022. FMI gennemførte herefter en yderligere forhandlingsrunde med tilbudsgiverne primo december 2022, hvorefter tilbudsgiverne blev opfordret til at afgive et nyt tilbud, BAFO2, med frist den 13. januar 2023 med henblik på tildeling og forventet kontraktindgåelse den 23. februar 2023.

Parallelt forhandlingsforløb med KMD

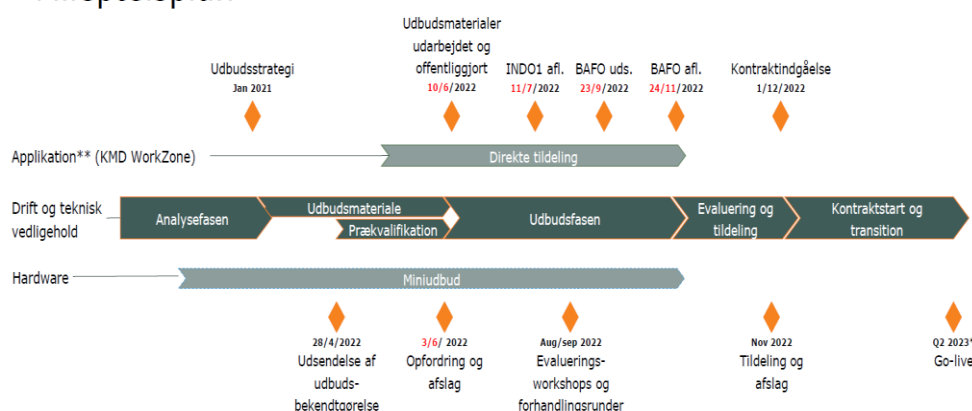
FMI har oplyst, at der som følge af strategien med tre (del-)aftaler blev gennemført et parallelt forhandlingsforløb med KMD om kontrakt vedrørende applikationshåndtering af KESDH-applikationen.

Af en milepælsplan fremgår, at det var FMI's forventning, at forhandlingerne med KMD var tilendebragt forud for afslutningen af udbuddet af driftskontrakten:

”...

3A. KESDH udbud 2021-22

Milepælsplan



...”

I oplæg til udbudsstyregruppemøde den 6. februar 2023 står der:

”...

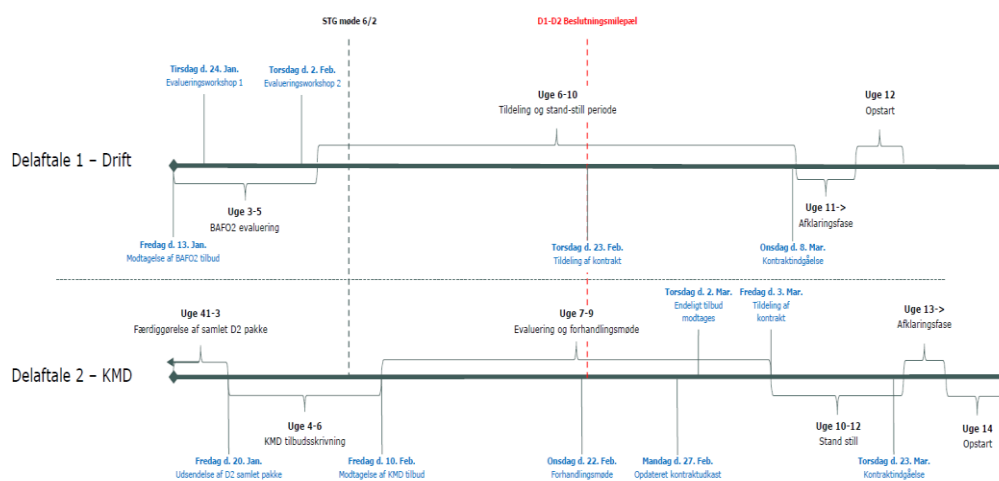
Orienteringspunkt 1: Tidsplan og scenarier for indgåelse af Delaftale 2

- Udarbejdelse og indgåelse af Delaftale 1 og 2 er kørt parallelt for at sikre sammenhæng mellem de to kontrakter og effektiv brug af ressourcer i udbudskontoret.
- Det seneste møde med KMD har givet udbudskontoret anledning til at revurdere, hvorvidt planen for indgåelsen af Applikationskontrakten er realistisk.
- ...”

Af oplægget fremgår følgende opdaterede tidsplan:

”...

Orienteringspunkt 1: Tidsplan og scenarier for indgåelse af Delaftale 2



...”

I oplæg til udbudsstyregruppemøde den 10. maj 2023 står der bl.a.:

” ...

Orienteringspunkt 1: Status på indgåelse af Delaftale 2

- På seneste styregruppemøde d. 6 februar 2023 blev tidsplanen samt tre scenarier for indgåelse af Delaftale 2 præsenteret. Udbudskonto- rets forventninger til tidsplanen på daværende tidspunkt har vist sig ikke at holde stik, idet forhandlingerne med KMD har været vanske- ligere end forventet, og derfor er trukket ud.
- Af denne årsag blev Delaftale 1 ikke tildelt i februar som planlagt, idet vi befandt os i et scenarie, hvor det fortsat var usikkert, hvorvidt forhandlingerne vedr. D2 ville resultere i et antageligt tilbud.

...

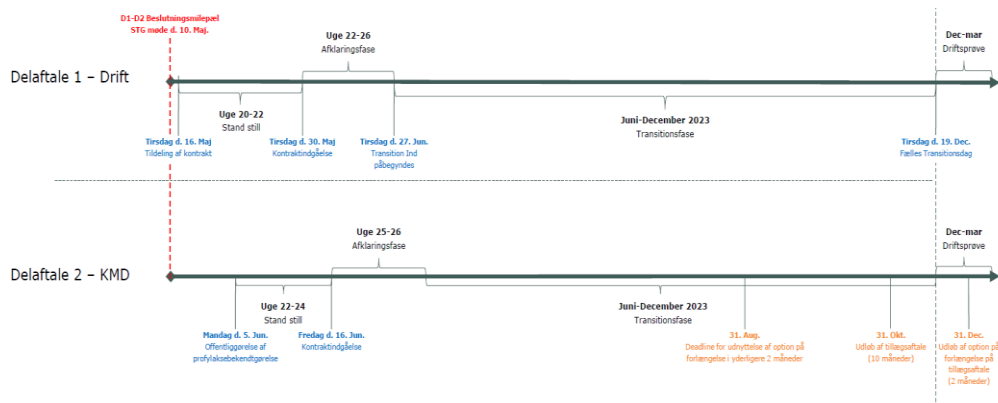
Beslutningspunkt 2: Tildeling af Delaftale 1

- Udbudskontoret har foretaget en samlet evaluering af de to tilbud på Delaftale 1 på baggrund af tildelingskriteriet det økonomisk mest for- delagtige tilbud baseret på det bedste forhold mellem pris og kvalitet.
- På baggrund af denne evaluering har NNIT A/S indleveret det bedste tilbud.

Beslutningspunkt:

- a) Styregruppen anmodes om, at godkende tildeling af Delaftale 1 til NNIT A/S.

Orienteringspunkt 2: Tidsplan for afslutning af udbud og gennemførelse af transition



...

Af referat fra udbudsstyregruppemøde den 10. maj 2023 fremgår bl.a.:

”2. Beslutning om tildeling af Delaftale 1 (Driftskontrakten)

...

Det blev suppleret, at såfremt Cyberdivisionen og de kommende KESDH-leverandører skal nå at gennemføre transitionen inden det eksisterende aftalegrundlag udløber, skal Delaftale 1 tildeles inden d. 16. maj. Hertil blev det bemærket, at KMD har indikeret, at en yderligere forlængelse af den eksisterende kontrakt ikke vil være uproblematisk.

Styregruppen godkendte tildeling af Delaftale 1 (Driftskontrakten).”

NNITs tilbuds

Inden for tilbudsfristen den 23. februar 2023 modtog FMI tilbud fra NNIT og Kyndryl.

Af NNITs BAFO2-tilbud fremgår, at NNIT baserede tilbuddet på to underleverandører. Om anvendelse af underleverandører fremgår bl.a. følgende:

”1. INDLEDNING

Dette bilag indeholder Leverandørens oversigt over underleverandører, som Leverandøren benytter ved udførelsen af konkrete dele af Ydelserne i forbindelse med opfyldelse Kontrakten.

2. OVERSIGT OVER UNDERLEVERANDØRER

K-1 (FK) Underleverandører

Leverandøren anvender de i Tabel 1 anførte underleverandører:

...

Virk-somheds - navn	Konkrete dele af Ydel-serne	Rolle	...
...	...	...	...
NewCo. IO A/S	Leverer samtlige de kontraktfastsatte ydelser	Når NNIT's frasalgs af NNIT's Hybrid Cloud Solution-forretning er gennemført og HCS-forretningen overført til det nyetablerede datterselskab NewCo. IO A/S, bruges NewCo. IO som underleverandør, og denne vil varetage drift og teknisk vedligeholdelse samt øvrige Løbende Ydelser til KESDH.	...

Tabel 2.1 – Underleverandører

Tildeling

Den 9. februar 2023 meddelte FMI, at tildelingen af driftskontrakten for KESDH forventedes at ville ske i uge 8 eller uge 9 grundet ”interne forhold”. FMI anførte samtidig, at det også ville forrykke tidspunktet for kontraktindgåelse til et senere tidspunkt end ellers forudsat.

Kyndryl forespurgte den 6. marts 2023, hvornår der kunne forventes en beslutning om tildeling af kontrakten, og FMI svarede den 7. marts 2023, at der fortsat ikke var foretaget tildeling af driftskontrakten for KESDH, hvilket var begrundet i manglende afklaring af ”interne forhold”. FMI anførte samtidig, at det var forventningen, at tildeling af driftskontrakten ville kunne ske i løbet af indeværende måned.

Den 31. marts 2023 meddelte FMI, at der fortsat ikke var foretaget tildeling af driftskontrakten for KESDH som ellers forventet. Om baggrunden herfor anførte FMI bl.a.:

”Forholdet er fortsat grundet i en afklaring af interne forhold omhandlende den samlede varetagelse af driften, jf. udbudsprocessen, samt ligeledes vedligeholdelse, support og videreudvikling af det samlede KESDH-system.”

FMI oplyste samtidig, at det var FMI's forventning, at tildelingen af driftskontrakten ville kunne ske ”i løbet af medio maj” 2023.

I forlængelse heraf forespurgte NNIT samme dag FMI om følgende:

”I skriver i løbet af maj måned, i er sikre på det ikke skulle være i løbet af april ?”

FMI svarede den 11. april 2023:

”Forsvarsministeriet, Materiel- og Indkøbsstyrelsen skal beklage at tildelingen trækker mere ud, end hvad, der oprindeligt var tilsigtet, men det er som anført i den tidligere mail forventningen, at tildelingen af driftskontrakten vil kunne ske i løbet af medio maj måned.”

Ved brev af 15. maj 2023 til Kyndryl meddelte FMI, at NNIT havde indleveret det økonomisk mest fordelagtige tilbud baseret på det bedste forhold mellem pris og kvalitet. Brevet var vedlagt et bilag med oplysninger om det vindende tilbuds karakteristika og relative fordele i forhold til tilbuddet fra Kyndryl. Af dette bilag fremgår følgende resultat af evalueringen:

”...

3.3.2. Samlet vurdering

Tilbudsgiver	Pris (25 %)	Kvalitetsscore (75 %)
NNIT A/S	Kr. 218.083.356,79	4,30
Kyndryl Danmark ApS	Kr. 201.757.786,60	3,58

...”

Efterfølgende forløb

Den 22. maj 2023 blev der afholdt et møde mellem FMI og Kyndryl vedrørende evaluering af forløbet.

I forlængelse af mødet sendte Kyndryl samme dag et brev til FMI, hvori der står:

”... skal vi venligst anmode FMI om at dokumentere, at henset til NNIT’s efterfølgende frasalg af deres IT-infrastruktur operations (ITO) aktiver til Aeven efter den foretagne prækvalifikation, at FMI’s tildeling af Kontrakten til NNIT er i overensstemmelse med udbudsloven.

Samtidig skal vi venligst anmode om aktindsigt i, hvilken rolle Aeven vil få i den fremtidige leverance, samt i kommunikationen mellem FMI, NNIT og Aeven om denne meget væsentlige ændring i forudsætningen for NNIT’s leverance af servicen under den tildelte Kontrakt. Det er vores klare opfattelse, at den organisation og kompetence, der skal levere langt den overvejende del af den kontraherede service er overført til Aeven, og som FMI bekræftede på mødet i dag vil blive leveret af Aeven som underleverandør til NNIT.

Endvidere skal vi venligst anmode om aktindsigt i FMI’s interne vurdering af NNIT’s tilbud, herunder hvad den væsentlige ændring af leverance-team, leverance-sikkerhed samt governance der er under Kontrakten, som Aevens opkøb af NNIT’s ITO aktiver, vil medføre.”

FMI besvarede brevet den 24. maj 2023:

”...

I forhold til de tre anførte forhold og en stillingtagen hertil skal det dog helt indledningsvis og grundlæggende bemærkes, at det er NNIT A/S (NNIT), der har ansøgt om prækvalifikation, at det er NNIT, der har afgivet tilbud, at det er NNIT, der er tildelt kontrakten, og at det er NNIT som leverandør, der skal opfylde kontrakten. NNIT vil benytte Aeven A/S (Aeven) som underleverandør til opfyldelse af kontrakten. Der er således ikke tale om, at kontrakten overdrages fra NNIT til Aeven, og Aeven er ikke kontraktspart – der er alene tale om, at NNIT vil benytte Aeven som underleverandør.

...

Henset til, at FMI alene modtog tre ansøgninger om prækvalifikation, alle fra professionelle IT-leverandører, og som alle opfyldte de økonomiske mindstekrav, var der ikke behov for en udvælgelse af indkomne ansøgninger. Der er således ikke foretaget en vurdering af ansøgernes referencer i forhold til en udvælgelse. Ansøgerne – herunder NNIT – er således ikke prækvalificeret på baggrund af en vurdering af deres respektive referencer med henblik på udvælgelse.

...”

FMI og NNIT indgik den 29. juni 2023 KESDH-driftskontrakten.

Bekendtgørelsen om tildeling til NNIT blev offentliggjort den 1. september 2023, jf. tildelingsbekendtgørelse 2023/S 168-530260.

NNITs udskillelse af driftsaktiviteter

Den 22. juni 2022 udsendte NNIT en pressemeddelelse om et kommende frasalg af sin infrastrukturforretning. I pressemeddelelsen står der bl.a.:

”Today, NNIT has entered into an agreement to divest its Hybrid Cloud Solutions business unit as well as select parts of its Cloud & Digital Solutions business unit (together “the IO business”) to funds advised by Agilitas Private Equity LLP (“Agilitas”).

...

The divestment contemplates a transfer to a newly incorporated Danish company established by NNIT of the IO business comprising all functions, activities, customer contracts, other assets in its Hybrid Cloud Solutions business unit and shares in subsidiaries in China, the Czech Republic and the Philippines as well as select parts of the SAP Basis and Cloud Native Solutions operations of its Cloud & Digital Solutions business unit, and a subsequent sale of all shares in the newly incorporated Danish company to funds advised by Agilitas.

...

The transaction entails a carve-out and separation of the IO business which is expected to take six months. The transaction is subject to the separation and carve-out having in all material respects been completed (including certain key carve-out milestones having been met) without material adverse change on the IO business or the continuing business of NNIT and conditional on the purchase price not falling below DKK 1,000 million after adjustments. The transaction is further subject to regulatory approvals as well as other customary closing conditions.”

Det nye selskab, Aeven A/S (“Aeven”) blev stiftet den 9. august 2022.

Den 27. oktober 2022 skrev FMI følgende e-mail til Forsvarsministeriets departement:

”...

I overensstemmelse med KESDH Databehandleraftale pkt. 8.3, skal vi som Databehandler underrette om eventuelle planlagte ændringer vedrørende tilføjelse eller erstatning af andre databehandlere, herunder underdatabehandlere, og derved give den forretningsansvarlige myndighed mulighed for at gøre indsigelse mod sådanne ændringer.

Som du ved pågår der en udbudsforretning vedr. KESDH Kontrakten, som vil resultere i en sådan ændring.

For nuværende kan vi ikke oplyse, hvem Kontrakten vil blive tildelt, men vi ved at dette enten vil blive NNIT A/S eller Kyndryl.

På den baggrund skal vi anmode om at modtage evt. indsigelser, såfremt FMN som Forretningsansvarlig har sådanne til et skift til en af de to ovennævnte virksomheder. Vi vil som dataansvarlig meddele FMN om det endelige Leverandørvalg, så snart udbudsforretningen er gennemført.

Databehandler skal ligeledes gøre opmærksom på at samarbejdet med KMD A/S som Driftsleverandør forventes ophørt pr. 30. juni 2023.
...

Den 2. november 2022 bekendtgjorde NNIT, at frasalget af virksomhedens aktiviteter forventedes at ske inden udgangen af 2022.

Forsvarsministeriets departement besvarede FMI's e-mail af 27. oktober 2022 den 4. november 2022, hvoraf bl.a. fremgår:

”For at jeg som forretningsansvarlig på vegne de fælles dataansvarlige myndigheder i koncernen skal kunne tage stilling til din anmodning, skal jeg, efter drøftelser her i FMN, bede om at fremsender følgende dokumentation:

- 1) Det endelige udbudsmateriale med kravsspecifikationer (alene det, der vedrører GDPR og Informationssikkerhed)
- 2) Udkast til underdatabehandleraftale i udbuddet
- 3) De bud med specifikationer, der er afgivet af NNIT A/S og Kyndryl (alene det, der vedrører GDPR og Informationssikkerhed)
- 4) Jeres (FMI's) risikovurderinger af de to budgivere i forhold til at kunne og ville overholde de i udbuddet stillede krav, herunder hvorledes de vil imødekomme de risikovurderinger, der måtte være på GDPR og Informationssikkerhed, og i særdeleshed lokationskravet.
- 5) FMI's vurdering af NNIT's frasalg af deres driftsafdeling til kapitalfonden Agilitas.

Herunder forhold som:

- a. tilbudsgiver er NNIT og driftsleverandør bliver Agilitas
- b. ejerforhold omkring Agilitas
- c. Agilitas versus ovenstående punkt 3 + 4”

Den 9. november 2022 fremsendte FMI følgende dokumenter til Forsvarsministeriets departement:

”Hermed fremsendes efter aftale flg. dokumenter vedr. KESDH udbud:

- Delaftale 1 (Drift) – BAFO udbudsmateriale Bilag 14 med underbilag
- Delaftale 1 (Drift) – BAFO udbudsmateriale Bilag 15 med indlejrede underbilag
- Delaftale 1 (Drift) – BAFO Kyndryl tilbud på Bilag 14
- Delaftale 1 (Drift) – BAFO NNIT tilbud på Bilag 14”

NNIT offentliggjorde den 8. december 2022 en selskabsmeddelelse om, at frasalget af infrastrukturforretningen blev udskudt til 1. kvartal 2023.

Den 3. februar 2023 afholdt FMI et møde med Forsvarsministeriets departement. Af FMI’s mødeindkaldelse fremgår bl.a.:

”Emne: KESDH - Ny underdatabehandleraftale (drift og teknisk vedligehold)

...

Efter aftale ... indkalder jeg til et møde på fredag, hvor vi kan drøfte eventuelle udeståender ifm. indgåelse af ny databehandleraftale vedr. KESDH.”

Den 9. februar 2023 bekendtgjorde NNIT, at frasalget forventedes senest den 31. marts 2023.

Af FMI’s interne beslutningsoplæg med faglige vurderinger af 20. marts 2023 fremgår bl.a.:

”...

SAGSNAVN

Samtykke til anvendelse af NewCo. IO. A/S som underleverandør til NNIT A/S i henhold til DeMars D1 Driftskontrakt om levering af drift og teknisk vedligeholdelse samt øvrige løbende ydelser til DeMars ...

1. RESUME OG ANBEFALING

FMI har indgået en kontrakt med NNIT A/S (herefter "NNIT") om drift af DeMars. NNIT ønsker at frasælge sin driftsrelateret virksomhed. Det sker ved en overdragelse af relevante aktiver til et oprettet datterselskab NewCo. IO. A/S (herefter "Newco") med henblik på efterfølgende salg af aktierne. Som led heri har NNIT anmodet om samtykke til overdragelse af driftskontrakten – enten til en sammenslutning af NNIT og NewCo, eller til at NewCo kan anvendes som underleverandør i den fremtidige opfyldelse af den indgåede driftskontrakt.

Det er Cyberdivisionens anbefaling, at FMI-C-CHTD, baseret på Bilag A, godkender et samtykke til, at NNIT fremadrettet kan anvende NewCo som underleverandør til opfyldelse af driftskontrakten.

...

2. BAGGRUND FOR ANSKAFFELSEN / SITUATIONEN

...

Da der er tale om en aktivoverdragelse, der kræver et samtykke, har NNIT været i dialog med de relevante kunder herom siden medio 2022, herunder med FMI. ...

Dialogen har medført identifikation af tre mulige modeller for samtykke til overdragelse, i form af:

- 1) Samtykke til fuld overdragelse af Driftskontrakten (eventuelt med NNIT som underleverandør)
- 2) Samtykke til overdragelse til en fremadrettet sammenslutning (konsortium) bestående af både NNIT og NewCo som solidarisk hæftende for Driftskontraktens opfyldelse
- 3) Samtykke til NNIT's benyttelse af NewCo som underleverandør

...

3. CYBERDIVISIONENS BEMÆRKNINGER

...

For det tredje, så gennemfører Cyberdivisionen for nuværende et drifts-udbud af Forsvarets KESDH-system. NNIT har afgivet et tilbud, hvor NNIT har budt ind med NewCo som underleverandør. Dette udbud er ikke afsluttet, men såfremt NNIT tildeles denne kontrakt, så vil der i forhold til denne kontrakt etableres et kontraktforhold med NNIT med NewCo som underleverandør. Da FMI-C-TD vil være kontraktholder på

både denne kontrakt og Version 5.2 Driftskontrakten, vil det være u hensigtsmæssigt med to forskellige organisatoriske driftssetup med samme leverandør, da ydelserne og det kontraktuelle grundlag er sammenlignelige i et betydeligt omfang.

...

5. LEGALAFDELINGEN / KAMMERADVOKATENS BEMÆRKNINGER

Et samtykke til en af de to modeller vil skulle vurderes efter de udbudsretlige regler, herunder i forhold til risici set i forhold til, om et samtykke vil udgøre en ændring.

Da Cyberdivisionen indstiller til et samtykke til model 3, vurderes denne i det følgende. Derefter er der en vurdering af model 2.

Model 3:

Udgangspunktet efter udbudsreglerne er, at leverandøren *"... selv bestemmer, hvorledes man ønsker at organisere sig"* i relation til anvendelsen af underleverandører, jf. forarbejderne til udbudslovens § 144, stk. 8). Udbudslovens § 155, nr. 11), fastlægger, at ordregiver kan kræve, at tilbudsgiverne oplyser, *"hvor stor en del af kontrakten ... tilbudsgiveren eventuelt agter at give til en underleverandør"*. Dette *"forpligter ikke tilbudsgiveren til at anvende den eller de underleverandører, han har foreslået..."*, jf. KlFU's kendelse af 4. juli 2016. Det følger af Driftskontraktens punkt 10, at *"Leverandøren kan ikke uden Kundens forudgående samtykke ved Meddelelse overlade Kontraktens opfyldelse eller dele heraf til andre Underleverandører end dem, der er angivet i Bilag 4.f. Kunden kan ikke nægte et sådant samtykke uden rimelig grund. En udskiftning vil skulle være i overensstemmelse med de til enhver tid gældende udbudsretlige regler"*.

I forhold til at acceptere NewCo som underleverandør til NNIT (model 3), så vurderes det som overvejende sandsynligt, at dispositionen er lovlig, idet anvendelse af underleverandører er forudsat i udbudsreglerne og i den indgåede Driftskontrakt. Der kan anføres som Version 5.2 modargument, at underleverandøren er den reelle leverandør af ydelserne i henhold til Driftskontrakten, hvor der kan argumenteres for, at forholdet udgør en omgåelse til en overdragelse. Det ændrer dog ikke på, at anvendelse af underleverandører er forudsat i udbudsreglerne og i den indgåede Driftskontrakt, ligesom NNIT kontraktuelt er forpligtet i forhold til en fuld opfyldelse af Driftskontrakten.

Model 2: Udbudslovens § 182 angiver, at *"Udskiftning af den oprindelige leverandør [kan ske], når udskiftningen sker som følge af ... 2) ...*

den oprindelige leverandørs omstrukturering, herunder i form af overtager, fusioner, erhvervelser eller insolvens". Det er forudsat, at den nye kontraktpart "... opfylder de oprindelige kriterier for kvalitativ udvælgelse", og at "udskiftningen ikke medfører andre grundlæggende ændringer af kontrakten og ikke har til formål at omgå anvendelsen af udbudsloven". Forarbejderne til loven angiver, at "... reglerne er i vidt omfang en kodificering af gældende ret, som er fastslået ved retspraksis fra EU-domstolen."

EU-Domstolen har i den ledende dom, C-454/06 (Presstext-dommen) i en lignende situation anført, at *"if the shares ... were transferred to a third party during the currency of the contract ..., this would no longer be an internal reorganisation of the initial contractual partner, but an actual change of contractual partner, which would ... constitute a new award of contract ..."*.

I forbindelse med udarbejdelse af udbudsloven, har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i et notat til Udbudslovsudvalget anført, at *"om der kan ske overdragelse af en kontrakt i tilfælde af en virksomhedsoverdragelse, der gennemføres som en aktivoverdragelse, er uafklaret i retspraksis. På den ene side kan det anføres, at forholdet har en betydelig lighed med den situation, hvor der sker en overdragelse af leverandørens andele, og at det ikke kan være udbudsreglernes formål at vanskeliggøre virksomhedsoverdragelser. På den anden side er ordregiver i dette tilfælde netop ikke forpligtet til at acceptere udskiftningen af kontraktparten, hvilket taler for, at der er tale om en væsentlig ændring, idet ordregiverens accept kan ansues som en genforhandling af aftalens vilkår"*.

...

I forhold til at acceptere en overdragelse til sammenslutningen (model 2), så vurderes det som til en vis grad sandsynligt, at dispositionen er lovlig, idet a) NNIT fortsat er kontraktpart og NewCo blot tilføjes, b) udbudsreglerne forudsætter, at sammenslutninger, herunder midlertidige sammenslutninger kan deltage i udbudsprocedurer, c) sammenslutningen vil de facto være udtryk for, at samme enhed, som blev prækvalificeret og fik tildelt Driftskontrakten (men delvist får nye ejere), fortsat er leverandør, samt d) Driftskontrakten har forudsat, at der kan ske overdragelse. Imod taler dog, at udbudsloven i sit udgangspunkt har anlagt en streng og formel fortolkning af reglerne."

NNIT offentliggjorde den 23. marts 2023, at frasalget blev yderligere forsinket til medio maj 2023.

Ved vedtægtsændring den 27. april 2023 blev der besluttet en kapitalforhøjelse i Aeven, som blev indbetalt ved indskud af bestående virksomhed, og kapitalen udgjorde herefter 100 mio. kr.

Den 28. april 2023 bekendtgjorde NNIT, at frasalget var blevet effektueret og således overgået til Aeven.

Den 25. maj 2023 skrev FMI i en e-mail til Forsvarsministeriets departement bl.a.:

”Udbuddet var oprindeligt planlagt til at skulle afsluttes oktober 2022; ifm. udløbet af den nuværende samlede aftale med KMD.

I processen viste det sig ikke at kunne holde pga. følgende forhold:

- Udbuddet var planlagt som udbud med forhandling – en forhandlingsrunde.
- I udbudsperioden valgte NNIT at udskille deres driftsaktiver i et selvstændigt selskab ”Aeven”. Det medførte en behandling i Erhvervsstyrelsen i forhold til investeringsscreeningslovgivningen. Denne proces blev i øvrigt koordineret med BaneDanmark, Domstolsstyrelsen, Nationalbanken samt Digitaliseringsstyrelsen, der stod i en lignende problemstilling.
- Da Best and Final Offer (BAFO) blev modtaget viste begge tilbageværende tilbudsgiveres tilbud at være uantagelige, fordelt over både pris og kvalitet.
- Det betød, at jeg var nødt til at kalde en ny BAFO runde; der så også løb ind i FMI stilleperiode – fristen for den nye BAFO runde var 13. januar 2023.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Kyndryl har gjort gældende, at FMI har handlet i strid med forsvars- og sikkerhedsdirektivet, herunder de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed i artikel 4, ved at tage tilbuddet fra NNIT i betragtning, selv om NNIT havde undergået en grundlæggende virksomhedsmæssig omstrukturering efter udvælgelsen, hvorved FMI havde pligt til at afvise tilbuddet fra NNIT, idet egnethedsvurderingen og tildelingsevalueringen ville have medført et andet resultat, såfremt den virksomhedsmæssige omstrukturering var blevet foretaget før FMI's vurdering.

NNIT blev prækvalificeret den 20. juni 2022, og det fremgår af FMI's brev af 24. maj 2023, at NNIT i forbindelse med prækvalifikationen ikke baserede sin formåen på en anden aktør eller i øvrigt deltog i udbuddet sammen med andre.

Den 22. juni 2022 offentliggjorde NNIT en pressemeddelelse om, at NNIT havde frasolgt halvdelen af virksomheden i form af datacentre og IT-infrastrukturforretning. Det er denne del af NNITs tidligere forretning, der nu tilhører virksomheden Aeven.

Frasalget af NNITs IT-infrastrukturforretning har medført, at der er stor forskel på de to virksomheders forretningsområder. NNIT har solgt alle sine IT-infrastrukturaktiver til Aeven, og virksomheden fremstår i dag som et IT-applikationshus. Som et IT-applikationshus fokuserer NNIT på udvikling, implementering og vedligeholdelse af IT-applikationer samt softwareløsninger. NNITs servicefokus er derfor at hjælpe virksomheder med at designe og udvikle skræddersyede applikationer, der opfylder specifikke forretningsbehov. NNIT leverer tjenester i form af applikationsudvikling, integration, testing, vedligeholdelse og support.

Aeven er derimod som IT-infrastrukturhus fokuseret på løsning af infrastruktur- og driftsrelaterede opgaver. Aevens servicefokus er at levere løsninger til at håndtere den daglige drift af IT-infrastruktur. Dette omfatter opgaver i form af serveradministration, netværksvedligeholdelse, cloud services, sikkerhed, overvågning og fejlhåndtering.

NNIT har således under udbudsprocessen undergået en række væsentlige ændringer, og det kom frem under dialogen med FMI på mødet den 22. maj 2023, at FMI ikke havde forholdt sig til, om sådanne ændringer var tilladt i henhold til forsvars- og sikkerhedsdirektivet.

Det er antaget i praksis, at der er snævre grænser for, om ordregiver under udbudsprocessen kan acceptere, at en ansøger undergår ændringer af selskabsretlig karakter. Forsvars- og sikkerhedsdirektivet indeholder ikke bestemmelser om ændringer af en ansøger eller tilbudsgiver. I FMI's interne beslutningsoplæg med faglige vurderinger af 20. marts 2023 lægges det til lige til grund, at udbudslovens bestemmelser finder anvendelse, selvom en kontrakt er indgået på baggrund af et udbud gennemført efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet. Udbudsloven gælder på områder, der ikke behandles

specifikt i forsvars- og sikkerhedsdirektivet. Dette gælder bl.a. håndteringen af situationer, hvor en tilbudsgiver ændrer sig efter prækvalifikationen. Det må således antages, at principperne i udbudslovens § 147, stk. 1, nr. 4, tilsvarende finder anvendelse inden for forsvars- og sikkerhedsdirektivet, idet bestemmelsen er en videreudvikling af den praksis, som er blevet bedømt af enten klagenævnet eller af EU-Domstolen. Det er således ikke korrekt, at en tilbudsgiver frit kan anvende hvilken som helst underleverandør, fordi udbuddet gennemføres efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet.

I tilfælde hvor en ansøger eller tilbudsgiver frasælger en del af sin virksomhed, beror det på en konkret vurdering, om frasalget har betydning for vurderingen af ansøgeren eller tilbudsgiveren. Det fremgår af lovbemærkningerne til udbudslovens § 147, stk. 1, nr. 4, at hvis en ansøger eller tilbudsgiver sælger den del af virksomheden (f.eks. en afdeling), der er i besiddelse af den tekniske og faglige formåen, der har været af betydning i forbindelse med vurderingen af ansøgerens egnethed eller udvælgelse, vil der være en formodning for, at resultatet ville have været anderledes, hvis ændringen var sket før vurderingen. Hvis formodningen ikke kan afkræftes, vil ordregiveren være forpligtet til at afvise ansøgeren eller tilbudsgiveren.

FMI undlod at anføre de tekniske krav til prækvalifikation som minimumskrav for at muliggøre, at FMI kunne fortsætte med NNIT som leverandør, selvom NNIT frasolgte hele sin driftsforretning og dermed ikke længere kunne leve op til de tekniske krav. Der blev således ikke stillet mindstekrav til ansøgerens tekniske og faglige formåen i form af referencer i forbindelse med prækvalifikationen. De tekniske krav i udbudsbekendtgørelsen omfatter bl.a. krav til at have de korrekte tekniske kompetencer, hvilket omfatter evnen til at levere transition-ind, datacenterdrift, infrastrukturdrift og teknisk vedligehold samt diverse support, herunder bestillingsydelser, konsulent-ydelser og transition-ud, når kontrakten ophører. Efter NNIT frasolgte sine aktiviteter til Aeven, besidder NNIT ikke selv disse tekniske kompetencer. Det er således alene Aeven, der kan opfylde de tekniske krav. De tekniske krav kan godt opfyldes ved anvendelse af en underleverandør, men dette kræver, at underleverandøren formelt er prækvalificeret, hvilket ikke er tilfældet. Tekniske krav til egnethed er altid minimumskrav, jf. udbudslovens § 140, stk. 2. FMI har dermed overtrådt udbudslovens § 140, stk. 2, ved ikke at anføre i udbudsbekendtgørelsen, at de tekniske krav var minimumskrav.

FMI anmodede ansøgerne om at vedlægge de fem væsentligste referencer, som FMI ville lægge vægt på i forbindelse med vurderingen af udvælgelsen. Som også angivet af FMI i brev af 24. maj 2023 har FMI tillige lagt vægt på, at ansøgerne var ”professionelle it-leverandører”. På det foreliggende grundlag er det ikke muligt at udlede, hvordan FMI nærmere har vurderet dette. Ansøgernes referencer indgik i en vurdering af, om ansøgerne var egnede til at afgive tilbud på kontrakten. De krav, som FMI havde stillet i udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.3), var dermed specifikke tekniske egnethedskrav, der udgjorde minimumskrav, jf. udbudslovens § 140, og hvis manglende opfyldelse gjorde tilbuddet fra NNIT ukonditionsmæssigt. Egnethedsvurderingen ville derfor have medført et andet resultat, såfremt den virksomhedsmæssige omstrukturering var blevet foretaget før FMI’s vurdering i forbindelse med prækvalifikationen.

Det forekommer naturligt, at FMI har lagt vægt på referencerne i forbindelse med prækvalifikationen, da der er tale om en særdeles forretnings- og sikkerhedskritisk kontrakt. Dette understøttes tillige ved, at kontrakten forventes at falde inden for definitionen af kritisk infrastruktur, jf. investeringsscreeningsloven, og derfor skal godkendes af Erhvervsstyrelsen.

På tidspunktet for prækvalifikationen og FMI’s udvælgelse ville samtlige af de udbudte leveranceelementer antageligvis kunne leveres af NNIT. NNITs frasalg af sin IT-infrastrukturforretning til Aeven var imidlertid så grundlæggende for NNITs egnethed og karakteristika som udvalgt tilbudsgiver, at det ville give anledning til en nærmere vurdering af de udbudsretlige konsekvenser ved et sådant leverancemæssigt identitetsskifte, når ændringen sker undervejs i udbudsprocessen.

Da NNIT på tilbudstidspunktet havde frasolgt sin forretning til Aeven og dermed ikke opfyldte minimumskravene til egnethed, og da den underleverandør (Aeven), som NNIT var nødt til at anvende, ikke var prækvalificeret, burde NNITs tilbud være afvist som ukonditionsmæssigt, jf. udbudslovens § 140, stk. 2, og § 147, stk. 2.

Der vil efter NNITs frasalg af sin IT-infrastrukturforretning være en særdeles begrænset leveranceopgave tilbage til NNIT, da NNIT efter frasalget er tømt for kompetencer og kapacitet til levering af størstedelen af kontraktens ydelser, herunder vil alene ca. 7 % af kontrakten fortsat kunne leveres af NNIT,

hvorimod området for frasolgte ydelser til Aeven udgør ca. 93 % af kontraktens samlede omfang, hvilket er vurderet ud fra leveranceelementernes anslåede økonomiske omfang.

NNIT har deltaget i udbudsforretningen alene og har derfor ikke angivet, at kontrakten ville blive opfyldt ved brug af en underleverandør. NNIT har dog allerede få dage efter offentliggørelsen af prækvalifikationens udfald offentliggjort frasalget af de forretningsområder, som omfatter den udbudte kontrakt. Det er således vanskeligt at forestille sig, at frasalget af forretningsområderne ikke ville have påvirket tilbudsevalueringen. Det er tilsvarende vanskeligt at forestille sig, at FMI ville have vurderet kvaliteten af den tilbudte løsning på samme måde, hvis kontraktens opfyldelse i sin helhed var baseret på en ukendt underleverandør, som NNIT over for FMI blot betegnede som "Newco". Dette gør sig gældende både i forhold til vurderingen af de tilbudte nøglemedarbejdere samt den øvrige tilbudte løsning.

FMI har ikke foretaget behørig og sædvanlige undersøgelser i forbindelse med NNITs virksomhedsmæssige omstrukturering og har således ikke været berettiget til at tage tilbuddet fra NNIT i betragtning.

Om lovligheden af modellerne for FMI's beslutning om at godkende Aeven som underleverandør til NNIT fremgår det af FMI's interne beslutningsoplæg, at det var "overvejende sandsynligt, at dispositionen er lovlig", og at "det [vurderes] som til en vis grad sandsynligt, at dispositionen er lovlig". Vurderingen af overdragelsens lovlighed omfattede både den eksisterende DeMars kontrakt og KESDH-udbuddet. Konklusionen i beslutningsoplægget har haft helt afgørende betydning for FMI's beslutning om at tildele KESDH-kontrakten til NNIT. Selvom DeMars-kontrakten ikke direkte har noget med KESDH-udbuddet at gøre, så var der tale om en parallel situation, hvor de samme overvejelser gjorde sig gældende. Den tvivl, der ifølge beslutningsoplægget var i relation til DeMars-kontrakten, gjorde sig således også gældende i relation til KESDH-udbuddet.

Det er en skærpende omstændighed og uacceptabelt, at FMI gennemfører beslutninger, hvor FMI på forhånd ved, at der er tvivl om lovligheden. Beslutningsoplægget er dateret i marts 2023, og da tildelingen af KESDH-kontrakten først skete i maj 2023, vidste FMI på dette tidspunkt, at lovligheden af beslutningen var tvivlsom. Denne tvivl må komme Kyndryl til gode. Der er

ingen undskyldning for, at FMI bevæger sig ind i en gråzone med hensyn til lovlighed, når FMI i stedet kunne have accepteret tilbuddet fra Kyndryl.

FMI har derfor handlet i strid med forsvars- og sikkerhedsdirektivet, herunder de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed i artikel 4.

FMI har gjort gældende, at FMI ikke har været forpligtet til at afvise tilbuddet fra NNIT, hverken efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet eller efter principperne i udbudsloven, og at udskillelsen af NNITs driftsaktiviteter ikke medførte en forpligtelse for FMI til at afvise NNITs tilbud som følge af principperne i udbudslovens § 147, stk. 1, nr. 4.

Om anvendelsen af udbudslovens bestemmelser bemærkes, at det følger af udbudslovens § 23, at udbudsloven ikke finder anvendelse i forhold til anskaffelser omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet. Reglerne i forsvars- og sikkerhedsdirektivet skal anvendes, jf. direktivets artikel 2, når anskaffelsen er omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet. En ordregiver kan således ikke selv vælge hvilket regelsæt, der finder anvendelse. Alene hvor reglerne i udbudsloven er udtryk for en kodificering af gældende retspraksis, finder principperne i udbudsloven anvendelse. Det er f.eks. et udbudsretligt princip, at en leverandør selv bestemmer, hvordan en leverandør organiserer sig. Dette udbudsretlige princip er udtrykt i forarbejderne til udbudslovens § 144, stk. 8, og det gælder i kraft af ligebehandlingsprincippet også i forhold til udbud omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet.

De udbudsretlige regler udtrykt i udbudsloven vil således også gælde for udbud omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet, hvor reglerne i udbudsloven er udtryk for kodificering af retspraksis. Det er derfor helt sædvanligt, at der henvises til de udbudsretlige regler, hvor reglerne i udbudsloven også er udtryk for en kodificering af gældende praksis.

Bestemmelsen i udbudslovens § 147, stk. 1, nr. 4, fastsætter, at ordregiver kan acceptere tilbud fra en ansøger eller tilbudsgiver, når ansøgeren eller tilbudsgiveren sælger en afdeling eller på anden måde foretager en virksomhedsmæssig omstrukturering, og den virksomhedsmæssige ændring ikke har haft betydning for opfyldelsen af minimumskraverne til egnethed, udvælgelsen i prækvalifikationen, eller tilbudsvurderingen ikke ville have ført til et andet resultat.

NNIT opfyldte af egen drift minimumskravene til egnethed. I udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.2) blev der stillet minimumskrav til ansøgernes økonomiske formåen i form af en samlet omsætning på minimum 80 mio. kr. i seneste disponible regnskabsår og en positiv egenkapital i det seneste disponible regnskabsår. NNIT har i den seneste årsrapport for regnskabsåret 2022 en omsætning på 1,5 mia. kr. samt en egenkapital på 814 mio. kr.

Efter prækvalifikationen og parallelt med udbudsprocessen offentliggjorde NNIT en meddelelse om, at NNIT agtede at udskille sine driftsaktiviteter i et særskilt selskab med henblik på frasalg. Som følge heraf afgav NNIT sit endelig tilbud med selskabet NewCo (senere Aeven) som underleverandør. Udskillelsen af driftsaktiviteter fra NNIT til Aeven blev offentliggjort den 28. april 2023. Ifølge udskrift fra CVR-registret blev der foretaget en ændring af kapitalen i Aeven den 27. april 2023, og kapitalen var herefter 100 mio. kr. Det kan således konstateres, at NNIT har foretaget et kapitalindskud i Aeven i form af aktiver fra bestående virksomhed svarende til en egenkapitalværdi på 100 mio. kr. Da egenkapitalen for NNIT i seneste regnskabsår udgjorde 814 mio. kr., vil egenkapitalen for NNIT fortsat være positiv. Udskillelsen af NNITs driftsaktiviteter har således ikke haft indvirkning på NNITs opfyldelse af de økonomiske mindstekrav, og udskillelsen kan derfor ikke i relation til opfyldelsen af minimumskrav til egnethed føre til, at tilbuddet fra NNIT skulle være afvist, jf. princippet i udbudslovens § 147, stk. 1, nr. 4.

Udbudslovens § 140 er en ”kan”-bestemmelse. Den tilsvarende bestemmelse i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 38, stk. 2, er tilsvarende en ”kan”-bestemmelse, hvorefter der kan fastsættes krav til ansøgernes egnethed om teknisk og faglig formåen. Idet der ikke var fastsat minimumskrav til ansøgernes tekniske og faglige kapacitet, jf. udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.3), har NNITs udskillelse af driftsaktiviteterne ingen indflydelse haft på NNITs evne til at opfylde stillede minimumskrav. NNITs udskillelse af driftsaktiviteterne har således ikke haft betydning for NNITs fortsatte opfyldelse af egnethedskravene.

Det er ikke korrekt, at FMI forud for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen bevidst undlod at fastsætte minimumskrav til egnethed for derved at sikre NNITs fortsatte deltagelse i tilbuddet. Anbringendet herom er ikke omfattet af påstanden, og det må desuden betragtes som en ny klage, der er indgivet for sent, jf. klagenævnets kendelse af 15. april 2024, Assemble A/S mod

Aarhus Kommune. Kravene til egnethed i prækvalifikationen er ikke anvendt i strid med forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 38, stk. 2, da FMI slet ikke har fastsat egnethedskrav til ansøgernes tekniske og faglige formåen.

NNITs udskillelse af driftsaktiviteterne har heller ikke haft betydning for den gennemførte prækvalifikation. FMI har ikke foretaget en vurdering af NNITs tekniske eller faglige formåen i relation til en udvælgelse.

I henhold til udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.3), skulle ansøgerne vedlægge op til fem referencer over de betydeligste lignende leverancer, jf. ydelsesbeskrivelsen i udbudsbekendtgørelsens punkt II.1.5). Der var som anført ikke fastsat minimumskrav til ansøgernes tekniske formåen. Referencerne skulle derfor alene benyttes ved en udvælgelse af ansøgere, såfremt FMI modtog mere end tre ansøgninger til prækvalifikation. Det er helt sædvanligt i udbud, at ansøgernes tekniske og faglige formåen benyttes som grundlag for udvælgelse af de mest egnede ansøgere og ikke som minimumskrav til teknisk og faglig formåen. Da FMI imidlertid ikke modtog mere end tre ansøgninger, og da minimumsantallet af ansøgere, der ville blive prækvalificeret, var tre, blev der ikke foretaget en vurdering af ansøgernes referencer med henblik på prækvalifikation, hvilket også fremgår af FMI's prækvalifikationsnotat.

Der blev derfor alene foretaget en vurdering af ansøgningernes konditionsmæssighed, hvoraf alle tre ansøgere, heriblandt NNIT, blev vurderet som konditionsmæssige, idet de opfyldte de fastsatte krav til egnethed i udbudsbekendtgørelsen.

At NNIT har udskilt driftsaktiviteter og som følge heraf ikke råder over den samme driftsorganisation, der forestod udførelsen af referencerne angivet i ansøgningen, har ingen betydning i forhold til den faktiske gennemførte prækvalifikation.

I forhold til FMI's brev af 24. maj 2023 til Kyndryl er FMI's angivelse om, at FMI i relation til prækvalifikationen havde modtaget tre ansøgninger, alle fra "professionelle it-leverandører", alene udtryk for FMI's umiddelbare konstatering. Det er almindeligt anerkendt i branchen, at ansøgerne Kyndryl, KMD og NNIT alle er professionelle it-leverandører.

NNITs udskillelse af driftsaktiviteterne har ikke haft betydning for tilbudsvurderingen og tildelingen af driftskontrakten til NNIT. NNIT ansøgte om prækvalifikation uden at basere sig på andre enheders økonomiske og/eller tekniske og faglige formåen. Ved afgivelsen af det endelige tilbud har NNIT afgivet tilbuddet ved brug af en underleverandør i forhold til opfyldelse af kontraktens ydelser. Det står en tilbudsgiver frit, hvorledes tilbudsgiveren vil organisere sig, herunder om en tilbudsgiver vil lade visse opgaver udføre af en underleverandør, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 21, stk. 1. Hvis der ikke er stillet krav herom i udbudsbetingelserne, finder hovedreglen i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 21, stk. 1, anvendelse, hvilket indebærer, at tilbudsgiverne frit kan vælge at lade underleverandører udføre opgaver under en tildelt kontrakt. Der er ingen krav om, at en underleverandør skal have været en del af den gennemførte prækvalifikation og dermed intet krav om, at en tilbudsgiver skal have baseret en prækvalifikationsansøgning på en given underleverandør, for at tilbudsgiver kan benytte den pågældende underleverandør i forbindelse med tilbudsafgivelsen og/eller i forbindelse med opfyldelsen af kontrakten i øvrigt.

At der gælder vide rammer for, hvorledes en tilbudsgiver ønsker at organisere sig, understøttes også af princippet i udbudslovens § 144, stk. 8, modsætningsvis. Det følger af bestemmelsen, at en ordregiver alene kan kræve, at visse centrale opgaver i forhold til en udbudt ydelse skal udføres af tilbudsgiveren selv, hvis ordregiveren har truffet bestemmelse herom. Af lovbemærkningerne til bestemmelsen fremgår det, at bestemmelsen er udtryk for en undtagelse til udgangspunktet om, at tilbudsgiveren selv kan bestemme, hvordan denne ønsker at organisere sig. Idet FMI har valgt ikke at træffe bestemmelse om, at visse centrale opgaver alene må udføres af tilbudsgiveren selv, står det NNIT frit for, om visse opgaver under kontrakten skal udføres af NNIT selv eller ved brug af én eller flere underleverandører.

Det er almindeligt, at tilbudsgivere baserer sig på underleverandører til opfyldelse af kontraktens krav. Samtidig er det ikke ualmindeligt, også i forskellige type af markeder og segmenter, at en tilbudsgiver i relation til en kontrakts opfyldelse benytter en eller flere underleverandører til levering af samtlige ydelser under en kontrakt.

Inden for kontrakter om levering af visse typer af teknologiløsninger, eksempelvis hardware, er det almindeligt i praksis, at en tilbudsgiver i form af en

forhandler baserer sig på underleverandører i form af producenter af hardwaren til opfyldelse af kontrakter. Forhandleren er reelt en administrations- og viderefaktureringsenhed, men er 100 % afhængig af underleverandører i form af producenter.

FMI kan ikke tiltræde Kyndryls opgørelse over driftskontraktens ydelser, da eksempelvis både release management og kontraktstyring vil udgøre en større andel. Uanset opgørelsen og et forsøg på at vægte kontraktens ydelser er opgørelsen irrelevant, da det til enhver tid står NNIT frit for at organisere sig, som NNIT finder det hensigtsmæssigt, herunder ved brug af underleverandører. Hertil kommer, at NNIT udover Aeven anvender yderligere en underleverandør.

NNITs brug af underleverandører ændrer ikke på, at det er NNIT, der hæfter for kontraktens opfyldelse. FMI's kontraktpart er NNIT, uanset om NNIT benytter én eller flere underleverandører til opfyldelsen og leveringen af kontraktens ydelser. Som leverandør vil NNIT være kontraktuelt forpligtet til at sikre en plan for opretholdelse og fortsat levering af kontraktens ydelser, såfremt en underleverandør ikke varetager de roller eller ydelser, som den pågældende underleverandør er engageret til, jf. kontraktens punkt 10.

Ved at anvende Aeven som underleverandør sikrede NNIT samtidig, at den fraskilte del af NNIT, der tidligere havde udført driftsydelser, herunder for de angivne referencer, skulle stå for at levere driftsydelserne i forbindelse med udførelse af KESDH-kontrakten. NNIT hæfter samtidig for Aeven samt for Aevens medarbejdere og ydelser. NNIT er således underlagt en kontraktuel forpligtelse til opfyldelse af kontrakten. Realiteten er derfor, at NNITs udskillelse og frasalg af driftsaktiviteterne til Aeven, ikke har haft nogen konkret betydning for resultatet af prækvalifikationen.

FMI var ikke forpligtet til at diskvalificere NNIT fra udbudsprocessen med henvisning til udbudslovens § 147, stk. 2. Bestemmelsen i udbudslovens § 147, stk. 2, omhandler den situation, at en ordregiver kan tillade, at en deltager i en sammenslutning udgår, medmindre den pågældende deltager har haft afgørende betydning for opfyldelsen af egnethedskrav (minimumskrav) eller udvælgelsen. Da NNIT ikke anmodede om prækvalifikation i form af en sammenslutning (et konsortium), er udbudslovens § 147, stk. 2, irrelevant. Hertil kommer, at udbuddet er gennemført efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet, der ikke indeholder en tilsvarende regulering.

FMI's interne beslutningsoplæg med faglige vurderinger af 20. marts 2023 omhandler kontraktforholdet mellem FMI og NNIT vedrørende den eksisterende DeMars-kontrakt. Beslutningsoplægget vedrører ikke udbuddet af KESDH og har ingen sammenhæng hermed.

Omtalen i beslutningsoplægget af udbuddet af KESDH-systemet indgår som en del af den operationelle vurdering af, hvorfor Cyberdivisionen indstillede, at DeMars-kontrakten med NNIT som leverandør skulle opretholdes, og at der blev givet samtykke til NNITs anvendelse af Aeven som underleverandør (model 3). Ud fra en IT-mæssig operationel synsvinkel gav det mening i relation til DeMars-kontrakten at give samtykke til model 3. Det skyldes, at NNIT i forhold til det på daværende tidspunkt igangværende KESDH-udbud afgav tilbud med Aeven (benævnt NewCo) som underleverandør. Forudsat NNIT måtte vinde udbuddet af KESDH, ville et samtykke til model 3 vedrørende DeMars medføre, at der ville være et ensartet drift-setup, både på DeMars-kontrakten og på KESDH-kontrakten. Et ensartet drift-setup er klart at foretrække ud fra et driftsmæssigt og operationelt synspunkt. Herved vil FMI i den daglige operationelle virkelighed med to forskellige systemer ikke skulle agere i to forskellige styringsmæssige og governancemæssige setup. Det var dog kun en driftsmæssig betragtning i forhold til den eksisterende DeMars-kontrakt, og ensretningen ville først blive aktualiseret, hvis NNIT vandt udbuddet af KESDH.

Kyndryls henvisning til, at det af beslutningsoplægget fremgår, at "... så vurderes det som til en vis grad sandsynligt, at dispositionen er lovlig...", og "Imod taler dog, at udbudsloven i sit udgangspunkt har anlagt en streng og formel fortolkning af reglerne", vedrører den såkaldte model 2. Da FMI indstillede, at model 3 blev godkendt, er det citerede irrelevant. DeMars-kontrakten er ikke genstand for klagesagen, og det er derfor irrelevant at redegøre for nuancerne og vurderingerne af de forskellige præsenterede modeller relateret til sikring og opretholdelse af DeMars-kontrakten i forbindelse med udskillelsen af driftsaktiviteterne fra NNIT til et særskilt selskab, der efterfølgende benyttes som underleverandør. I beslutningsoplægget blev der givet udtryk for, at model 3 i udgangspunktet var lovlig. Den udtrykte usikkerhed i forhold hertil hang sammen med den begrænsede praksis, der er på netop dette område. En vurdering af mulige udskiftningsmodeller var ikke på tale i

relation til KESDH-udbuddet, idet NNIT afgav tilbud med Aeven som underleverandør, hvilket var en lovlig konstruktion, som FMI ikke havde mulighed for at påvirke.

Ad påstand 2

Kyndryl har gjort gældende, at FMI har handlet i strid med de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 ved i perioden efter afgivelse af endeligt tilbud, BAFO2, og før meddelelse om tildeling at have gennemført forhandlinger eller side-stillede aktiviteter med NNIT om kontraktens opfyldelse og NNITs levering af de udbudte ydelser og lade dette indgå som grundlag for tildelingsbeslutningen.

Det var ikke nødvendigt for FMI at foretage en udvælgelse af indkomne ansøgere ved prækvalifikation. Alligevel har FMI tilsyneladende foretaget en vurdering af, at alle ansøgere var ”professionelle it-leverandører” som beskrevet af FMI ved brev af 24. maj 2023.

Tilbudsfristen for afgivelse af endeligt tilbud, BAFO2, var i udbudsbetingelserne angivet til den 13. januar 2023. FMI havde i tidsplanen til BAFO2, tabel 4.1, angivet, at det forventede tidspunkt for kontraktindgåelse var den 23. februar 2023. På dette tidspunkt var det alment kendt i offentligheden, at der var virksomhedsmæssige ændringer på vej hos NNIT, der ved selskabsmeddelelser og pressemeddelelser havde varslet frasalget af hele sin IT-infrastrukturforretning. Denne situation må have givet anledning til bekymring hos FMI i et særdeles forretnings- og sikkerhedskritisk udbud som dette med en kontraktværdi på knap 200 mio. kr., hvor netop IT-infrastruktur er kerneområdet for den udbudte genstand.

NNIT bekendtgjorde den 9. februar 2023, at frasalget forventedes i 1. kvartal 2023 og senest den 31. marts 2023. Dette var den direkte årsag til, at FMI allerede samme dag udsendte en besked til tilbudsgiverne om, at det forventede tidspunkt for tildelingsbeslutning blev udskudt til slutningen af februar eller til starten af marts 2023 (uge 8 eller uge 9). FMI begrundede udskydelsen med ”interne forhold”. Disse interne forhold skyldtes uro internt hos FMI om, hvordan og i hvilken konstruktion NNIT i givet fald ville kunne levere i henhold til kontrakten.

Den 6. marts 2023 anmodede Kyndryl FMI om en opdateret tilkendegivelse af det forventede tidspunkt for tildelingsbeslutningen. Den 7. marts 2023 oplyste FMI tilbudsgiverne om, at tildelingsbeslutningen blev udsat til ”i løbet af indeværende måned”. Den 23. marts 2023 offentliggjorde NNIT, at frasalget blev yderligere forsinket til medio maj 2023, og kort tid derefter, den 31. marts 2023, meddelte FMI tilsvarende til tilbudsgiverne, at tildelingsbeslutningen blev udsat til medio maj.

Den 28. april 2023 udsendte NNIT en pressemeddelelse om, at frasalget af IT-infrastrukturforretningen var gennemført, og at NNIT havde overdraget sine aktiviteter til Aeven. Den 15. maj 2023 modtog Kyndryl meddelelse fra FMI med beslutning om at tildele kontrakten til NNIT.

Der har således været en parallelforskydning mellem NNITs pressemeddelelser, selskabsmeddelelser og orienteringer til nyhedsmedier og FMI's tilsvarende udskydelser af tildelingsbeslutningen. Det har været afgørende for FMI, at den nye konstruktion mellem NNIT og Aeven som underleverandør blev vurderet tilfredsstillende af FMI. Undervejs i udskydelserne af tildelingsbeslutningen fra den 13. januar 2023 til den 15. maj 2023 blev ”Newco” til Aeven. Havde FMI været nødsaget til at træffe en tildelingsbeslutning, hvor NNIT havde peget på den ukendte underleverandør ”Newco” til brug for opfyldelse af kontrakten, havde det været langt mere risikofyldt for FMI at træffe en tildelingsbeslutning til fordel for NNIT. Den lange udskydelse af tildelingsbeslutningen og hændelsesforløbet blev tilrettelagt på en sådan måde, at ”Newco” blev til Aeven. Tilrettelæggelsen af hændelsesforløbet har således medført, at det har været mindre risikofyldt for FMI at tildele kontrakten til NNIT.

Den omfattende eksterne information fra NNIT havde en tilsvarende virkning, som havde NNIT suppleret sit endelige tilbud over for FMI efter dets afgivelse på en sådan måde, at det har haft betydning for FMI's tildelingsbeslutning. Dette udgør en overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsvars- og sikkerhedsdirektivet artikel 4, idet det kan sidestilles med at føre ulovlige forhandlinger om tilbuddets indhold og ydelsernes levering efter endelig tilbudsafgivelse.

NNIT og FMI har desuden været i separat dialog og afklaringer eller har i øvrigt kommunikeret om frasalget og den virksomhedsmæssige omdannelse, som NNIT undergik i tidsrummet fra afgivelse af endeligt tilbud og frem til

tildelingsbeslutningen, hvilket tillige udgør ulovlige forhandlinger om tilbuddets indhold og ydelseernes levering efter endelig tilbudsafgivelse, og det udgør en overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4.

FMI's argument om, at udsættelsen af tildelingsbeslutningen skyldtes en forsinkelse i forhandlingerne med KMD om den fortsatte udvikling af KESDH-systemet, modsiges af, at det af FMI's e-mail af 25. maj 2023 fremgår, at udskydelsen af tildelingen af KESDH-kontrakten skyldtes, at NNIT under udbuddet udskilte sine driftsaktiver i et selvstændigt selskab, hvilket medførte en behandling i Erhvervsstyrelsen i forhold til investeringsscreeningslovgivningen. E-mailen nævner således ikke noget om forhandlinger med KMD som årsag til udskydelsen.

Det er muligt, der ikke har været direkte kontakt eller forhandlinger mellem FMI og NNIT om udskydelsen af tildelingen, men de sammenfaldende udsættelser igennem perioden januar-maj 2023 er påfaldende, og de modstridende oplysninger fra FMI selv om årsagen til udskydelsen må rejse en tvivl, som bør komme Kyndryl til gode.

FMI's interne beslutningsoplæg med faglige vurderinger af 20. marts 2023 blev udarbejdet i perioden, hvor beslutningen om tildelingen af KESDH-kontrakten blev udsat flere gange fra januar til maj 2023. Dette understøtter, at de gentagne udsættelser af KESDH-tildelingen skyldtes udsættelsen af den officielle gennemførelse og annoncering af frasalget til NewCo, hvilket først skete ultimo april 2023.

Det må derfor lægges til grund, at udskydelsen var begrundet i det forhold, at FMI var usikker på, om tildelingen ville være lovlig, da FMI anmodede Kammeradvokaten om at foretage en vurdering heraf.

Ved vurderingen af Kyndryls tilbud dømte FMI på forhånd virksomheden ude. Kyndryls tilbudspris var 169 mio. kr., mens NNITs pris var 187 mio. kr., hvilket er markant dyrere. Hvis FMI ønskede at sikre, at NNIT kunne vinde kontrakten, skulle der findes nogle markante kvalitetsforskelle mellem NNITs og Kyndryls tilbud, der kunne udligne prisforskellen. NNITs tilbud lå langt over FMI's budgetramme, som var på 175 mio. kr. Når FMI tillader, at én leverandør kan gå markant over udbudsrammen, kan leverandøren tilbyde en højere kvalitet – især når tilbuddet primært handler om at sætte et

team til driften af KESDH. Med en prisforskel på 18 mio. kr. har NNIT formentlig 1-2 ekstra personer i det tilbudte team, hvilket giver mulighed for en væsentlig højere kvalitet.

På forhandlingsmødet den 7. december 2022 oplyste FMI, at Kyndryls pris lå fornuftigt, men bestemt ikke skulle blive højere. Hvis Kyndryl havde fået at vide, at udbudsrammen kun var et skøn, ville Kyndryl også have tilført teamet 1-2 ekstra personer og dermed løftet kvaliteten af teamet markant. Kyndryl føler sig på den måde misledt af FMI's feedback under udbudsprocessen, især da NNIT vandt udbuddet, fordi NNITs kvalitet vurderedes at være bedre end Kyndryls.

På i hvert fald otte konkrete punkter er FMI's vurdering af Kyndryls tilbud objektivt fejlagtig eller uforståelig. Eksempelvis fik NNIT højeste kvalitets-score på 5, mens Kyndryl kun fik en score på 4 på et område, hvor NNIT baserer sin løsning på et udgået softwareprodukt, som ikke længere supporteres af producenten. Dette er en klar sikkerhedsrisiko, og det indebærer, at NNITs løsning ikke overholder FMI's krav om, at løsningen skal baseres på seneste og supporterede version af de benyttede produkter. Det virker således som en åbenlys fejl, at FMI tildeler maksimal score for en løsning, som ikke overholder et centralt krav.

På et andet område blev der fejlagtigt tillagt en kapitalisering til Kyndryls pris for softwarelicenser, selvom Kyndryl kun anvender licenser, som FMI allerede råder over. FMI skal derfor ikke afholde omkostninger til at indkøbe nye softwarelicenser. Andre eksempler er områder, hvor FMI i sin vurdering efterlyser, at Kyndryls besvarelse skulle rumme flere konkrete oplysninger. De oplysninger, som FMI efterlyser, fremgår imidlertid af Kyndryls tilbud.

FMI har gjort gældende, at der ikke har været ulovlige forhandlinger mellem FMI og NNIT i strid med forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4. Kyndryl har ikke dokumenteret eller på anden vis godtgjort, at der skulle være foregået et ulovligt forhandlingsforløb mellem FMI og NNIT i relation til KESDH-udbuddet.

FMI har en eksisterende kontrakt med KMD, der omhandler alle ydelser relateret til FMI's KESDH-system, det vil sige drift og applikationshåndtering af systemet. Den eksisterende kontrakt blev indgået med KMD i 2015 og løb til udgangen af 2023. FMI har besluttet at opdele ydelserne fremadrettet, så

FMI har en driftskontrakt, en vedligeholdelseskontrakt om applikationen samt en videreudviklingsaftale.

Denne klage vedrører alene udbuddet af driftskontrakten, hvor forhandlingsforløbet med KMD vedrørte vedligeholdelseskontrakten om applikationen. Driftskontrakten er afhængig af vedligeholdelseskontrakten, og det vil ikke give mening at indgå en driftskontrakt på op til 10 års varighed, såfremt FMI ikke har adgang til vedligeholdelse af KESDH-applikationen.

Forløbene har fra start været planlagt som parallelle forløb og har været forelagt og godkendt af styregruppen for udbuddet, hvilket understøttes af den oprindelige tidsplan, som blev forelagt styregruppen på mødet den 3. juni 2022.

FMI og NNIT har ikke forhandlet eller haft dialog vedrørende FMI's udskydelse af tildelingsbeslutningen eller NNITs udskillelse af driftsaktiviteter i perioden efter afgivelsen af endeligt tilbud og før meddelelse om tildeling. Baggrunden for udskydelsen af tildelingsbeslutningen var alene begrundet i det parallelle forhandlingsforløb, som FMI havde med KMD om den parallelle kontrakt om applikationshåndtering af selve KESDH-applikationen. Dette forhandlingsforløb var en nødvendig forudsætning for tildelingen af den udbudte driftskontrakt. Udskydelsen var dermed ikke begrundet i forhold relateret til forhandlinger mellem FMI og NNIT, ligesom de tidmæssige sammenhænge mellem NNITs udskillelse af driftsaktiviteter og udskydelsen af tildelingsbeslutningen alene beroede på tilfældigheder. NNITs udskillelse af driftsaktiviteterne til et nyt selskab var ikke et tema i relation til KESDH-udbuddet, idet tilbudsgiveren fortsat var NNIT, uanset hvordan NNIT agtede at levere ydelserne efter en eventuel kontrakttildeling. Det var planlagt, at tildelingen af KESDH-kontrakten om drift skulle ske samtidig med indgåelse af applikationskontrakten med KMD.

FMI har i regi af KESDH-systemet ikke haft ét eneste møde med NNIT vedrørende virksomhedens udskillelse af sine driftsaktiviteter. Aktiviteterne hos NNIT har ikke på noget tidspunkt indgået eller været overvejet i forhold til FMI's beslutning om at udskyde tildelingen af driftskontrakten.

Forhandlingerne med KMD var væsentligt mere omfattende og komplekse, end det var forudsat, bl.a. fordi KMD på et relativt sent tidspunkt i forløbet

introducerede et ønske om at flytte applikationen til en ny teknologisk platform. I januar og februar 2023 var forhandlingerne med KMD om kontrakten om applikationshåndtering endnu ikke afsluttet, ligesom forhandlingerne også var på et kritisk stadie. På grund af sammenhængen mellem driftskontrakten og kontrakten om applikationshåndtering var FMI på daværende tidspunkt derfor ikke klar til at gennemføre en tildeling af driftskontrakten. Tildelingsbeslutningen blev udskudt ad flere omgange, idet forhandlingerne med KMD ikke var på plads. FMI har ved udskydelsen af tildelingsbeslutningen som begrundelse henvist til ”interne forhold”, hvilket dækkede over forhandlingerne med KMD. Der blev ikke direkte henvist til forhandlingerne med KMD, da det var et forhandlingsforløb med en tredjepart, som var Kyndryl og øvrige tilbudsgivere uvedkommende.

At der har været tilstræbt en parallelitet mellem udbuddet af driftskontrakten og forhandlingerne med KMD af kontrakten om applikationshåndtering, samt at udskydelsen af tildelingen af driftskontrakten var begrundet i det langtrukne forhandlingsforløb med KMD, blev igen understreget på det styregruppemøde, der blev afholdt den 10. maj 2023.

På tidspunktet for afholdelsen af styregruppemødet den 10. maj 2023 var forhandlingerne med KMD nået til et stadium, hvor FMI var betrygget i, at kontrakten om applikationshåndtering kunne indgås på acceptable vilkår. På baggrund heraf, og som følge af en nødvendig hensyntagen til at kunne gennemføre en transition til en ny driftsleverandør inden udløb af FMI's eksisterende kontrakt med KMD om drift, vedligeholdelse og videreudvikling af KESDH-systemet, besluttede styregruppen på mødet den 10. maj 2023 at tildele den udbudte driftskontrakt til NNIT.

NNIT har ikke haft nærmere indsigt i det forløb hos FMI, der var baggrunden for udskydelsen af tildelingsbeslutningen, hvilket også ses af NNITs forespørgsel af 31. marts 2023.

FMI og NNIT har således ikke ført et ulovligt forhandlingsforløb – endsige været i dialog – i strid med forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 relateret til udskydelsen af tildelingen af driftskontrakten og NNITs udskillelse af driftsaktiviteter.

Den øvrige kommunikation, som FMI har haft med NNIT og Aeven, udgør heller ikke en ulovlig forhandling i forhold til udbuddet af KESDH-driftskontrakten. NNIT er leverandør til FMI i forhold til en eksisterende kontrakt om Forsvarets SAP-baserede ERP-system, DeMars. Kontrakten blev udbudt efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet. DeMars-kontrakten blev indgået mellem FMI og NNIT i juli 2020. I relation til den eksisterende kontrakt vedrørende DeMars har FMI haft en dialog med NNIT og Aeven relateret til udskillelsen af driftsaktiviteterne. Dialogen har FMI ført sammen med øvrige centrale statslige myndigheder, der ligeledes har haft et eksisterende kontraktforhold med NNIT, hvor NNITs udskillelse af driftsaktiviteterne ville have en indflydelse. Denne dialog har for FMI's vedkommende alene omhandlet den eksisterende DeMars-kontrakt.

Udskydelsen af tildelingen af KESDH-driftskontrakten og forhandlingsforløbet med KMD om applikationskontrakten faldt tidsmæssigt sammen med, at NNIT planlagde en udskillelse og frasalg af NNITs driftsaktiviteter. Dette tidsmæssige sammenfald beroede på tilfældigheder, og forløbet hos NNIT var uden for FMI's kontrol.

NNITs beslutning om at udskille driftsaktiviteterne indebar bl.a., at NNIT skulle indhente accept og samtykke fra de kontraktholdere, hvor eksisterende kontrakter ville blive berørt af udskillelsen. En af NNITs eksisterende driftskontrakter, der blev berørt af udskillelsen og overdragelsen af driftsaktiviteter til det nye selskab, var kontrakten med FMI om drift af Forsvarets ERP-system, DeMars. Øvrige eksisterende kontrakter med statslige kunder, som blev berørt, var kontrakter med bl.a. Nationalbanken, Digitaliseringsstyrelsen, Banedanmark og Domstolsstyrelsen. For at sikre en ensartet behandling heraf havde FMI sammen med Nationalbanken, Digitaliseringsstyrelsen, Banedanmark og Domstolsstyrelsen en fælles dialog om håndteringen set i forhold til de eksisterende kontrakter, modeller herfor og vilkår for samtykke. Dialogen blev varetaget på afdelingschef/IT-direktør-niveau. Dialogen omhandlede alene eksisterende kontrakter, herunder FMI's DeMars-kontrakt. Dialogen med NNIT omfattede ikke KESDH-kontrakten og udbuddet heraf, da der på tidspunktet for dialogen ikke forelå et kontraktforhold mellem FMI og NNIT.

Myndighedernes drøftelse med NNIT har centreret sig om især to modeller for, hvordan NNITs udskillelse af driftsaktiviteter kontraktuelt kunne hånd-

teres i de eksisterende kontraktforhold med henholdsvis FMI, Digitaliseringsstyrelsen, Banedanmark, Nationalbanken og Domstolsstyrelsen. I FMI's interne beslutningsoplæg med faglige vurderinger af 20. marts 2023 omtales de to modeller som henholdsvis model 2 og model 3. Det var Cyberdivisionens [division af FMI] anbefaling, at FMI-C-CHTD godkendte et samtykke til, at NNIT fremadrettet kunne anvende NewCo som underleverandør til opfyldelse af driftskontrakten (model 3).

Som en del af FMI's sædvanlige governance blev der foretaget en vurdering af ændringens udbudsretlige konsekvenser, hvilket fremgår af beslutningsoplægget. Det ville være betænkeligt, hvis en ordregivende myndighed foretog sådanne dispositioner uden forudgående stillingtagen til de juridiske rammer for myndighedens beslutninger.

Ud over denne dialog havde parterne ligeledes dialog med Erhvervsstyrelsen i forhold til investeringsscreening af Aevens varetagelse af driftsaktiviteter i relation til eksisterende kontrakter. Denne dialog omfattede ikke KESDH-kontrakten, da der heller ikke i relation hertil var et forhold at drøfte med Erhvervsstyrelsen.

Da modellerne og vilkårene for et samtykke til NNITs frasalg faldt på plads, vurderede hver af de involverede myndigheder individuelt, hvilken af de foreslåede modeller de i givet fald ville acceptere. I forhold til den eksisterende DeMars-kontrakt indstillede FMI til at godkende den såkaldte model 3, hvilket indbefattede at godkende et samtykke til, at NNIT kunne benytte Aeven som underleverandør i forhold til den eksisterende DeMars-kontrakt.

I vurderingen af samtykket indgik en operationel vurdering som element. Med et samtykke til anvendelse af Aeven som underleverandør på DeMars-kontrakten ville det driftsmæssige setup på DeMars-kontrakten modsvare det driftsmæssige setup, som NNIT havde tilbudt på KESDH-kontrakten. Såfremt NNIT senere ville vinde det dengang igangværende KESDH-udbud, ville det driftsmæssige setup derved være ens på både den udbudte KESDH-kontrakt og den eksisterende DeMars-kontrakt. Denne vurdering og accept af samtykket til brug af Aeven som underleverandør var en isoleret vurdering alene relateret til FMI's eksisterende kontraktforhold vedrørende DeMars.

Parallelt med at forhandlingerne med KMD om applikationskontrakten faldt på plads, og de fornødne beslutninger fra beslutningstagerne hos FMI forelå,

afsluttede FMI den resterende del af udbudsprocessen vedrørende KESDH-driftskontrakten. Det fremgår således af styregruppemødet den 10. maj 2023, vedrørende orientering om status på indgåelse af aftalen med KMD, at "...det [er] udbudskontorets vurdering, at parterne er nået til enighed om de væsentligste kvalitative forhold, ligesom prisen er kommet indenfor et sagligt begrundet niveau", og at "...det [er] derfor udbudskontorets vurdering, at ... enighed kan opnås dog med væsentlige opdateringer af eller afklaringer til materialet, og prisen vurderes økonomisk fordelagtig".

Da NNIT havde afgivet det samlet set økonomisk mest fordelagtige tilbud, særligt som følge af en bedre kvalitet, besluttede styregruppen på samme styregruppemøde den 10. maj 2023 at tildele KESDH-kontrakten til NNIT.

Gennemførelsen af et udbud afskærer ikke ordregiveren fra at have en sædvanlig dialog med en eksisterende leverandør i henhold til et andet allerede eksisterende kontraktforhold – heller ikke selvom denne eksisterende leverandør også måtte være deltager i et parallelt udbudsforløb. Af hensyn til ligebehandlingsprincippet skal ordregiveren være opmærksom på at adskille et udbudsforløb fra en eksisterende kontraktrelation, så en tilbudsgiver i udbudsforløbet ikke opnår en utilbørlig fordel afledt af et eksisterende kunde-/leverandørforhold. Dette forhold er dog fuldt ud iagttaget af FMI, idet der alene har været en dialog med NNIT eller Aeven relateret til FMI's eksisterende kontraktforhold omhandlende DeMars.

Kyndryls påstand og anbringender om, at der skulle have været et ulovligt forhandlingsforløb, medfører, at FMI skal forsøge at redegøre for noget, der ikke har fundet sted. FMI har i den forbindelse gennemgået de titusindvis af e-mails og dokumenter, som er afstedkommet som led i udbudsforretningen. Det har ført til, at FMI har fundet og fremlagt yderligere to e-mails, der omhandler en korrespondance mellem FMI og Forsvarsministeriets departement i regi af udbuddet af driften af KESDH-systemet.

Det er ikke korrekt, at FMI tilbageholder en vurdering af NNITs udskillelse og frasalg af driftsaktiviteterne til Aeven. En sådan vurdering findes ikke. Forsvarsministeriets departement er dataansvarlig for de oplysninger, der findes i koncernens elektroniske sags- og dokumenthåndteringssystem KESDH. FMI er som Forsvarets interne IT-leverandør, herunder af KESDH, databehandler af de personoplysninger, der findes i KESDH-systemet. De eksterne

IT-leverandører, som FMI måtte benytte, herunder til drift af KESDH-systemet, er således underdatabehandlere (hvis de behandler personoplysninger). På tidspunktet for udbuddet af driften af KESDH-systemet havde FMI IT-leverandøren KMD til at forestå driften og vedligeholdelsen af KESDH-systemet. KMD var således underdatabehandler til FMI.

FMI havde oprindeligt prækvalificeret tre tilbudsgivere til at afgive tilbud. Det drejede sig om Kyndryl, NNIT og KMD. I løbet af udbudsprocessen kunne FMI konstatere, at KMD afstod fra at afgive tilbud, og idet KMD var eksisterende leverandør til KESDH og dermed underdatabehandler, betød det samtidig, at FMI ville indgå den udbudte driftskontrakt med en ny IT-leverandør. Uanset hvem der ville vinde udbuddet, ville der ske et leverandørskifte og dermed også en ændring af den persondataretlige underdatabehandler.

Som følge heraf og i overensstemmelse med den foreliggende databehandleraftale mellem FMI og Forsvarsministeriets departement orienterede FMI ved e-mail af 27. oktober 2022 departementet herom og dermed inden, at FMI modtog endelige tilbud i januar 2023. Som respons på denne persondataretlige orientering svarede Forsvarsministeriets departement retur til FMI ved e-mail af 4. november 2022, hvor departementet bl.a. udbad sig ”FMI’s vurdering af NNIT’s frasalg af deres driftsafdeling til kapitalfonden Agilitas.”

Kyndryl mener på baggrund heraf, at FMI tilbageholder en vurdering. En sådan vurdering findes som anført ikke.

Som umiddelbar besvarelse af henvendelsen fra Forsvarsministeriets departement sendte FMI den 9. november 2022 sikkerhedsbilaget og udkast til databehandleraftale fra de to senest foreliggende tilbud fra henholdsvis NNIT og Kyndryl.

Tilbudsgiverne afgav endelige tilbud den 13. januar 2023. Den 3. februar 2023 blev der afholdt et møde mellem FMI og Forsvarsministeriets departement relateret til de persondataretlige forhold. På mødet blev de forhold, som var rejst af Forsvarsministeriets departement som dataansvarlig ved e-mail af 4. november 2022, drøftet. I forhold til punkt 5 blev det oplyst, at det ikke var et forhold, som FMI havde beskæftiget sig med, og at det i alle tilfælde ville være den vindende tilbudsgivers ansvar at sikre, at kontraktens krav blev

overholdt, herunder kravene til databeskyttelse. I den forbindelse bemærkede Forsvarsministeriets departement, at departementet som dataansvarlig ville sørge for at følge op på forholdet for at sikre, at kravene til databehandling ville blive overholdt. Der foreligger ikke et referat fra mødet.

E-mailkorrespondancen og det afholdte møde skete således i regi af persondataretlige forhold. Kontakten var afledt af den verserende udbudsforretning og det forhold, at FMI ville indgå en kontrakt med en anden underdatabehandler end KMD. Forholdet var således en persondataretlig behandling og ikke et led i selve udbudsprocessen, selvom det persondataretlige forhold var afledt af udbudsprocessen.

FMI's korrespondance med Forsvarsministeriets departement i maj 2023 omhandler en intern information fra FMI til departementet om den gennemførte udbudsforretning, jf. Forsvarets interne processer. Som led i orienteringen forespurgte Forsvarsministeriets departement bl.a. til baggrunden for forsinkelsen af udbudsprocessen, hvilket FMI svarede på.

Det beror på en fejl, at der i orienteringen fra FMI til Forsvarsministeriets departement i e-mail af 25. maj 2023 er henvist til en investeringsscreeningsproces hos Erhvervsstyrelsen som begrundelse for forsinkelse af udbudsprocessen og ikke til forhandlingsforløbet med KMD. Der er tale om, at to ellers adskilte forløb i redegørelsen fejlagtigt blev blandet sammen. Forsinkelsen af udbudsprocessen var alene begrundet i det parallelle forhandlingsforløb med KMD vedrørende kontrakten om applikationshåndtering af selve KESDH-applikationen. Processen vedrørende investeringsscreening hos Erhvervsstyrelsen var en proces, der blev gennemført på daværende tidspunkt. Processen vedrørte dog FMI's eksisterende og allerede indgåede kontrakt om drift af FMI's DeMars-system. Processen handlede således om en parallel potentiel godkendelse af NNITs anvendelse af Aeven som underleverandør i forhold til en allerede indgået kontrakt. Forholdet omhandlede ikke udbuddet af kontrakten om drift af KESDH-systemet. Det forhold, at der efter Kyndryls opfattelse kan være en vis tvivl om, hvorvidt der har været direkte kontakt eller forhandlinger mellem FMI og NNIT, kan ikke komme Kyndryl til gode.

I relation til udbuddet af kontrakten om drift af KESDH-systemet havde der været en anden overvejelse om godkendelse i henhold til investeringsscreening. Forholdet blev mundtligt rejst af NNIT efter tildeling og i forbindelse

med indgåelse af kontrakten. NNIT rejste i den forbindelse en mulig problematik om godkendelse af underleverandørkontrakten med Aeven som potentielt underlagt krav om investeringsscreening. FMI afviste i de mundtlige drøftelser med NNIT dette med henvisning til, at FMI alene indgik kontrakten med NNIT, og at NNIT alene ville være ansvarlig for opfyldelsen af kontrakten, uanset brugen af underleverandører. Forholdet understreger således tilsvarende, at FMI er og har været af den opfattelse, at kontrakten blev indgået med NNIT, uanset NNIT ville benytte sig af underleverandører.

Kyndryls anbringender om forhandlings- og evalueringsforløbet er ikke formuleret i en påstand, der kan danne grundlag for en behandling ved klagenævnet, og der er reelt tale om en ny klage indgivet efter klagefristens udløb, som derfor bør afvises. Anbringenderne har ingen sammenhæng med den nedlagte påstand.

Hvis klagenævnet ikke afviser at behandle Kyndryls synspunkter i relation til evalueringen, gøres det gældende, at klagen herom ikke skal tages til følge.

Det har stået deltagerne i udbuddet klart, at den udmeldte udbudsramme var af skønsmæssig karakter. Det fremgår således af udbudsbekendtgørelsens punkt II.2.1), at den anslåede værdi eksklusive moms var i intervallet mellem 125 mio. kr. og 175 mio. kr. Desuden fremgår det af udbudsbekendtgørelsens punkt VI.3), at den angivne værdi var udtryk for et skøn over hele kontraktens varighed, og at skønnet var baseret på FMI's historiske forbrug samt estimater for et potentielt fremtidigt forbrug. Det er den enkelte tilbudsgivers ansvar at orientere sig i og forholde sig til den ramme og de betingelser, der afgives tilbud under. Det er op til den enkelte tilbudsgiver at vurdere, hvorledes tilbudsgiver vil sammensætte sit tilbud i forhold til det offentliggjorte udbudsmateriale, herunder i relation til de offentliggjorte tildelingskriterier, og dermed om tilbudsgiver vælger at prioritere kvalitet frem for pris, eller omvendt. Det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 11.1, at pris vægtede 25 % mod de kvalitative kriterier, der samlet vægtede 75 %. Hvis Kyndryl vurderede, at virksomheden ville kunne opnå et samlet set bedre tilbud ved at højne kvaliteten i tilbuddet på bekostning af prisen, stod det Kyndryl frit for at foretage denne disposition.

Tilbudsgiverne har i tilknytning til forhandlingsmøderne modtaget feedback på deres indledende tilbud, herunder både i forhold til de prismæssige forhold og de kvalitative forhold. FMI kan ikke genkalde at have formidlet, at

Kyndryls pris ikke skulle blive højere. FMI har været tydelig på forhandlingsmøderne om, at FMI efterspurgte den rette prissætning af ydelser fremfor nødvendigvis den billigste pris.

Kyndryl har på en række punkter anført, at virksomheden ikke er enig i det skøn og de vurderinger, som FMI har udøvet i forhold til vurderingen af tilbuddene, hvilket FMI tidligere har svaret på over for virksomheden. Evaluering af tilbud foretages på baggrund af FMI-faglige skøn. FMI har i underretningsbrevet redegjort detaljeret for resultatet af tilbudsevalueringen i overensstemmelse med forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 35.

Overfor Kyndryls anbringender i relation til evalueringen bemærkes, at det ikke er korrekt, at NNIT anvendte et softwareprodukt, der udgør en sikkerhedsrisiko, idet det tilbudte produkt ikke er seneste og supporterede version. Tilbudsgiverne skulle basere deres overvågningsløsning på den software, som FMI stiller til rådighed. NNIT har baseret sit tilbud på den software, som FMI har stillet til rådighed. Den tilbudte løsning blev evalueret i henhold til evalueringskriteriet, der knyttede sig til kontraktens bilag 12.b.i, punkt 1.2. Det indgik ikke i evalueringen, at den software, som FMI stillede til rådighed, ville skulle opdateres, da det var et efterfølgende kontraktuelt forhold, hvor NNIT som leverandør i henhold til kontraktens bilag 12.b, krav K-49, skal foretage opdateringer koordineret med FMI.

Kyndryls tilbud forudsatte licenser ud over, hvad FMI råder over, hvilket nødvendiggjorde en kapitalisering af anskaffelsen i forhold til forudsætningerne i Kyndryls tilbud. Kapitaliseringen var udtryk for FMI's skønnede nødvendige udgifter afledt af Kyndryls tilbud.

Ad påstand 3

Kyndryl har gjort gældende, at klagenævnet på baggrund af de anførte udbudsretlige overtrædelser under påstand 1 og 2 skal annullere FMI's beslutning om at tildele kontrakten til NNIT.

FMI har ikke gjort særlige anbringender gældende i forhold til påstand 3.

Retsgrundlaget

Forsvars- og sikkerhedsdirektivet

I artikel 4 hedder det om principperne for indgåelse af kontrakter:

”De ordregivende myndigheder eller ordregiverne overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.”

I artikel 21 hedder det om anvendelsen af underleverandører bl.a.:

”1. Det står den valgte tilbudsgiver frit at udvælge sine underentreprenører til alle underentrepriser, der ikke er omfattet af kravene i stk. 3 og 4, og tilbudsgiveren kan især ikke forpligtes til at forskelsbehandle mulige underentreprenører på grundlag af nationalitet.

...

3. Den ordregivende myndighed eller ordregiveren kan forpligte eller kan af en medlemsstat pålægges at forpligte den valgte tilbudsgiver til at anvende bestemmelserne i afsnit III på alle eller visse underentrepriser, som den valgte tilbudsgiver har til hensigt at give til tredjemand.

4. Medlemsstaterne kan bestemme, at den ordregivende myndighed eller ordregiveren kan anmode eller kan forpligtes til at anmode den valgte tilbudsgiver om at give en del af kontrakten i underentreprise til tredjemand. Den ordregivende myndighed eller ordregiver, der pålægger sådanne underentrepriser, skal anføre denne mindsteandel i form af en værdiramme, der består af mindste og største procentdel. Den største procentdel må ikke overstige 30 % af kontraktens værdi. En sådan ramme skal stå i forhold til kontraktens genstand og værdi samt arten af den erhvervssektor, det drejer sig om, herunder konkurrenceniveauet på det pågældende marked og den pågældende industribases relevante tekniske formåen.

En hvilken som helst procentdel af underentrepriser, der falder inden for den værdiramme, som den ordregivende myndighed eller ordregiveren har anført, anses at opfylde kravene i dette stykke til underentrepriser.

Tilbudsgiverne kan foreslå at give en andel af den totale værdi i underentreprise, der ligger over den ramme, som den ordregivende myndighed eller ordregiveren kræver.

Den ordregivende myndighed eller ordregiveren skal anmode tilbudsgiverne om i deres tilbud at specificere, hvilken del eller hvilke dele af deres tilbud de har til hensigt at give i underentreprise, for at opfylde kravene i første afsnit.

Den ordregivende myndighed eller ordregiveren kan anmode eller kan af en medlemsstat pålægges at anmode tilbudsgiverne om også at specificere, hvilken del eller hvilke dele af deres tilbud de har til hensigt at give i underentreprise ud over den krævede procentdel, samt de underentreprenører, de allerede har valgt.

Den valgte tilbudsgiver giver en del i underentreprise svarende til den procentdel, som den ordregivende myndighed eller ordregiver pålægger denne tilbudsgiver at give i underentreprise i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III.

...

6. Kravene i stk. 2-5 skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen.”

Udbudsloven

I udbudslovens § 140, stk. 2, står der:

”Ordregiveren skal fastsætte egnethedskravene som minimumskrav i udbudsbekendtgørelsen. Ordregiveren kan kun anvende de minimumskrav til egnethed, der er relevante for at sikre, at ansøgere eller tilbudsgivere er egnede til at udøve det pågældende erhverv og har økonomisk og finansiel samt teknisk og faglig formåen til at gennemføre den pågældende kontrakt.”

I udbudslovens § 147 hedder det bl.a.:

”En ordregiver kan acceptere ændringer hos ansøgere og tilbudsgivere under overholdelse af principperne i § 2 i følgende tilfælde:

...

4) Når en ansøger eller tilbudsgiver fusionerer eller på anden måde foretager en virksomhedsmæssig omstrukturering. Ændring kan kun tillades, hvis vurderingen i forhold til minimumskravene til egnethed, jf. § 140, udvælgelsen, jf. § 145, eller tilbudsevalueringen, jf. § 160, ikke ville have medført et andet resultat, såfremt den virksomhedsmæssige omstrukturering var blevet foretaget før ordregiverens vurdering.

Stk. 2.

Ordregiveren kan alene acceptere ændringer, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren efter ændringen lever op til de fastsatte minimumskrav for egnethed, jf. § 140.

...

Stk. 4.

Ordregiveren kan ikke acceptere, at en sammenslutning udvides med yderligere deltagere efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.”

I bestemmelsens forarbejder står der bl.a.:

”Bestemmelsen gennemfører ikke en bestemmelse i direktivet og indebærer udelukkende et nationalt krav, som er indført efter anbefaling fra Udbudslovsudvalget. Praksis fra Klagenævnet for Udbud om disse spørgsmål har imidlertid været restriktiv og har ikke givet klare retningslinjer for, hvornår en ordregiver kan acceptere ændringer hos en ansøger. Det er derfor præciseret i denne bestemmelse, hvornår det er muligt at acceptere ændringer i ansøgers eller tilbudsgivers virksomhed eller konstellation.

...

Bestemmelsens stk. 1 fastsætter, at ordregivere som udgangspunkt ikke kan acceptere ændringer hos ansøgere eller tilbudsgivere. Ordregiveren kan alene acceptere ændringer, hvis det sker i overensstemmelse med principperne, jf. § 2. Det beror på en konkret vurdering, hvorvidt ændringer kan ske inden for rammerne af principperne. Bestemmelsen finder anvendelse fra tidspunktet for ordregiverens opfordring til ansøgere om at afgive tilbud eller deltage i dialog og indtil tidspunktet for kontraktindgåelse. Det betyder, at bestemmelsen også finder anvendelse i perioden mellem tilbudsfristens udløb og kontraktindgåelse. Ændringer hos en leverandør efter kontraktindgåelse er reguleret i § 182.

Formålet med bestemmelsen er at sikre den bedst mulige konkurrence om de offentlige kontrakter, samt at sikre ordregiver den nødvendige fleksibilitet til at håndtere de situationer, der er nævnt i bestemmelsen. Når ordregiver anvender udbudsformer, hvor der foretages en egnethedsvurdering og eventuelt en udvælgelse, kan det give anledning til tvivl om, hvorvidt ligebehandlingsprincippet er overholdt, hvis der sker ændringer i en ansøgers eller tilbudsgivers virksomhed eller den konstellation, som ansøgeren er blevet udvalgt på baggrund af. Det kan give anledning til tilsvarende problemer, hvis der sker ændringer hos en tilbudsgiver efter tilbudsfristens udløb. Denne bestemmelse oplister en række situationer, hvor ordregiveren, hvis betingelserne herfor er opfyldt, kan acceptere ændringer. For ændringer, der ikke er taget stilling til i nr. 1-4, vil det bero på en konkret vurdering i forhold til principperne i § 2 om ændringen kan tillades.

...

Bestemmelsens stk. 1, nr. 4, fastsætter, at ordregiveren kan acceptere tilbud fra en tilbudsgiver, når en ansøger eller en tilbudsgiver fusionerer med en anden virksomhed, sælger en afdeling eller på anden måde fore-

tager en virksomhedsmæssig omstrukturering, hvis ordregiveren vurderer, at den virksomhedsmæssige ændring ikke har haft betydning for vurderingen af ansøgerens eller tilbudsgiverens økonomiske og finansielle formåen samt tekniske og faglige formåen. Det vil sige, at ansøgeren eller tilbudsgiveren stadig skal overholde minimumskravene til den økonomiske og finansielle formåen og tekniske og faglige formåen, der har dannet grundlag for egnethedsvurderingen på baggrund af minimumskravene til egnethed. Endvidere må ændringen ikke have haft indflydelse på udvælgelsen, såfremt ændringen fandt sted, før ansøgning var afgivet. Indtræffer omstruktureringen efter ordregiverens beslutning om tildeling, kan ordregiveren kun indgå kontrakt med den omstrukturerede tilbudsgiver, såfremt omstruktureringen af tilbudsgiveren ikke ville føre til et andet resultat af tilbudsevalueringen, såfremt omstruktureringen fandt sted før tilbudsafgivelsen.

...

Hvis en ansøger eller tilbudsgiver sælger en afdeling eller på andre måder bliver mindre ved virksomhedsmæssige ændringer, vil det være en konkret vurdering, hvorvidt ændringen kan have haft betydning for vurderingen i forhold til minimumskravene til egnethed, udvælgelsen eller for tilbudsevalueringen. Såfremt en ansøger sælger en afdeling, der er i besiddelse af den tekniske og faglige formåen, der har været af betydning i forbindelse med udvælgelsen, vil der være en formodning for, at resultatet ville have været et andet, hvis ændringen var sket før udvælgelsen. Hvis formodningen ikke kan afkræftes, vil ordregiveren være forpligtet til at afvise ansøgeren eller tilbudsgiveren.

Det forhold, at en ansøger eller tilbudsgiver ændrer sin selskabsform, vil ikke i sig selv medføre en pligt til at afvise en ansøger eller tilbudsgiver.

Bestemmelsens stk. 2 fastsætter, at ændringer hos ansøger eller tilbudsgiver ikke på nogen måde må skabe tvivl om, at ansøgeren eller tilbudsgiveren lever op til de af ordregiveren fastsatte minimumskrav for den økonomiske og finansielle formåen eller tekniske og faglige formåen. Ordregiveren er således forpligtet til, inden ændringen accepteres, at anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om de samme oplysninger om økonomisk og finansiell formåen samt teknisk og faglig formåen, som ordregiveren krævede i den oprindelige ansøgning eller tilbud.

...

Bestemmelsens stk. 4 fastsætter, at ordregiveren ikke kan acceptere, at en sammenslutning udvides med yderligere deltagere efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.

Det betyder, at bestemmelsen indeholder en begrænsning i forhold til stk. 1, således at en sammenslutning ikke har mulighed for at inddrage nye

deltagere. Eksempelvis vil et konsortium efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb ikke kunne udvide kredsen af deltagere.”

Klagenævnet udtaler

Kyndryl har efter klagenævnets delkendelse af 23. juni 2023 gjort en række nye anbringender gældende, der relaterer sig til forhandlingsforløbet og FMI's evaluering. Kyndryl har endvidere ad påstand 1 gjort gældende, at FMI har overtrådt udbudslovens § 140, stk. 2, ved i udbudsbekendtgørelsen at have undladt at fastsætte de tekniske krav som minimumskrav.

Da anbringenderne ikke er dækket af formuleringen af påstandene, tager klagenævnet ikke stilling hertil.

Ad påstand 1

Klagenævnet har i delkendelse af 23. juni 2023 udtalt:

”Påstanden vedrører spørgsmålet om, hvorvidt FMI var forpligtet til at afvise tilbuddet fra NNIT på grund af NNITs virksomhedsmæssige omstrukturering, fordi egnethedsvurderingen og tildelingsevalueringen ville have ført til et andet resultat, såfremt den virksomhedsmæssige omstrukturering var blevet foretaget før FMI's vurdering og evaluering.

Der er hverken i forsvars- og sikkerhedsdirektivet eller de øvrige direktiver fastsat nærmere regler for, under hvilke omstændigheder der kan ske ændring af udvalgte ansøgere eller tilbudsgivere forud for tildeling af en kontrakt. EU-Domstolen har i sag C-396/14, MT Højgaard, og i C-697/17, Telecom Italia, på baggrund af de almindelige principper, herunder særligt ligebehandlingsprincippet, taget stilling til samme problemstilling, som dækkes af udbudslovens § 147. Bestemmelsen er efter klagenævnets vurdering i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis. I hvilket omfang, der kan ske ændring af udvalgte ansøgere eller tilbudsgivere efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet, skal derfor bedømmes på baggrund af principperne i udbudslovens § 147, hvilket parterne er enige om.

Minimumskrav til egnethed

Ad økonomisk og finansiell kapacitet

I udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.2), Økonomisk og finansiell kapacitet, er det som mindstekrav fastsat, at ansøgerne skal have en samlet

årsomsætning på mindst 80 mio. kr. i det seneste disponible regnskabsår og en positiv egenkapital for det seneste disponible regnskabsår.

NNIT har i den seneste årsrapport for regnskabsåret 2022 en omsætning på 1,5 mia. kr. samt en egenkapital på 814 mio. kr. og opfylder således mindstekravene til økonomisk og finansiell kapacitet. Det er ubestridt, at NNIT også efter frasalget af infrastrukturforretningen den 28. april 2023 til Aeaven opfylder mindstekravene til økonomisk og finansiell kapacitet.

Ad teknisk og faglig kapacitet

I udbudsbekendtgørelsens punkt III.2.3), Teknisk og faglig kapacitet, er det fastsat, at ansøgerne skal fremlægge en liste over de betydeligste lignende leverancer (referencer) i forhold til hovedydelse(r) omfattet af udbuddet, jf. punkt II.5). Der er ikke i øvrigt stillet mindstekrav til teknisk og/eller faglig kapacitet.

NNIT har i ansøgningen om prækvalifikation vedlagt en liste over fem referencer.

Da der ikke i øvrigt var fastsat mindstekrav til ansøgernes tekniske og faglige kapacitet, har FMI ikke foretaget en vurdering heraf i forhold til NNIT, og en udskillelse af NNITs driftsaktiviteter har derfor ikke haft betydning for NNITs evne til at opfylde krav vedrørende teknisk og faglig kapacitet.

Det kan ikke føre til et andet resultat, at FMI ifølge prækvalifikationsnotatet på baggrund af referencerne vurderede, at ansøgerne udgjorde et relevant konkurrencefelt til kontrakten.

Udvælgelse

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsens punkt IV.1.2), at begrænsningen af ansøgere, der opfordredes til at afgive tilbud, ville ske efter en vurdering af, hvilke ansøgere der havde dokumenteret de mest relevante leverancer (referencer). Referencerne skulle således alene benyttes ved en udvælgelse af ansøgere, såfremt FMI modtog mere end tre ansøgninger til prækvalifikation. Da FMI ikke modtog mere end tre ansøgninger, og da minimumsantallet af ansøgere, der ville blive prækvalificeret, var tre, blev der ikke foretaget en vurdering af ansøgernes referencer med henblik på prækvalifikation, hvilket også fremgår af FMI's prækvalifikationsnotat.

NNITs udskillelse af driftsaktiviteterne har derfor heller ikke haft betydning for udvælgelsen af ansøgere.

Det kan ikke føre til et andet resultat, at FMI i brev af 24. maj 2023 til Kyndryl har anført, at FMI i relation til prækvalifikationen havde modtaget tre ansøgninger, alle fra ”professionelle it-leverandører”.

Det forhold, at NNIT som følge af udskillelsen af driftsaktiviteter ikke længere råder over den samme driftsorganisation, der forestod udførelsen af referencerne angivet i ansøgningen, kan heller ikke føre til et andet resultat.

NNIT har i øvrigt ved at anvende Aeven som underleverandør sikret, at den tidligere del af NNITs virksomhed, der har udført ydelserne for de angivne referencer, skal stå for at levere samtlige kontraktydelser i forbindelse med udførelse af KESDH-kontrakten. NNIT hæfter samtidig for Aeven, dennes medarbejdere og ydelser og er således underlagt en kontraktuel forpligtelse til opfyldelse af kontrakten, jf. kontraktens punkt 10.

Tilbudsevaluering

I tilbuddet fra NNIT er det om underleverandører bl.a. anført, at NewCo. IO A/S, senere navneændret til Aeven, skal levere samtlige de kontraktfastsatte ydelser, og når NNITs frasalg af NNIT Hybrid Cloud Solution-forretning er gennemført og overført til det nyetablerede datterselskab, bruges denne som underleverandør og vil varetage drift og teknisk vedligeholdelse samt øvrige løbende ydelser til KESDH.

En tilbudsgiver behøver ikke selvstændigt at besidde de egenskaber, der kræves under den udbudte kontrakt, og den nærmere opgaveudførelse kan dermed overlades til underleverandører uden, at det påvirker tilbudsgiverens retsstilling i udbudsretlig forstand.

En ansøger eller tilbudsgiver kan således som udgangspunkt selv bestemme, hvordan man ønsker at organisere sig. I forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 21, stk. 1, der vedrører underentreprise, hedder det således bl.a.:

”Det står den valgte tilbudsgiver frit at udvælge sine underentreprenører til alle underentrepriser, der ikke er omfattet af kravene i stk. 3 og 4, og tilbudsgiveren kan især ikke forpligtes til at forskelsbehandle mulige underentreprenører på grundlag af nationalitet.”

Ordregiver kan kræve, at visse centrale opgaver i forhold til en udbudt ydelse skal udføres af tilbudsgiveren, jf. principperne i udbudslovens § 144, stk. 8.

FMI har valgt ikke at bestemme, at visse centrale opgaver alene må udføres af tilbudsgiveren selv. Det har derfor stået NNIT frit at bestemme,

om visse opgaver under kontrakten skal udføres af NNIT selv eller ved brug af én eller flere underleverandører.

NNITs brug af underleverandører ændrer ikke på, at det er NNIT, der som FMI's kontraktpart hæfter for kontraktens opfyldelse. Dette gælder, uanset om NNIT benytter én eller flere underleverandører til opfyldelsen og leveringen af kontraktens ydelser. NNIT vil således som leverandør være forpligtet til at sikre en plan for opretholdelse og fortsat levering af kontraktens ydelser, såfremt en underleverandør ikke varetager de roller eller ydelser, som den pågældende underleverandør er engageret til, jf. kontraktens punkt 10. NNITs virksomhedsmæssige omstrukturering samt ændring af forretningsområde har derfor ikke haft betydning for NNITs ansvar for opfyldelsen af driftskontrakten.

Det er på den baggrund klagenævnets vurdering, at der ikke er grund til at antage, at NNITs udskillelse af driftsaktiviteterne har haft betydning for tilbudsvurderingen og tildelingen af driftskontrakten til NNIT."

Efter NNITs udskillelse af driftsaktiviteter rådede virksomheden ikke længere over den samme driftsorganisation, der forestod udførelsen af referencerne angivet i ansøgningen. Det er som anført i delkendelsen klagenævnets vurdering, at dette ikke har haft betydning for udvælgelsen af ansøgere. Der var ikke fastsat minimumskrav til ansøgernes tekniske formåen, og FMI foretog ikke en vurdering af NNITs tekniske eller faglige formåen i relation til en udvælgelse. Da FMI ikke modtog mere end tre ansøgninger, og da minimumsantallet af ansøgere, der ville blive prækvalificeret, var tre, foretog FMI ikke en vurdering af NNITs referencer med henblik på prækvalifikation. Ved at anvende Aeven som underleverandør havde NNIT i øvrigt sikret, at den tidligere del af NNITs virksomhed, der havde udført ydelserne for de angivne referencer, skulle stå for at levere samtlige kontraktydelser i forbindelse med udførelse af KESDH-kontrakten.

På den baggrund, og da det, som Kyndryl efterfølgende har anført vedrørende påstanden, ikke kan føre til et andet resultat, tages påstand 1 ikke til følge.

Ad påstand 2

Klagenævnet har i delkendelse af 23. juni 2023 udtalt:

"Kyndryl har gjort gældende, at FMI har handlet i strid med forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 ved i perioden efter afgivelse af endeligt

tilbud, BAFO2, og før meddelelse om tildeling at have gennemført forhandlinger eller sidestillede aktiviteter med NNIT om kontraktens opfyldelse og NNITs levering af de udbudte ydelser og har ladet dette indgå som grundlag for tildelingsbeslutningen.

Kyndryl har til støtte herfor navnlig henvist til datoerne for en række pressemeddelelser og artikler om frasalget af NNITs infrastrukturforretning sammenholdt med datoerne for FMI's udskydelse af beslutning om tildeling af kontrakten vedrørende KESDH.

FMI har under sagen redegjort for, at udskydelsen af tildelingsbeslutningen skyldes forhandlinger med KMD om en eksisterende vedligeholdelseskontrakt, der omhandler alle ydelser relateret til FMI's KESDH-system, hvorfor den udbudte kontrakt om drift af KESDH er afhængig af kontrakten med KMD.

FMI's oplysninger om baggrunden for udskydelsen af tildelingsbeslutningen støttes af udbuddets milepælsplan, kontraktens formålsbeskrivelse og indholdet af oplæg til udbudsstyregruppemøderne under udbudsprocessen.

Det er klagenævnets vurdering, at det ikke heroverfor alene ved det tidsmæssige sammenfald mellem pressemeddelelser/artikler og FMI's udskydelser af tildeling af kontrakten er godtgjort, at udsættelserne skyldtes forhandlinger eller sidestillede aktiviteter mellem FMI og NNIT om NNITs levering af de udbudte ydelser.”

På den baggrund, og da det, som Kyndryl efterfølgende har anført vedrørende påstanden, ikke kan føre til et andet resultat, tages påstand 2 ikke til følge.

Indholdet af FMI's interne beslutningsoplæg med faglige vurderinger af 20. marts 2023, der vedrører DeMars-kontrakten, kan heller ikke føre til et andet resultat.

Ad påstand 3

På baggrund af det anførte under påstand 1 og 2 tages påstanden ikke til følge.

Herefter bestemmes

Klagen tages ikke til følge.

Kyndryl Danmark ApS skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 40.000 kr. i sagsomkostninger til Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig