

Klagenævnet for Udbud

(Jakob O. Ebbensgaard, Jesper Stage Thusholt
Kurt Bardeleben, Jeanet Vandling)

J.nr.: 22/14576

16. februar 2023

K E N D E L S E

Microsoft Danmark ApS
(advokat Kathrine Ahrenholt og
advokat Claus Gulholm-Hansen Krüger, Århus)

mod

Ørsted Services A/S
(advokat Jeppe Lefevre Olsen, Århus)

Den 26. november 2021 indledte Ørsted Services A/S (herefter ”Ørsted”) i henhold til reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2014/25/EU) et udbud med forhandling om en rammeaftale vedrørende anskaffelse af Public Cloud Services. Prækvalifikation skete gennem kvalifikationsordningen Achilles Utilities NCE Qualification System (herefter ”Achilles”).

Ved udløb af prækvalifikationsfristen havde Ørsted modtaget syv ansøgninger om prækvalifikation, hvoraf tre ansøgere blev prækvalificeret. Blandt de prækvalificerede var Microsoft Danmark ApS (herefter ”Microsoft”) og Amazon Web Services EMEA SARL.

Inden for tilbudsfristen for det indledende tilbud den 7. marts 2022 modtog Ørsted tilbud fra de tre prækvalificerede virksomheder.

Ved underretningsbrev af 12. august 2022 til Microsoft meddelte Ørsted, at Microsofts tilbud var fundet ukonditionsmæssigt, og at virksomhedens tilbud derfor ikke blev taget i betragtning.

Den 22. august 2022 indgav Microsoft klage til Klagenævnet for Udbud over Ørsted. Microsoft 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 21. september 2022 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, da betingelsen om fumus boni juris ikke var opfyldt. Klagen har været behandlet skriftligt.

Microsoft har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Ørsted har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, ved at anvende en kvalifikationsordning i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 77, stk. 5.

Påstand 1a

Klagenævnet skal konstatere, at Ørsted har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, om ligebehandling og gennemsigtighed ved brug af den overordnede generelle CPV kode ”31000000 Electrical machinery, apparatus, equipment and consumables; lighting” til at identificere den udbudte anskaffelse, uanset at denne CPV kode var uegnet til at identificere den udbudte anskaffelse.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at Ørsted har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69, samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at angive den anslåede mængde eller den anslåede værdi af de tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til rammeaftalen.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at Ørsted har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, ved at have ændret i grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at Ørsted har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, ved at have udbudt et uklart udbudsmateriale med uklar kravmetodik, der er i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet, som er uegnet til at danne ramme for afgivelse af tilbud og uegnet til at danne grundlag for en lovlige tilbudsevaluering og tildelingsbeslutning.

Påstand 5

Klagenævnet skal konstatere, at Ørsted har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36, stk. 1, herunder de grundlæggende principper om ligebehandling og proportionalitet, ved at have udbudt en rammeaftale, der indeholder mindstekrav, der efter deres beskaffenhed er uegnede til at danne ramme for afgivelse af tilbud.

Påstand 6

Klagenævnet skal konstatere, at Ørsted har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, herunder de grundlæggende principper om gennemsigtighed, ligebehandling og proportionalitet, ved at erklære Microsofts tilbud for ukonditionsmæssigt.

Påstand 7

Klagenævnet skal annullere Ørsteds beslutning af 12. august 2022 om at tildele rammeaftalen vedrørende anskaffelse af Public Cloud Services til Amazon Web Services EMEA SARL.

Ørsted har vedrørende påstand 1 - 7 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Sagens nærmere omstændigheder

Kvalifikationsordningen

Den 15. maj 2019 offentliggjorde Ørsted ved bekendtgørelse nr. 2019/S 093-225907 af 13. maj 2019 Ørsteds brug af Achilles' kvalifikationsordninger og stående prækvalifikation for tjenesteydelser. Det fremgår af bekendtgørelsens pkt. II.2.2, at den vedrører en række CPV-koder, herunder CPV-koden "72000000 IT services: consulting, software development, Internet and support". Det fremgår af bekendtgørelsens pkt. II.2.4, at den både dækker kontrakter og rammeaftaler vedrørende tjenesteydelser.

Ved bekendtgørelse nr. 2021/S 204-534597 af 15. oktober 2021, offentliggjort den 20. oktober 2021, offentliggjorde Achilles, blandt andet på vegne af Ørsted, kvalifikationsordningen vedrørende "Services". I bekendtgørelsen står der bl.a.:

"I.6) Main activity
Electricity

...

II.1.2) Main CPV code
50000000 Repair and maintenance services

II.1.3) Type of contract
Services

...

II.2.2) Additional CPV code(s)
50000000 Repair and maintenance services
51000000 Installation services (except software)
55000000 Hotel, restaurant and retail trade services
60000000 Transport services (excl. Waste transport)
63000000 Supporting and auxiliary transport services; travel agencies services
64000000 Postal and telecommunications services
65000000 Public utilities
66000000 Financial and insurance services
70000000 Real estate services
71000000 Architectural, construction, engineering and inspection services

72000000 IT services: consulting, software development, Internet and support

73000000 Research and development services and related consultancy services

75000000 Administration, defence and social security services

76000000 Services related to the oil and gas industry

77000000 Agricultural, forestry, horticultural, aquacultural and apicultural services

79000000 Business services: law, marketing, consulting, recruitment, printing and security

80000000 Education and training services

85000000 Health and social work services

90000000 Sewage, refuse, cleaning and environmental services

92000000 Recreational, cultural and sporting services

98000000 Other community, social and personal services

...

- II.2.4) Description of the procurement: ACHILLES UTILITIES NCE is a joint qualification system for suppliers and contractors to utilities in Nordics and Central Europe. It's operated by Achilles under Article 77 of Directive 2014/25/EU. The subscribing utilities will use ACHILLES UTILITIES NCE for tenderer selection for contracts and framework agreements subject to EU procurement rules, but reserve the right to publish individual notices for specific requirements where they deem it necessary, even though they relate to the product and service categories covered by ACHILLES UTILITIES NCE. ...”

Markedsdialog og korrespondance med Microsoft forud for prækvalifikationsprocessen

Ørsted gennemførte i perioden fra juli til september 2021 markedsdialog med flere virksomheder med henblik på at få bedre kendskab til, hvilke cloud-løsninger og vilkår markedet kunne tilbyde.

Microsoft, som var Ørsteds eksisterende leverandør, var én af de virksomheder, der deltog i markedsdialogen.

I e-mail af 17. september 2021 skrev Ørsted bl.a. følgende til Microsoft:

”I wanted to share an update with you following the Cloud Tender SteerCo meeting this week.

- We will be using the UNCE qualification process, so early next week I will be sending you contact details and information re. which service category you should be registered under.
- The SteerCo has accepted our proposal that we will be asking for/using your standard agreements/T&C’s etc. and evaluate those sections in the agreement that we consider being of high risk to Ørsted (this means expanding the evaluation model that we presented during our first market dialogue meeting), and in line with the feedback that you provided.

Have you identified further points/themes that we should discuss as part of the market dialogue?

On a separate note, I understand that you have been in contact with our external advisor (Zangenberg) to discuss the model that they have developed to measure Ørsted’s DC CO2 footprint.

The discussion regarding the model needs to stop now.

I fully understand your interest in how we calculate the emission, but it has taken a course now where you are trying to exercise influence on our cloud tender requirements, and that could ultimately result in you being disqualified from the tender. If you need further clarification, please call me.”

I e-mail af 28. september 2021 til Microsoft skrev Ørsted bl.a. følgende:

”In order for you to participate in the prequalification, the correct Microsoft legal entity needs to be registered/qualified on UNCE under the corresponding product code(s). The correct Microsoft legal entity should be the MSFT legal entity which (if awarded) signs the cloud contract.”

Microsoft besvarede e-mailen ved e-mail af 30. september 2021, hvori der bl.a. står følgende:

”When entering into a Direct Enterprise contract with Microsoft, it is done by signing the contract via the Program SignForm (attached) and as you can see there is to Microsoft Affiliates present on the form:

- Microsoft Licensing Affiliate = Microsoft Ireland Operations Limited (MIOL)
- Microsoft Sales Affiliate = Microsoft Danmark ApS

I few years back Microsoft took the ordering and invoicing part of the contract and moved it from MIOL to the local Microsoft Sales Affiliates in western Europe on the direct contracts to be more local present while the ownership and Licensing Affiliate is still MIOL across EMEA.

Do Ørsted have a preference on which legal entity we register with UNCE to be able to prequalify compliantly?”

På baggrund af Microsofts forespørgsel om, hvilken juridisk enhed der burde prækvalificeres, havde parterne efterfølgende en e-mail korrespondance herom.

I e-mail af 6. oktober 2021 skrev Ørsted bl.a. følgende til Microsoft:

”I’ve consulted our tender legal counsel – as I said yesterday – our “advice” is without any kind of warranty from Ørsted, but it must be a similar situation that you are in with respect to SKI 02.06, where MIOL is registered as the supplier and contracting entity (and assuming that Microsoft Denmark will be the invoicing entity) – in this case we would do an assignment of the invoicing obligation/right from MIOL to Microsoft Denmark, so you should – just as with SKI 02.06 – qualify MIOL as the legal entity.”

Microsoft besvarede e-mailen den 7. oktober 2021. I e-mailen står der bl.a.:

”I have consulted with our legal team and we have registered with Achilles with Microsoft Danmark ApS as the bidding entity. On SKI 02.06 it is our partners who make the bid on tenders with MIOL as licensing affiliate. We have made the payment and should receive the log-on info later this afternoon.”

Som svar herpå skrev Ørsted ved e-mail af 8. oktober 2021 følgende til Microsoft:

”Duly noted; please remember to use one or more declaration(s) of support if you rely on ie MIOL references or economical or financial numbers for the prequalification.”

Samme dag rettede Ørsted henvendelse til alle tilmeldte leverandører i både kategori 2.1.10 (Data Collection & Handling Services) og kategori 2.1.12 (Internet/Intranet Services) i kvalifikationsordningen Achilles for at gøre opmærksom på, at udbuddet var på vej. I e-mailen står der bl.a.:

”If you are interested in participating in the prequalification, you should seek qualification under product code 2.1.10 (Data Collection and Handling).

If your company is already registered under product code 2.1.10, please ensure that your company registration 1) is not about to expire; 2) that you have submitted an ESPD to Achilles; and 3) that the correct entity within your company group is registered under the product code.”

Prækvalifikation og forhandlingsprocessen

Den 26. november 2021 udsendte Ørsted en formel anmodning om deltagelse i prækvalifikation til samtlige de registrerede virksomheder i kvalifikationsordningen. I denne står der bl.a.:

”2.2 Qualification System

2.2.1 Using the product code 2.1.10 (Data Collection and Handling Services) in Achilles Utilities NCE Qualification System we have identified your company and hereby invite you to participate in the prequalification for the Tender Procedure.

...

2.3 The contract

...

2.3.4 The Contracting Entity has made the following estimates for its purchases under the framework agreement:

Estimated total amount 50M USD

...

2.3.5 Therefore, the Contracting Entity has decided to also include the following envisaged total maximum:

Envisaged total maximum amount 100M USD

...

4 Request for Prequalification

4.1 Acknowledgment Form

4.1.1 Please acknowledge receipt of this Prequalification Notice by returning the enclosed Acknowledgement Form and indicate if you intend to participate in this prequalification.

4.1.2 The Contracting Entity encourages Applicants to return the Acknowledgement Form before 21 December 2021 at 13:00 Copenhagen time.

...

4.3 Deadline and Submission

4.3.1 Requests to participate shall be submitted through Ørsted's Procurement Portal before 04 January 2022 at 13:00 Copenhagen time (the "Prequalification Deadline")."

Ved udløb af prækvalifikationsfristen havde Ørsted modtaget syv ansøgninger om prækvalifikation, hvoraf tre ansøgere blev prækvalificeret. Blandt de prækvalificerede var Microsoft og Amazon Web Services EMEA SARL.

Det fulde udbudsmateriale blev herefter delt med de tre prækvalificerede virksomheder.

Inden for tilbudsfristen for det indledende tilbud den 7. marts 2022 modtog Ørsted tilbud fra de tre prækvalificerede virksomheder. Ørsted gennemførte i perioden herefter fire forhandlingsrunder med de tre tilbudsgivere. Microsoft deltog i forhandlingsmøder den 22. marts, 26. april, 3. juni og 21. juni

2022. Efter hvert forhandlingsmøde blev der fastsat frist til at aflevere et nyt tilbud.

Den 16. juni 2022 skrev Ørsted således til Microsoft, at der var behov for et fjerde forhandlingsmøde. Om baggrunden for mødet hedder det i e-mailen:

”We will need to negotiate the two reservations that are remaining in Annex F.”

Forhandlingsmødet blev gennemført den 21. juni 2022. I Ørsteds interne referat fra mødet står der bl.a.:

”...

1. 1½ reservations on the request of one of the other Tenderers. We want to make sure that this small changes is not seen as a risk by Microsoft and needing to raise (a) new reservations. NO NEW RESERVATIONS!
2. The two reservations in Annex F cannot be accepted by Ørsted due to Tender legal reasons, and will likely lead to disqualification if you submit a BAFO with the same reservations.
3. Deadline for BAFO: 28th June 2022 at 23:59 CET
4. If you make changes to any other document than Annex D/Annex F, please submit details of what you have changed.

...

Additional notes from the meeting:

Lengthy dialogue regarding the two reservations and consequences in BAFO.”

Udbudsmaterialet

Udbudsmaterialet, der den 4. februar 2022 blev delt med de tre prækvalificerede virksomheder, omfatter ud over udbudsbetingelserne også rammeaftalen med tilhørende bilag.

Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud med underkriterierne ”evaluated price” (20 %), ”quality” (60 %) og ”contractual terms” (20 %).

I udbudsbetingelserne står følgende om evalueringen:

”5.1.1 Requirements and evaluation criteria

The following categories of requirements and evaluation criteria will be used for the evaluation:

Minimum Requirement (MR)

MRs are requirements that must be fulfilled by the Tenderer in BAFO.

Standard Requirement (SR)

SRs are requirements that must be fulfilled by the Tenderer in BAFO.

Prioritised Evaluation Criteria (PEC)

Prioritized wishes are highly important to Ørsted. Consequently, performance here will have a higher priority in the overall evaluation than a Basic Evaluation Criterion (BEC).

Basic Evaluation Criteria (BEC)

Performance in relation hereto has a lower priority than PEC, i.e. a less significant impact on the overall evaluation.

...

The evaluation of Contractual Terms will be based on the answers to the Basic Evaluation Criteria (BEC) and Prioritized Evaluation Criteria (PEC) submitted by the Tenderer in Annex D (Answering template for Contractual Terms).

Only the provisions within the Draft Contract Documents listed as Basic Evaluation Criteria (BEC) and Prioritized Evaluation Criteria (PEC) in Annex D (Answering template for Contractual Terms) are included in the evaluation of Contractual Terms. The provisions listed as Standard Requirements (SR) and Minimum Requirements (MR) in Annex D (Answering template for Contractual Terms) are not included in the evaluation of Contractual Terms.

6.1.1.2 If the Best and Final Offer (BAFO) includes proposed changes to:

(a) any other contract documents than listed above as a Draft Contract Document; or

(b) any requirements listed as Standard Requirements (SR) or Minimum Requirements (MR) in the Draft Contract Documents

such proposed changes will not be subject to evaluation under Contractual Terms but will be considered as reservations and will be handled as set out under Section 7.8 (Reservations).

6.1.2 The Contracting Entity reserves the right to introduce further Standard Requirements (SR) or Minimum Requirements (MR) to the Draft Contract Documents.

6.1.3 If the BAFO contains any proposed changes to Minimum Requirements (MR), the Contracting Entity is entitled and obliged to reject the BAFO.

...

7.8 Reservations

7.8.1 If the Tenderer has any reservations to the tender documents the Tenderer should list all reservations in Annex F (Form for submission of Reservations to the Tender). All reservations listed in this Annex should include a reference to the relevant parts of the Tender documents, so that the Contracting Entity will be able to identify which requirements and/or which parts of the Tender documents the reservation concerns. However, the Contracting Entity will consider all reservations regardless of whether they are identified as such by the Tenderer or not.

7.8.2 Reservations in the First Tender or any Revised Tender will be discussed during the negotiation meeting.

- 7.8.3 If the BAFO contains reservations to minimum requirements and/or fundamental parts of the Tender documents, the Contracting Entity is entitled and obliged to reject the BAFO.
- 7.8.4 If the reservation relates to a non-fundamental part of the Tender documents, the Contracting Entity may instead choose to convert the reservation to a monetary value and add this amount to the Evaluated Price, provided however, the reservation can be converted to monetary value with sufficient certainty. If not, the BAFO will be rejected.
- ...
- 8.5 Amendments to the Tender documents
- 8.5.1 To the extent permissible under applicable law, and pursuant to the principles of equal treatment, non-discrimination and transparency, the Contracting Entity may modify or amend the Tender documents.”

I den oprindelige version af rammeaftalen står der bl.a.:

- ”1. SCOPE AND STRUCTURE OF THE AGREEMENT
- 1.1 Scope and Structure
- 1.1.1 The purpose of this Agreement is to set out the terms and conditions applicable to the delivery of the Services by Supplier to Ørsted.
- 1.1.2 While Ørsted is the contracting entity under this Agreement, the Parties acknowledge that Ørsted will not be the sole end-user of the Services. Ørsted is the centralized group purchasing entity and as such will make the Services under this Agreement available to other entities as described in Clause 6 below for the purpose of conducting the group’s business activities.
- ...
- 1.2 No Exclusivity

This Agreement is non-exclusive and shall not prevent Ørsted from purchasing services similar to the Services from Third Parties.

...

4. CONTRACT DOCUMENTS AND INTERPRETATION

4.1 This Agreement supersedes all prior agreements and understandings between the Parties with respect to Supplier's provision of Services to Ørsted pursuant this Agreement.

4.2 This Agreement consists of the contract documents listed below, incl. their applicable sub-appendices, and in the event of any conflict between the contract documents, they shall apply in the following order of priority:

- a) This Framework Agreement;
- b) Appendix 5 (Data Processing Agreement)
- c) Appendix 1 (Service Descriptions);
- d) Appendix 2 (Price Catalogue);
- e) Appendix 3 (Support and Maintenance Agreement)
- f) Appendix 4 (Service Level Agreement);
- g) Appendix 6 (Terms For Professional Services);
- h) Appendix 7 (Supplier's answers to answering templates);
- i) Appendix 8 (Supplier's Terms and Conditions); and
- j) all other appendices.

4.3 Supplier has appended its standard terms and conditions for provision of the Services to Ørsted as Appendix 8 (Supplier's Terms and Conditions) to this Agreement. As part of the tender conditions, Supplier has accepted that Supplier's standard terms and conditions do not in any way amend or change any other term, Clause, right or obligation set out elsewhere in this Agreement.

4.4 For areas where this Agreement does not include specific regulation, the Supplier's standard terms and conditions may supplement the terms of this Agreement, as long as the terms of this Agreement are not effectively diluted. Where the Supplier's standard terms and conditions apply, they shall in all material

respects be interpreted in accordance with the principles of this Agreement.

5. TERM AND TERMINATION

5.1 Term

5.1.1 This Agreement becomes binding at the Effective Date and shall remain in force throughout the Initial Term, and any subsequent Extension Periods, unless terminated earlier in accordance with the provisions of this Agreement.

5.1.2 Ørsted may extend this Agreement beyond the Initial Term with additional periods of minimum twelve (12) months up to a total of thirty-six (36) months on the terms and conditions of this Agreement, including applicable pricing and discounts, in effect upon expiry of the Initial Term or current extension period, as applicable (each an "Extension Period"). Where Ørsted wants to exercise the right to call an Extension Period, Ørsted shall give prior notice to Supplier no later than six (6) months before the end of the Initial Term or ninety (90) Days before the end of the current Extension Period, as applicable.

5.1.3 Unless terminated earlier, upon expiry of the Term, this Agreement shall lapse.

5.2 Ørsted's termination for convenience

5.2.1 Ørsted may at any time terminate this Agreement for convenience with a written notice of minimum thirty (30) Days. Ørsted may terminate this Agreement partially by terminating part(s) of the Services that can be terminated without affecting the remaining part(s) of the Services.

5.2.2 Ørsted's adjustment of its consumption of Services (whether reduction or expansion) is addressed in Clause 19.4 below and shall not be construed as constituting a termination for convenience, neither wholly or partially.

- 5.3 Supplier's termination for convenience
 - 5.3.1 This Agreement cannot be terminated for convenience by Supplier.
- 5.4 Effects of termination for convenience
 - 5.4.1 Upon termination for convenience, Ørsted will pay for the delivery of the Services subject to termination until expiry of the termination notice period. Upon expiry of the termination notice period, both Parties' obligations shall expire in respect of the Services subject to termination, except for the rights and obligations pertaining to termination assistance, see Clause 5.7.1 below.
 - 5.4.2 If Ørsted terminates for convenience pursuant to Clause 5.2.1 above during the Initial Term, Supplier shall be entitled to a termination fee equal to the actual shortfall in Ørsted's committed minimum spend pursuant to Clause 20.1 below calculated as the gap between:
 - a) The total aggregate spend by Ørsted and its Affiliates on Public Cloud Services at the date of expiry of the termination notice period; and
 - b) The minimum spend of 17,700,000 USD.
 - 5.4.3 If Ørsted partially terminates for convenience pursuant to Clause 5.2.1 above during the Initial Term, the applicable termination fee shall be prorated based on Ørsted's spend on the partially terminated Public Cloud Services compared to Ørsted's overall spend on Public Cloud Services.
 - 5.4.4 As Ørsted is not subject to any minimum spend commitments during any applicable Extension Periods, Supplier is not entitled to any termination fees and Ørsted shall not incur any liabilities for terminating for convenience during any such Extension Periods.

- 5.5 Termination for cause
- 5.5.1 Either Party may terminate the Agreement for cause, whether wholly or partially, in accordance with general principles of Danish law, where a material default is not able of remedy after a notice period of no less than ninety (90) Days. For the avoidance of doubt, where Ørsted terminates for cause, Ørsted shall not be liable to meet the minimum spend commitment, cf. Clause 20.1 below.
- 5.6 Termination by decision from the Complaints Board for Public Procurement or national courts
- 5.6.1 Pursuant to the Danish Act on Complaints Board for Public Procurement, the complaints board (in Danish "Klagenævnet for Udbud") or the national courts may declare Ørsted's decision to purchase Services from Supplier with reference to this Agreement as null and void, ineffective or otherwise in breach of public or utilities procurement law. In such instances, Ørsted is entitled to terminate this Agreement, whether wholly or partially, with effect from the date set out in the instructions or order from the complaints board or national courts or with a notice of three (3) months.
- 5.6.2 Where an instruction or order from the complaints board or the national courts include any conditions or terms applicable to Ørsted's termination, Ørsted is entitled to enforce any such conditions or terms against the Supplier, and the Supplier shall consequently be obligated to comply with such conditions or terms.
- 5.6.3 Supplier explicitly agrees and accepts that no claims can be made against Ørsted – neither for direct nor indirect loss – due to any termination by Ørsted, whether wholly or partially, pursuant to this Clause 5.6, including any claims based on Ørsted not meeting the minimum spend commitment in Clause 20.1 below. For the avoidance of doubt, Ørsted is obliged to pay Supplier for the Services rendered up to the effective date of the termination, cf. also Clause 5.4 above.

...

7. CHANGES TO THE SERVICES

7.1 Supplier shall by providing a written notice of no less than three (3) months inform Ørsted of any material changes to the Services. If such changes have a material adverse consequence to Ørsted, or Ørsted's use of the Services, Ørsted shall be entitled to terminate this Agreement for convenience, in whole or in part, without Supplier being entitled to invoice Ørsted for any shortfall in meeting the minimum spend commitment in Clause 20 below.

7.2 Ørsted is entitled to purchase new and/or updated Services within the Service Categories offered by Supplier at the discount set out in Appendix 2 (Price Catalogue).

...

19. CHARGES

...

19.2 During the Term, the discounts cannot be reduced.

...

19.5 During the Term, Ørsted is on an ongoing basis entitled to adjust its consumption of Services to meet its business needs. The Charges will be adjusted accordingly. There shall be no upwards or downwards scalability limit for the use of any of the individual Services, deliverables or products set out in Appendix 1 (Service Descriptions), including scalability to a consumption of zero (0) if required for business purposes. Downwards scalability by reducing consumption for an individual service, deliverable or product shall not be construed as a partial termination for convenience of the Services and shall consequently not result in any termination fees applying to Ørsted.

...

20. MINIMUM SPEND COMMITMENT

20.1 During the Initial Term, Ørsted commits to purchase Public Cloud Services from Supplier for a total aggregate minimum

spend of 17,700,000 USD on the terms of this Agreement, incl. applicable discounts.

20.2 If Ørsted fails to meet the minimum spend commitment during the Initial Term, as calculated in the first month following the end of the Initial Term, Supplier may invoice to Ørsted any shortfall between:

- a) the minimum spend commitment of 17,700,000 USD; and
- b) the total aggregate amount spend by Ørsted on Supplier's provision of Public Cloud Services during the Initial Term.

20.3 Ørsted is not subject to any minimum spend commitments during any Extension Periods, if called by Ørsted."

I udbudsmaterialets Annex D, faneblad Guideline to Tenderer, står der:

"...

- 1) Please answer the requirements and evaluation criteria by filling in the yellow marked cells.
- 2) All requirements are marked with either "MR" (Minimum Requirement) or "SR" (Standard Requirement). All evaluation criteria are marked with either "BEC" (Basic Evaluation Criteria) or "PEC" (Prioritised Evaluation Criteria).
- 3) For the tabs "Framework Agreement" and "App. 6 (Professional Services)":
 - For all "MR" and "SR": Select "Yes" in column D if Tenderer accepts the contractual wording in the specific clause. If Tenderer cannot accept the contractual wording, select "No" in column D.
 - For all "BEC" and "PEC" please consider if Tenderer accepts the contractual wording in the specific clause. If Tenderer does not accept the contractual wording and has deviations hereto, please insert Tenderers markup to the clause in column E.

- 4) For the tab "Data Processing Agreement":
- The requirements/evaluation criteria are answered by Tenderer providing the information requested by the Contracting Entity in the field "Information requested from Tenderer". In this case, Tenderer is to provide the information in column "Tenderer's response".
 - If Tenderer's description by its nature is a separate document, please add it separately as an appendix and make a reference to the document (and relevant part of the document) in the field "Tenderer's response". Remember to submit the referenced document(s) as part of your tender submission.
- 5) All yellow marked cells in this Appendix not filled in by the Tenderer are evaluated by the Contracting Entity as not fulfilled.
- 6) Fields that are greyed out should not be filled in/answered by Tenderer.

Requirement and evaluation criteria categorisation:

Minimum Requirement (MR)

MRs are requirements that must be fulfilled by the Tenderer in BAFO.

Standard Requirement (SR)

SRs are requirements that must be fulfilled by the Tenderer in BAFO.

Prioritised Evaluation Criteria (PEC)

Prioritized wishes are highly important to Ørsted. Consequently, performance here will have a higher priority in the overall evaluation than a Basic Evaluation Criterion (BEC).

Basic Evaluation Criteria (BEC)

Performance in relation hereto has a lower priority than PEC, i.e. a less significant impact on the overall evaluation."

Det fremgår af Annex D, faneblad Framework Agreement, at bl.a. rammeaftalens pkt. 1.1.2 er kategoriseret som et mindstekrav.

I rammeaftalens Appendix 6, Terms for professional services, står der bl.a.:

”2.3 Use of Non-Danish Labor (Person not Registered in CPR)

...

- 2.3.2 When posting consultants in Denmark to perform the Professional Services, Supplier is obligated to comply with the Danish Posting Act and must ensure that all posted consultants engaged in performing the Professional Services in Denmark are offered terms regarding salary and rights no less favorable than set out in a collective agreement covering the relevant type of work or service and concluded by the most representative employers and labor organizations at the national level to apply on the Danish national territory.”

Det fremgår af Annex D, faneblad App. 6 (Professional Services), at bl.a. rammeaftalens Appendix 6, pkt. 2.3.2, er kategoriseret som et mindstekrav.

Ændringer af rammeaftalen under udbudsprocessen

I den endelige version af rammeaftalen, version 5.0 af 21. juni 2022, blev der i forhold til den oprindelige version tilføjet et nyt afsnit 3.2, ligesom der blev foretaget ændring af rammeaftalen pkt. 4, 5, 7 og 20.

I den endelige version af rammeaftalen står der bl.a.:

”3. DEFINITIONS

- 3.1 In the Ørsted Agreement Documents, the following capitalized words have the following meanings:

...

- b) ”Agreement” means this Framework Agreement for Delivery of Public Cloud Services, including all appendices hereto.

...

- k) ”End User(s)” means any individual or entity that directly or indirectly through Ørsted either: (i) accesses or uses Ørsted Data, or (ii) otherwise accesses or uses the Services or any

Supplier content under a Supplier account and include without limitation Affiliates, as well as employees, service providers and consultants of Ørsted or its Affiliates. End User(s) do not include individuals or entities when they are accessing or using the Services or any Supplier content under their own Supplier account rather than through an account owned by Ørsted.

...

m) "Framework Agreement" means the main body of this Agreement, excluding Appendices.

...

y) "Services" means the Public Cloud Services and Professional Services, excluding any Third Party content made available through the use of the Services.

...

3.2 In the Supplier Agreement Documents, capitalized words shall have the meaning prescribed to them therein, to the extent they do not conflict with capitalized words in the Ørsted Agreement Documents. Where they conflict with the capitalized terms in the Ørsted Agreement Documents, capitalized terms therein shall prevail, cf. clause 4 below.

4. HIRARCHY AND INTERPRETATION

4.1 This Agreement consists of the contract documents listed below, incl. their applicable sub-appendices, and in the event of any conflict between the contract documents, they shall apply in the following order of priority:

- a) This Framework Agreement;
- b) Appendix 7 (Supplier's answers to answering templates);
- c) Appendix 5 (Data Processing Agreement);
- d) Appendix 8 (Supplier's Terms and Conditions)
- e) Appendix 1 (Service Descriptions);
- f) Appendix 2 (Price Catalogue);
- g) Appendix 3 (Support Agreement)

- h) Appendix 4 (Service Level Agreement);
- i) Appendix 6 (Terms For Professional Services); and
- j) all other appendices.

4.2 Supplier has appended its standard terms and conditions for provision of the Services to Ørsted as Appendix 8 (Supplier's Terms and Conditions) to this Agreement. As part of the tender conditions, Supplier has accepted that Supplier's standard terms and conditions do not in any way amend or change any term, Clause, right or obligation set out in this Framework Agreement.

4.3 Where the Agreement is silent (i.e. the Agreement does not regulate a given matter), the Supplier's standard terms and conditions shall apply, as long as the terms of this Agreement are not effectively diluted.

5. TERM AND TERMINATION

5.1 Term

5.1.1 This Agreement becomes binding at the Effective Date and shall remain in force throughout the Initial Term, and any subsequent Extension Periods, unless terminated earlier in accordance with the provisions of this Agreement.

5.1.2 Ørsted may, but is under no obligation to, extend this Agreement beyond the Initial Term with additional periods of minimum twelve (12) months up to a total of thirty-six (36) months on the terms and conditions of this Agreement (each an "Extension Period"). Where Ørsted wants to exercise the right to call an Extension Period, Ørsted shall give prior notice to Supplier no later than six (6) months before the end of the Initial Term or ninety (90) Days before the end of the current Extension Period, as applicable.

5.1.3 Unless terminated earlier, upon expiry of the Term, this Agreement shall lapse.

5.2 Termination for cause

- 5.2.1 Either Party may terminate the Agreement for cause, whether wholly or partially, in accordance with general principles of Danish law, where a material default is not able of remedy after a notice period of no less than thirty (30) Days. For the avoidance of doubt, where Ørsted terminates for cause, Ørsted shall not be liable to meet the minimum spend commitment, cf. Clause 20.1 below, but will pay for Services actually delivered until expiry of the termination notice period.
- 5.3 Termination by decision from the Complaints Board for Public Procurement or national courts
- 5.3.1 This Clause 5.3 may only be exercised by Ørsted in response to a complaint filed during the six (6) months complaint period commencing on the date following Ørsted's notification of the tenderers' as set out in § 7(2)(3) of the Danish Act on Complaints Board for Public Procurement.
- 5.3.2 Pursuant to the Danish Act on Complaints Board for Public Procurement, the complaints board (in Danish "Klagenævnet for Udbud") or the national courts may declare Ørsted's decision to purchase Services from Supplier with reference to this Agreement as null and void, ineffective or otherwise in breach of public or utilities procurement law. In such instances, Ørsted is entitled to terminate this Agreement, whether wholly or partially, with effect from the date set out in the instructions or order from the complaints board or national courts or with a notice of three (3) months.
- 5.3.3 Where an instruction or order from the complaints board or the national courts include any conditions or terms applicable to Ørsted's termination, Ørsted is entitled to enforce any such conditions or terms against the Supplier, and the Supplier shall consequently be obligated to comply with such conditions or terms.
- 5.3.4 Supplier explicitly agrees and accepts that no claims can be made against Ørsted – neither for direct nor indirect loss – due to any termination by Ørsted, whether wholly or partially, pursuant to this Clause 5.3, including any claims based on Ørsted

not meeting the minimum spend commitment in Clause 20.1 below. For the avoidance of doubt, Ørsted is obliged to pay Supplier for the Services rendered up to the effective date of the termination.

...

6. ØRSTED'S RIGHT TO ACCESS AND USE THE SERVICES

6.1 Against Ørsted's payment of all applicable Charges, Supplier grants to Ørsted a time-limited, nonexclusive, worldwide right to access and use, and to provide End User(s) with access and use, of the Public Cloud Services, documentation or other material provided by Supplier in relation to the Public Cloud Services.

6.2 Except to the extent caused by Supplier's breach of this Agreement, as between the Parties, Ørsted is responsible for all activities that occur under its Supplier accounts.

6.3 Ørsted, as well as any End User, may access and use the Professional Services and any deliverables provided by Supplier pursuant hereto, in accordance with the terms set out in Appendix 6 (Terms for Professional Services) as supplemented by Appendix 8 (Supplier's terms and conditions).

7. CHANGES TO THE SERVICES

7.1 Supplier warrants that as per the Effective Date, Ørsted may purchase the Services set out in Appendix 1 (Service Descriptions) against the Charges set out in Appendix 2 (Price Catalogue) on the terms set out in this Agreement, incl. Appendix 8 (Supplier's Terms and Conditions) and the terms of service referenced herein. However, Ørsted acknowledges that following Effective Date, Supplier may make general changes to the Services, the Charges as well as the applicable terms of service (e.g. change or discontinue Services or parts hereof), however always respectful of the limitations posed by this Agreement.

7.2 Where Supplier discontinues or materially reduces the technical performance of the IaaS Compute, IaaS Storage, IaaS Network, PaaS Compute and/or PaaS Managed Database Services, cf. Appendix 1 (Service Descriptions) and Appendix 7 (Supplier's answers to Answering templates), Supplier shall provide Ørsted with a prior written notice of no less than twelve (12) months to inform Ørsted of such planned changes. Following such notification, and where the notified changes, in the reasonable opinion of Ørsted, materially impact Ørsted or Ørsted's use of the Services, Ørsted shall be entitled to terminate the affected Services or this Agreement, in whole or in part, effective on the effective date of the notified change without incurring any liability whatsoever (Ørsted will not be liable for any shortfall in meeting the minimum spend commitment in Clause 20 below in relation to the period following the termination effective date). For the avoidance of doubt, Ørsted shall continue to pay for Services actually delivered until expiry of the termination notice period.

7.3 The Supplier is not obligated to provide the twelve (12) months' prior notice under 7.2 if a material change is necessary to address an imminent emergency or threat to the security or integrity of the Supplier, respond to claims, litigation, or loss of license rights related to third-party intellectual property rights, in which case the Supplier will use commercially reasonable efforts to provide as much notice as is reasonably practical under the circumstances.

7.4 Subject to the minimum commitment, Ørsted is entitled to purchase new and/or updated Services within the Service Categories offered by Supplier at the applicable discounts set out in Appendix 2 (Price Catalogue).

...

20. MINIMUM SPEND COMMITMENT

20.1 During the Initial Term, Ørsted commits to purchase eligible Public Cloud Services from Supplier for a total aggregate minimum spend of 17,700,000 USD on the terms of this Agreement, incl. applicable discounts.

- 20.2 If Ørsted fails to meet the minimum spend commitment during the Initial Term, as calculated in the first month following the end of the Initial Term, Supplier may invoice to Ørsted any shortfall between:
- a) the minimum spend commitment of 17,700,000 USD; and
 - b) the total aggregate amount spend by Ørsted on Supplier's provision of Public Cloud Services during the Initial Term.
- 20.3 Ørsted may be subject to the following yearly minimum spend commitments throughout the Initial Term:
- a) Year 1: 0,6m USD
 - b) Year 2: 2,6m USD
 - c) Year 3: 5,8m USD
 - d) Year 4: 8,7m USD

Provided, however, that such yearly minimum commitments are always subject to the following: (i) any yearly shortfalls shall carry over to subsequent years as to ultimately settle the gap in Ørsted's minimum spend commitment at the end of the Initial Term and (ii) Ørsted does not commit to more than the total aggregate minimum spend set out in clause 20.1.

- 20.4 If Ørsted calls an Extension Period, cf. Clause 5.1.2 above, Ørsted may, as a pre-requisite to receiving at least as favourable discounts as apply to the Initial term, commit to additional minimum spend commitments for the applicable Extension Periods equal to or greater than the higher of either: (i) Ørsted's spend during the twelve (12) months immediately preceding the Extension Period or (ii) 5,800,000 USD..”

Spørgsmål og svar

I udbudsbetingelserne var der fastsat følgende vedrørende kommunikation og spørgsmål:

”8.4 Communication and Questions

- 8.4.1 All communication, i.e. all inquiries, questions concerning the Tender documents, submission of Tenders etc., must be conducted via Ørsted’s Procurement Portal.
- 8.4.2 If any part of the Tender documents is unclear; if any Contract terms or conditions seems unreasonable or uncommon; or if any other circumstances should give raise to uncertainties, the Contracting Entity encourages that any questions are submitted as early as possible.
- 8.4.3 Questions will be answered by the Contracting Entity on an ongoing basis; however, at the latest 6 days before any deadline for submission of a Tender.
- 8.4.4 All questions and answers will be available to all Tenderers in an anonymous version on Ørsted’s Procurement Portal.”

Under udbudsprocessen blev der via et Q&A-system stillet en række spørgsmål, som Ørsted besvarede. Spørgsmål/svar blev publiceret i perioden fra den 24. februar 2022 til den 20. maj 2022.

Af spørgsmål/svar fremgår, at Ørsted bl.a. besvarede følgende *spørgsmål nr. 2*, som blev publiceret den 24. februar 2022:

”Question:

Please can you define the difference between Standard Requirement (SR) and Minimum Requirement (MR)?

For example, Tender Conditions Section 7.8 indicates any contractual reservations to MR remaining in the BAFO may be grounds for rejection (implying that reservations for SR may be allowed); however, Annex D Guidelines indicate bot MR and SR “must be fulfilled by the Tenderer in BAFO”.

Answer:

Minimum Requirement (MR) are requirements that must be fulfilled by the Tenderer in BAFO.

Standard Requirement (SR) are requirements that must be fulfilled by the Tenderer in BAFO. Non-fundamental changes to SRs can be made during the tender process.”

Af spørgsmål/svar fremgår endvidere, at der den 5. april 2022 blev stillet *spørgsmål nr. 2.5* vedrørende rammeaftalens pkt. 7.1, som Ørsted besvarede den 7. april 2022:

”Question:

Framework Agreement (v2) clause 7.1, could Ørsted please clarify ”respectful of the limitations posed by the Agreement”?

Which limitations does this addition refer to, as it appears to cut across the preceding part of the sentence.

Answer:

The terms and conditions set out in the framework agreement and the DPA will in accordance with the hierarchal order limit the changes which Supplier can make.”

Microsoft stillede den 10. maj 2022 følgende *spørgsmål nr. 3.1* vedrørende forståelsen af kravtyperne:

”According to item 5.1 of the Tender Conditions, a minimum requirement (MR) is defined as a requirement that “must” be fulfilled by the Tenderer in the BAFO. Likewise, a standard requirement (SR) is defined as a requirement that “must” be fulfilled by the Tenderer in the BAFO.

Obviously, it makes less sense that MRs and SRs are effectively the same also taking into consideration that is a legal requirement that a tender process must be clear and transparent to comply with applicable tender legislation.

Accordingly, Ørsted has previously elaborated on the understanding of the ambiguous definitions of MRs and SRs, respectively, cf. Ørsteds’ answer to question number 2 (Q&A round 1 published 24 February 2022).

I.e., Ørsted now appears to be of the opinion that a SR is not a minimum requirement and that reservations can be made to a SR provided that such reservations are not reservations to a “fundamental part” (in Danish “grundlæggende element”) of the tender material.

The Tenderer kindly ask Ørsted to confirm that this understanding is correct – i.e. that Tenderers can make reservations to SRs in connection with submitting the BAFO?

Further, please confirm that reservations with respect to SRs in connection with submission of the BAFO with respect to SRs will not result in the bid being noncompliant/the Tenderer being disqualified unless such reservations to SRs will constitute a reservation(s) with respect to a fundamental part (in Danish “grundlæggende element”) of the tender material?”

Den 20. maj 2022 besvarede Ørsted spørgsmålet således:

”The definition of MR & SR are set out in the Tender Conditions section 5.1

As stated in the Tender Conditions section 6.1.1.2, if the Best and Final Offer (BAFO) includes proposed changes to:(a) any other contract documents than listed above as a Draft Contract Document; or(b) any requirements listed as Standard Requirements (SR) or Minimum Requirements (MR) in the Draft Contract Documents such proposed changes will not be subject to evaluation under Contractual Terms but will be considered as reservations and will be handled as set out under Section 7.8 (Reservations).

Section 7.8 (7.8.3 and onwards) in the Tender Conditions states that, if the BAFO contains reservations to minimum requirements and/or fundamental parts of the Tender documents, the Contracting Entity is entitled and obliged to reject the BAFO. If the reservation relates to a nonfundamental part of the Tender documents, the Contracting Entity may instead choose to convert the reservation to a monetary value and add this amount to the Evaluated Price, provided however, the reservation can be converted to monetary value with sufficient certainty. If not, the BAFO will be rejected.”

Den 18. maj 2022 stillede en tilbudsgiver følgende *spørgsmål nr. 3.12*:

”In current version 3.0 of the Framework Agreement the wording of the last sentence of Clause 7.1 has been amended to the following: “However, Ørsted acknowledges that following Effective Date, Supplier may make general changes to the Services, the Charges as well as the applicable terms of service in order to operationalize its service delivery model across supplier’s vast customer base, however always respectful of the limitations posed by this Agreement.”. This new wording may be read as if the right to make changes applies only if the purpose of changes made is to operationalize Tenderer’s service delivery model. However, a change to a Service is not necessarily made by Tenderer “to operationalize its service delivery model”. We kindly ask Ørsted to delete “in order to operationalize its service delivery model“, to confirm that Ørsted acknowledges that the Tenderer will be entitled to change the public cloud services etc. during the term of the Framework Agreement without the parties having to discuss whether a change is made to operationalize Tenderer’s service delivery model?”

I Ørsteds besvarelse af spørgsmålet den 20. maj 2022 står der:

”Ørsted’s view is that the cloud services may be amended as part of a general amendment of services applicable to all customers.”

Den 19. maj 2022 blev der stillet følgende *spørgsmål nr. 3.15* vedrørende anvendelsen af mindstekrav/standardkrav henholdsvis evalueringskrav:

”1) Section 6.1.1.2 of the Tender Conditions state that any proposed changes to SRs or MRs in the BAFO contract documents will not be subject to evaluation under Contractual Terms and are dealt with under Reservations. Could Ørsted please confirm how Annex F Reservations will be treated in the final Framework Agreement?

2) Section 6.1.3 of the Tender Conditions goes on to clarify that any deviation to MRs in a BAFO offer will entitle/oblige Ørsted to reject the BAFO. Can we please confirm that any reservations to SRs will therefore be considered as Reservations (under 6.1.1.2) and will not disqualify the tenderer?

3) Could Ørsted please confirm that Annex D will take precedence over the Framework Agreement mark-up that has been uploaded? There are some discrepancies, for e.g. Clause 5.4.1 has an extra sentence that is not included in the mark-up of the Framework Agreement.

4) Could Ørsted please provide some context in relation to the addition of Clause 5.7.1? This is currently drafted as a very broad termination right with significant consequences for the Supplier's revenue recognition, but unclear triggers. What is the concern that this intended to cover? Who would determine that the issue is not addressed by Clause 5.6, and is it intended to be triggered if the issue was partially addressed? Will it only apply where the issue/complaint has been through the process in 5.6 and still unresolved? Will it apply for the same period as 5.6 or is the intention for it to apply to any issue raised (by anyone) after the 6 month timeframe set by Clause 5.6?

5) As this is expected to be the last round of submissions, can we submit Annex F - Reservations in 'clean' format only (i.e. not showing mark-up from the previous version)?

6) Could Ørsted please confirm that the winning tenderer will have its Framework Agreement amended to reflect the deviations listed in Annex D in relation to BEC/PEC answers?"

Spørgsmålet blev besvaret af Ørsted den 20. maj 2022. I svaret står der:

"1) Please see answer to question no 3.1

2) Please see answer to question no 3.1

3) This is unintended. The correct wording for clause 5.4.1 should be "Upon termination for convenience, Ørsted will pay for the Services actually delivered during the termination notice period. Upon expiry of the termination notice period, both Parties' obligations shall expire in respect of the Services subject to termination."

Annex D will take precedence over the Framework Agreement mark-up.

4) The clause was introduced to cater for supplier concerns that they would not have a termination right where mandated by applicable law.

5) Ørsted would prefer a version with Mark-up, preferably in Microsoft Word or similar format. If tenderer is unable to provide in an editable format (ie. in PDF), then please a clean version and version with mark-up.

6) Winning tenderers response in Annex D for BEC and PEC will be amended to the Framework Agreement, confirmed.”

Microsoft har oplyst, at virksomheden herudover stillede to spørgsmål vedrørende vilkårene i udbudsmaterialet, som Ørsted ikke besvarede. Ørsted har oplyst, at dette var begrundet i, at spørgsmålene blev stillet for sent.

Den 9. juni 2022 stillede Microsoft således følgende spørgsmål:

”Question 1: Framework Agreement, General:

Please confirm that Ørsted can accept to amend the Framework Agreement to the effect that Appendix 8 and specifically supplier Product Terms govern any Service descriptions including information requested from tenderer and thus takes precedence in any conflict over Appendix 7?”

Question 2: Framework Agreement Clause 4:

When comparing Clause 4.2 and 4.3, Clause 4.2 refers to “Framework Agreement” whereas Clause 4.3 refers to “Agreement”. Tenderer assume that that the intention of Ørsted has been to word Clause 4.3 as follows: “Where the Framework Agreement is silent (i.e. the Framework Agreement does not regulate a given matter), Appendix 8 (Supplier’s Terms and Conditions), shall apply, as long as the terms of this Framework Agreement are not effectively diluted.” Can Ørsted please confirm?”

Microsoft gentog spørgsmålene den 21. juni 2022.

Tilbuddet fra Microsoft

Inden for tilbudsfristen den 28. juni 2022 modtog Ørsted endeligt tilbud fra bl.a. Microsoft og Amazon Web Services EMEA SARL.

I Microsofts tilbud, Annex F, Form for submission of Reservations to the Tender, foreslog virksomheden, at der som nyt pkt. 1.1.5 og pkt. 4.4 i rammeaftalen blev indsat følgende afsnit:

”1.1.5 For the avoidance of doubt, Supplier is the Microsoft sales affiliate that is authorized to distribute and sell the Services under this Framework Agreement and its appendices to Customer. Microsoft Ireland Operations Limited (sub-supplier to the Supplier) is the legal entity granting Customer the license to access and use Microsoft Public Cloud Services portion of the Services under the licensing terms and conditions set forth in Appendix 8, however subject to compliance with the terms of the Framework Agreement regardless of what is set out in Appendix 8. Customer acknowledges and agrees that Customer and Microsoft Ireland Operations Limited being a sub-supplier of Supplier will execute and sign the Signature Form regarding the Microsoft Licensing Contracts comprising the Microsoft Business and Services Agreement, the Enterprise Agreement, the Server and Cloud Enrollment, the Product Selection Form and any amendments to the Licensing Contracts as included in Appendix 8. Thus, Customer accepts that Customer is obliged to sign and be a contracting party to the said agreements with Microsoft Ireland Operations Limited granting Customer the rights to use the Public Cloud Services. The Supplier and Customer will execute and sign the Framework Agreement, the Microsoft Sales Contracts, and Statements of Services for (i) Professional Services and (ii) Support Services provided in Denmark.

4.4: Notwithstanding anything to the contrary set out in the Framework Agreement including without limitation Clause 4 of the Framework Agreement, Microsoft’s then-current Product Terms as defined and included in Appendix 8 shall take precedence over any other terms and conditions including without limitation the Framework Agreement itself, Appendix 4 and Appendix 7, respectively, when asserting what terms and conditions apply and governs the Services delivered and the terms and conditions applicable to delivery hereof provided by Tenderer pursuant to the Framework Agreement as Public Cloud Services will evolve over time as recognized by Ørsted according to Clause 7 of the Framework Agreement.”

Evaluering og tildeling

Ved underretningsbrev af 12. august 2022 til Microsoft meddelte Ørsted, at Microsofts tilbud var fundet ukonditionsmæssigt, og at virksomhedens tilbud derfor ikke blev taget i betragtning.

I brevet står der bl.a.:

”In the BAFO submitted by Microsoft Danmark ApS, Tenderer listed 2 reservations in Annex F (Reservations) as further described below both of which the Contracting Entity cannot convert to a monetary value with sufficient certainty. Therefore, The Contracting Entity is entitled and obliged to reject the BAFO from Microsoft Danmark ApS.

Microsoft Danmark ApS has included an amendment to the tendered Cloud Services Framework Agreement according to which the order of precedence in the contract hierarchy is changed so Microsoft’s Product Terms included in Appendix 8 will take precedence over any other terms and conditions, including Ørsted’s Cloud Services Framework Agreement. The provision on contract hierarchy in the Cloud Services Framework Agreement is a standard requirement which must be fulfilled in BAFO.

Based on the wording in the Tender Conditions, any proposed changes to standard requirements should be considered a reservation. It is the Contracting Entity’s assessment that this reservation cannot be accepted and evaluated as it would not be possible for the Contracting Entity to capitalize the reservation with the necessary degree of certainty. Therefore, the assessment is that the Contracting Entity is entitled and obliged to reject Microsoft’s tender.

In addition, Microsoft Denmark ApS has included an amendment to the Cloud Services Framework Agreement according to which Microsoft Ireland Operations Limited, being a sub-supplier (and supporting entity) of Microsoft Danmark ApS, the latter being the prequalified entity, will execute and sign the Signature Form regarding the Microsoft Licensing Contracts comprising the Microsoft Business and Services Agreement, the Enterprise Agreement, the Server and Cloud Enrolment, the Product

Selection Form and any amendments to the Licensing Contracts as included in Appendix 8. It is the Contracting Entity's assessment that it will be contrary to the Utilities Directive, should the Contracting Entity accept this amendment in the tender procedure, as the Contracting Entity cannot enter into the Contract with an entity different from the entity that was prequalified and submitted a tender.”

Ørsted oplyste samtidig, at kontrakten ville blive tildelt Amazon Web Services EMEA SARL.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Microsoft har gjort gældende, at Ørsted har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, idet Ørsted i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet har anvendt en kvalifikationsordning i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 77, stk. 5.

Det fremgår af ordlyden af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 77, stk. 5, at det er muligt at anvende en kvalifikationsordning til at indgå ”bygge- og anlægs-, vareindkøbs- eller tjenesteydelseskontrakter”.

Det fremgår ikke af præambelbetragtningerne eller af forarbejderne til forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvilke bevæggrunde der ligger bag ændringerne af ordlyden i bestemmelsens tidligere formulering i artikel 53, stk. 9. Ordlyden er fra artikel 53, stk. 9, til ordlyden i den nugældende artikel 77, stk. 5, konkret ændret til at angå ”specifikke bygge- og anlægs-, vareindkøbs- eller tjenesteydelseskontrakter”. Dette må ses som udtryk for et ønske om en opstramning af anvendelsesområdet for kvalifikationsordninger.

Det følger af legalitetsprincippet, at der skal være hjemmel til den praksis, som en ordregiver udøver. Princippet kan ikke anskues omvendt, hvorefter en praksis er lovlig, så længe den ikke er direkte angivet som ulovlig.

Det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv indeholdt heller ikke hjemmel til at indgå en rammeaftale på baggrund af en kvalifikationsordning, og der var i artikel 51, stk. 2, om ordregiverens fremgangsmåde ved udvælgelse af

deltagere på baggrund af en kvalifikationsordning henvist til, at udvælgelsen skete vedrørende ”specifikke kontrakter”.

Begrebet ”specifik kontrakt” skal således fortolkes som én konkret aftale om én konkret leverance. En rammeaftale udgør, i modsætning til en specifik kontrakt, derimod en juridisk ramme for en række konkrete leverancer, der skal leveres i rammeaftaleperioden, baseret på kundens efterfølgende løbende leveranceanmodninger i overensstemmelse med rammeaftalen.

Det har således efter ordlyden af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 77, stk. 5, ikke været hensigten at give en ordregiver mulighed for at indgå en rammeaftale på baggrund af en kvalifikationsordning. Hvis lovgiver var af den opfattelse, at ordregiveren kunne indgå en rammeaftale gennem en kvalifikationsordning, ville lovgiver have angivet en sådan mulighed direkte i forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 75, stk. 1, ændrer ikke på dette udgangspunkt, og artiklen vedrører heller ikke alene kvalifikationsordninger. Derimod omfatter bestemmelsen ”Underretning til deltagere i kvalifikationsordninger, ansøgere og tilbudsgivere”.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet sonderer mellem en ”kontrakt” og en ”rammeaftale”. Dette kommer bl.a. til udtryk i artikel 75, stk. 1. Der er således ikke hjemmel i forsyningsvirksomhedsdirektivet til at indgå en rammeaftale på baggrund af en kvalifikationsordning, da lovgiver alene og eksplicit har anført, at ordregiveren kan indgå en ”kontrakt” på baggrund af en kvalifikationsordning.

Inden for udbudsretten i teori såvel som praksis opereres med en skarp sondring mellem en ”kontrakt” henholdsvis en ”rammeaftale”. I andre EU-lande har spørgsmålet om muligheden for at indgå en rammeaftale under en kvalifikationsordning, herunder et dynamisk indkøbssystem, tilsvarende givet anledning til tvivl. Dette har senest i Sverige givet anledning til, at Sverige har indledt drøftelser med EU-kommissionen om, hvorvidt forsyningsvirksomhedsdirektivet rummer mulighed for at indgå en rammeaftale under en kvalifikationsordning. I Sverige er retspraksis således, at udgangspunktet er, at det ikke er muligt at indgå en rammeaftale under en kvalifikationsordning.

Indgåelse af en rammeaftale på baggrund af en kvalifikationsordning vil desuden være i strid med formålet med en kvalifikationsordning, som er at give ordregiveren mulighed for bl.a. at indkøbe opdaterede og innovative tjenesteydelser. Herudover er formålet at give ordregivere mulighed for at få flere tilbud fra et bredere udvalg af økonomiske aktører ved indkaldelse af tilbud til specifikke udbud, fordi en kvalifikationsordning er åben for nye leverandører i gyldighedsperioden.

Rammeaftaler bør alene indgås på baggrund af en procedure, som sikrer en maksimal konkurrence. Dette hensyn bliver ikke varetaget ved at anvende en procedure, hvor ordregiver ikke blot kan opfordre de prækvalificerede og optagede ansøgere om at afgive tilbud, men derimod også diskretionært kan udvælge ansøgere til tilbudsgiverfeltet, som anført i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 77, stk. 5. Det følger også af præambelbetragtning 71 i forsyningsvirksomhedsdirektivet, at ”Rammeaftaler kan være en effektiv indkøbsteknik i hele Europa. Konkurrencen bør dog styrkes ved at forbedre gennemsigtigheden af og adgangen til udbud, der gennemføres ved hjælp af rammeaftaler.”

Rammeaftaler er et velkendt instrument og en velkendt indkøbsform, og rammeaftaler er særskilt reguleret i udbudsreglerne, herunder i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 51. En rammeaftale er i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 51, stk. 1, defineret ved ”en aftale indgået mellem en eller flere ordregivende enheder og en eller flere økonomiske aktører med det formål at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der skal tildeles i løbet af en given periode, især med hensyn til pris og i givet fald påtænkte mængder”.

Grundlæggende for rammeaftalens definition er således, at rammeaftalen giver ordregiveren en ret til at anskaffe ydelser og tildele kontrakter under rammeaftalens vilkår og tildelingskriterier. Rammeaftaler indeholder dog en række risikoelementer, som skal ses i relation til udbudsrettens formål om effektiv og fair konkurrence samt udbudsrettens grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Det forhold, at udbudspligten opfyldes gennem udbuddet af rammeaftalen, indebærer, at konkurrencen – vedrørende i øvrigt typisk store mængder/værdier – begrænses under rammeaftalens løbetid til den eller de vindende tilbudsgivere. Rammeaftalen kan derfor skabe køber- og leverandørmonopoler

og udelukke andre leverandører fra konkurrencen, herunder små og mellemstore virksomheder, som ikke har leveringskapacitet til store rammeaftaler eller opfylder mindstekravene til deltagelsen under udbuddet.

Det følger herudover af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 51, stk. 1, at rammeaftaler kan have en varighed på 8 år. Ved indgåelse af en rammeaftale "lukker" ordregiveren konkurrencen om rammeaftalens genstand i en meget lang periode. Potentielle leverandører kan ikke deltage i en udbudsprocedure, før de er godkendt under det efterfølgende udbud, som kan være op til 8 år senere eller endda længere i visse tilfælde.

En kvalifikationsordning gør det muligt for ordregiveren at råde over et særligt bredt udvalg af tilbud og således sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler på grundlag af omfattende konkurrence. Kvalifikationsordninger kan særligt være med til at øge små og mellemstore virksomheders muligheder for at deltage i konkurrencen om de offentlige kontrakter, idet kvalifikationsordningerne kan inddeles i forskellige kategorier af produkter, bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser.

Indkaldelse af tilbud samt indgåelse af en rammeaftale på baggrund af en kvalifikationsordning udgør på den baggrund en overtrædelse af udbudsreglerne, herunder forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Ørsted har gjort gældende, at Ørsted ikke har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, eller forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 77, stk. 5, ved at anvende en kvalifikationsordning til at gennemføre et udbud med forhandling ved tildeling af rammeaftalen.

Der er hverken regler eller hensyn, der taler imod, at en rammeaftale kan udbydes i et udbud med forhandling med afsæt i en kvalifikationsordning. En kvalifikationsordning er en udbudsprocedure, der fungerer som en art stående prækvalifikation, hvor leverandører løbende søger om optagelse. Kvalifikationsordninger kan kun anvendes efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, og det er således et eksempel på en fremgangsmåde, hvor der er en yderligere fleksibilitet for forsyningsvirksomheder i forhold til andre ordregivere, der er forpligtet efter f.eks. udbudsloven.

Når ordregiveren ønsker at anvende en kvalifikationsordning, skal selve ordningen offentliggøres ved en bekendtgørelse, hvoraf det fremgår, hvilket formål kvalifikationsordningen tjener, og hvor reglerne for dens anvendelse kan rekvireres, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 68, stk. 1. Der er ikke krav om, at der skal udarbejdes en udbudsbekendtgørelse efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69.

Ørsted gennemførte et sædvanligt udbud med forhandling, hvor der først blev foretaget en prækvalifikation, som blev varslet i flere kategorier under ordningen for at skaffe det bredest mulige konkurrencefelt under ordningen, og hvor Ørsted blandt syv ansøgere udvalgte tre til tilbudsafgivelses- og forhandlingsprocessen. Herefter blev der gennemført en række forhandlingsrunder forud for en endelig evaluering og tildeling. Ørsted har ikke ”diskretionært” udvalgt aktører til konkurrencen.

Parterne er enige om, at en kvalifikationsordning netop sikrer, at en ordregiver derved kan råde over et særligt bredt konkurrencefelt i efterfølgende udbud dog således, at der ikke ved optagelse på en kvalifikationsordning afgives nogen form for tilbud, men alene afgives oplysninger og dokumentation til at opnå (stående) prækvalifikation.

Det forhold, at aftaletypen var en rammeaftale og ikke en kontrakt, ændrer ikke herpå, og det er ikke i strid med hensynet om en effektiv konkurrence, at rammeaftalen blev udbudt under kvalifikationsordningen – tværtimod har Ørsted sikret en større opmærksomhed og øget grundlag for konkurrencen ved at målrette udbuddet til aktører i det allerede relevante segment. De ”begrænsninger”, som Microsoft påstår skulle være gældende for et udbud af en rammeaftale, er således – hvis det måtte udgøre begrænsninger – gældende for alle typer af udbud med rammeaftaler. De særlige regler/karakteristika, der gælder for rammeaftaler under forsyningsvirksomhedsdirektivets, er også iagttaget af Ørsted i forbindelse med udbuddet af rammeaftalen, herunder f.eks. rammeaftalens varighed og oplysninger om den estimerede henholdsvis maksimale værdi, jf. også påstand 2.

Det følger af forsyningsvirksomhedsdirektivets bilag X, hvilke krav en bekendtgørelse af en kvalifikationsordning skal opfylde, og kravene er lempeligere end ved en udbudsbekendtgørelse. En udbudsbekendtgørelse skal således opfylde de krav, der følger af bilag XI i forsyningsvirksomhedsdirekti-

vet. Den bekendtgørelse, der offentliggøres i forbindelse med en kvalifikationsordning er ikke en udbudsbekendtgørelse og skal heller ikke opfylde samme krav som en sådan. Dette er begrundet i, at en kvalifikationsordning alene er en ”stående prækvalifikation”.

Ved anvendelsen af en kvalifikationsordning, som er offentliggjort i TED, sikres en fuldt ud lige så effektiv konkurrence som ved en fremgangsmåde med individuel annoncering i TED, men således at konkurrencefeltet udgøres af alle de aktører, der er optaget i kvalifikationsordningen – og hvor alle aktører, som opfylder de opstillede egnethedskrav, kan blive optaget, således at der ikke i en kvalifikationsordning ligger særlige/ekstra krav i forhold til et udbud med individuel annoncering i TED.

Kvalifikationsordningen kan danne grundlag for udbudsprocedurerne begrænset udbud og udbud med forhandling, hvor prækvalifikationen kan anses for gennemført allerede ved kvalifikationsordningen, eller ordregiveren kan gennemføre en yderligere udvælgelse på f.eks. objektive fastsatte egnethedskrav eller en sædvanlig udvælgelse på f.eks. referencer. Ens for den efterfølgende proces er imidlertid, at ordregiveren kun vælger blandt de leverandører, som allerede er blevet optaget i kvalifikationsordningen på tidspunktet for udbuddets igangsættelse, og det er blandt disse udvalgte, at aktører bliver opfordret til at give tilbud, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 77, stk. 5.

I det gennemførte udbud af Public Cloud Services anvendte Ørsted kvalifikationsordningen Achilles. Achilles har eksisteret siden 1990 og er en kvalifikationsordning med mere end 550 ordregivere og mere end 100.000 registrerede leverandører.

Når en leverandør kvalificeres i Achilles, registrerer leverandøren sig i de indkøbskategorier, som er relevante for leverandøren. Når en ordregiver anvender Achilles til et indkøb, identificerer ordregiveren den relevante indkøbskode og inviterer aktører fra den relevante kode til at deltage i udbuddet.

I udbuddet af Public Cloud Services anvendte Ørsted indkøbskategori 2.1.10 ”Data Collection & Handling Services”. Denne indkøbskategori havde mere end 100 registrerede leverandører, heriblandt de tre aktører, som Ørsted endte med at prækvalificere til udbuddet af Public Cloud Services. Alle leverandører modtog Ørsteds prækvalifikationsmeddelelse.

En kvalifikationsordning har til formål at skaffe en liste over som udgangspunkt egnede ansøgere, men der er ofte behov for en yderligere afgrænsning af leverandørfeltet i forbindelse med det egentlige udbud, som først sker, når ordregivere tilmeldt kvalifikationsordningen har et indkøbsbehov, og dermed via kvalifikationsordningen igangsætter et egentlig udbud med et relevant udbudsmateriale blandt de aktører/virksomheder, der har ladet sig registrere i kvalifikationsordningen, jf. også klagenævnets kendelse af 24. februar 2014, Cafax Gruppen A/S mod DONG Energy Oil & Gas A/S. Det forhold, at den aftale, der bliver afgivet tilbud på, er en rammeaftale, er ikke i strid med formålet, og dette kan heller ikke læses ind i ordlyden af artikel 77, stk. 5.

En kvalifikationsordning udgør som anført ”en stående prækvalifikation”. Der ligger ikke andre særlige hensyn – herunder hverken i forhold til små og mellemstore virksomheder eller anvendelse af specifikke aftaletyper – i en kvalifikationsordning. En kvalifikationsordning har i sig selv heller intet at gøre med, at ”ordregiver skal kunne få de mest opdaterede eller nye produkter”, hvilket allerede kan udledes af, at kvalifikationsordninger ydelsesmæssigt kan spænde helt fra indkøb af rene standardvarer til indkøb af et komplekst anlægsprojekt.

En rammeaftale er en aftale indgået mellem en eller flere ordregivere og en eller flere økonomiske aktører og fastsætter vilkårene for kontrakter eller volumener, der tildeles i løbet af en nærmere fastsat periode, navnlig med hensyn til pris og påtænkt mængde. Ordregiveren kan anvende en rammeaftale, hvis ordregiveren over en periode har brug for en række ensartede ydelser eller produkter, men endnu ikke kender det konkrete indkøbsbehov. Rammeaftaler er dermed en aftaleform og ikke en udbudsprocedure. Når en rammeaftale skal udbydes, kan en ordregiver frit anvende den udbudsprocedure, som ordregiveren finder relevant. Dette gælder både aftaler efter udbudsdirektivet og efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det fremgår således af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 51, stk. 1, 1. led, at ”ordregivende enheder kan indgå rammeaftaler, såfremt de anvender de procedurer, der fastsættes ved dette direktiv.”

Direktivet fastslår dermed, at det er muligt at indgå rammeaftaler på baggrund af de udbudsprocedurer, der er fastsat i forsyningsvirksomhedsdirektivet, ligesom direktivet fastslår, at kvalifikationsordninger er en udbudsform

– men dog kun forstået som en stående prækvalifikation, hvor der skal gennemføres en supplerende udbudsproces efterfølgende.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 51 indeholder ingen undtagelser for bestemte former for udbudsprocedurer. Udbudsformen kvalifikationsordninger fastsættes i forsyningsvirksomhedsdirektivet, og det må derfor kunne lægges til grund, at disse er omfattet af artikel 51. Hertil kommer, at det i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 75, herunder i stk. 1, er forudsat, at det er muligt at indgå rammeaftaler på baggrund af en kvalifikationsordning.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 77, stk. 5, er en videreførelse af artikel 53, stk. 9, i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv. Den tidligere formulering af bestemmelsen var mere kortfattet end den nuværende og omfattede alle aftaleformer, der kunne indgås efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Der er ikke grundlag for at antage, at den ændrede ordlyd i den nu gældende artikel 77, stk. 5, medfører en indholdsmæssig ændring, og ændringen er hverken omtalt i præamblerne eller i de bagvedliggende forarbejder/forhandlinger til det gældende forsyningsvirksomhedsdirektiv. Tildeling af rammeaftaler er ikke i strid med formålet med kvalifikationsordninger. Det er almindeligt og fast brugt i praksis – og har været det siden den første adgang til at anvende kvalifikationsordninger – at også rammeaftaler bliver udbudt på baggrund af kvalifikationsordninger.

Der er i en række af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikler alene brugt betegnelsen ”kontrakter”, jf. f.eks. artikel 1, stk. 1 og 2, artikel 82 og 90. Artikel 89 omhandler ”ændring af kontrakter i deres løbetid”, selvom artikel 89, stk. 1, omtaler både ”kontrakter og rammeaftaler”. De specifikke undtagelsesregler, der gælder efter direktivets afsnit I, under afdeling 2 og 3, omtaler også kun ”kontrakter”, men ikke rammeaftaler.

Såfremt man skulle følge Microsofts argumentation, ville det betyde, at forsyningsvirksomhedsdirektivet slet ikke omfattede rammeaftaler – enten ved, at i) de så ikke var underlagt udbudspligt, ii) ved slet ikke at udgøre en relevant aftaleform, eller iii) ved at det kun var meget få af de ellers helt grundlæggende artikler, der fandt anvendelse for et udbud af rammeaftaler. Det ville f.eks. betyde, at direktivets artikler om tildelingskriterier eller kontraktens/rammeaftalens gennemførelse slet ikke fandt anvendelse. Sådant en udlægning er utænkelig. Derimod understøtter det, at det hverken er den ordlydmæssige formulering eller lovgivers intention, at alene bestemmelser,

hvor der eksplicit måtte være anført ”kontrakter og/eller rammeaftaler”, skal kunne danne grundlag for, at et udbuds aftalemæssige genstand også kan være en rammeaftale.

Der er på den baggrund ikke et retligt grundlag til støtte for, at det ikke skulle være tilladt at indgå en rammeaftale på baggrund af et udbud gennemført med afsæt i en kvalifikationsordning.

Ørsteds tildeling af rammeaftalen efter anvendelse af en kvalifikationsordning er derfor sket i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets regler.

Microsofts angivelser af og henvisninger til svenske forhold, herunder retspraksis, har ikke relevans for sagen, da der ikke foreligger sammenlignelige situationer, og i øvrigt er svensk praksis udokumenteret. En kvalifikationsordning kan ikke sidestilles med et dynamisk indkøbssystem. Der er derfor ikke grundlag for, at klagenævnet skal udsætte sagen på at afvente udfaldet af en svensk dialog med EU-Kommissionen.

Ad påstand 1a

Microsoft har gjort gældende, at Ørsted har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved ikke at angive én CPV-kode, der var egnet til at identificere den udbudte anskaffelse, og at Ørsted dermed har tilsidesat det grundlæggende konkurrencehensyn, som udbudsretten er baseret på.

Ørsted ønskede med udbuddet at indgå aftale om cloudtjenester, men Ørsted havde også ønsker om, at nogle bestemte markedsaktører blev udvalgt til deltagelse i tilbudsprocessen, jf. opfordringen til at tilmelde sig kvalifikationsordningen.

Ved en sædvanlig udbudsprocedure, f.eks. ved udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 47, ville en ordregiver skulle gennemføre en udbudsproces i to trin, henholdsvis en sædvanlig udvælgelsesproces (prækvalifikation) af tilbudsgivere og dernæst en tilbuds- og forhandlingsfase for de udvalgte (prækvalificerede) tilbudsgivere. Ved en sådan sædvanlig prækvalifikation har alle markedsaktører lige mulighed for at anmode om at blive udvalgt, og dette sikrer overholdelsen af de grundlæggende EU-

retlige udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed samt hensynet om, at en effektiv konkurrence understøttes med henblik på, at ordregiver opnår den bedst mulige løsning baseret på de kriterier, som udbuddet er baseret på.

I denne sag havde Ørsted tilmeldt sig en tjeneste hos den private norske virksomhed Achilles, som har etableret sig på basis af en forretningsmodel, der mod betaling giver ordregivere mere kontrol over deres udbudsprocesser ved anvendelse af en af Achilles designet form for udbudsproces, som involverer tilbudsgiverne i højere grad.

Achilles angiver således følgende på sin hjemmeside:

”When we started out in 1990 operating in the gas and oil industry, we saw that control was something buyers needed more of. So we designed our community model, our supporting services and the technology that powers them to address this need. We wanted to drive a new kind of procurement with less risk, less cost and less compliance issues. At the same time, wanted to bring suppliers into the fold – to help them meet buyers’ needs while reducing their own qualification burdens.”

For at realisere dette formål offentliggør Achilles årligt en udbudsbekendtgørelse om etablering af en kvalifikationsordning.

I bekendtgørelse nr. 2021/S 110-290369, pkt. II.1.2, der efter Microsofts opfattelse ligger til grund for kvalifikationsordningen, er den udbudte CPV-kode anført som ”31000000 Electrical machinery, apparatus, equipment and consumables; lighting”. Denne CPV-kode til identifikation af kvalifikationsordningens hovedgenstand har således intet med rammeaftalens genstand om cloudtjenester at gøre. Derudover er der i udbudsbekendtgørelsens pkt. II.2.2 angivet en lang række supplerende CPV-koder, der spænder fra meget forskelligartede kategorier som ”30000000 Agricultural, farming, fishing, forestry and related products”, ”24000000 Chemical products”, ”37000000 Musical instruments, sport goods, games, toys, handicraft, art materials and accessories” mv. Ud over at disse supplerende CPV-koder ikke er under-CPV-koder til hovedkategorien, ”31000000 Electrical machinery, apparatus, equipment and consumables; lighting”, er der tillige i bekendtgørelsen henvist til et yderligere produktkatalog, der på overskriftsniveau beskriver en meget lang række af produkt- og ydelsestyper.

Ørsted har således ikke anført en CPV-kode kategori, som omfatter den udbudte rammeaftale.

Det norske udbudsklagenævn (KOFA) har i en afgørelse af 12. oktober 2020 taget stilling til, hvilke konsekvenser det har, at ordregiver ikke angiver de relevante CPV-koder.

I sagen havde kommunen i udbudsbekendtgørelsen anført flere CPV-koder, eksempelvis ”motorkøretøjsforsikring”, ”forvaltning af vognpark” og ”finansielle leasingtjenester”, mens hoved-CPV-koden var ”ansvarsforsikring for motorkøretøjer”. Kommunen havde således angivet en række CPV-koder for tjenesteydelser, men derimod ikke for vareindkøb. KOFA udtalte i sagen, at kommunen også skulle have angivet CPV-koder på vareindkøb, da der var tale om leasing af køretøjer, og leasingkontrakter defineres som vareindkøbskontrakter. Ifølge KOFA var det derfor ikke tilstrækkeligt tilkendegivet over for potentielle tilbudsgivere, at anskaffelsen omfattede leasing af køretøj. KOFA fandt, at en sådan manglende angivelse af CPV-koder for det, som udgjorde den væsentlige del af anskaffelsen, måtte ligestilles med, at kommunen slet ikke havde bekendtgjort hovedanskaffelsen. Rammeaftalen samt konkrete træk på rammeaftalen var derfor ulovlige direkte anskaffelser.

Ørsteds anvendelse af CPV-koder adskiller sig fra klagenævnets kendelser af 9. december 2013, Holm & Halby A/S mod Københavns Universitet, og af 24. februar 2014, Cafax Gruppen A/S mod DONG Energy Oil og Gas A/S, idet ordregiver i begge sager havde angivet én CPV kode, der var egnet til at identificere den udbudte anskaffelse.

Det har været Achilles’ hensigt at lade kvalifikationsordningen rumme alle tænkelige ydelseskategorier fra A til Z, i et forsøg på at kunne nøjes med at lave én samlet kvalifikationsordning og dermed tilsidesætte ethvert behov for yderligere konkurrenceudsættelser for de ordregivere, der har tilsluttet sig Achilles-ordningen.

Private aktører kan, uden at det er specificeret yderligere end på et overskriftsniveau, lade sig registrere på kvalifikationsordningen mod betaling af et årligt gebyr på op til knap 1.000 euro. Ørsted anvendte kvalifikationsordningen ved at kontakte de markedsaktører, som Ørsted ønskede skulle deltage i udbudsprocessen om cloudtjenester. Microsoft fik ved e-mail af 28. septem-

ber 2021 opfordring til at lade sig registrere ved Ørsteds kvalifikationsordning, så Microsoft kunne blive udvalgt til at deltage i den kommende forhandlingsproces. Udvalget af tilbudsgivere og igangsætning af forhandlingsprocessen blev således gennemført alene ud fra den helt overordnede udbudsbekendtgørelse, som Achilles havde offentliggjort uden en behørig beskrivelse af den konkrete udbudte kontraktgenstand.

Achilles-ordningen har ikke tilstrækkeligt varetaget hensynet om effektiv konkurrence, idet der ikke har været offentliggjort en fyldestgørende udbudsbekendtgørelse med en mere konkret og lovmedholdelig angivelse af genstanden for kvalifikationsordningen. Det kan ikke anses som en tilstrækkelig udvælgelsesfase, at prækvalifikationen var begrænset til de private aktører, der nåede at blive registreret hos Achilles, inden Ørsted igangsatte processen. Hvis denne fremgangsmåde til at gennemføre en udbudsproces vil blive anset som lovlig, vil det få den konsekvens, at ordregivere, der er underlagt forsyningsvirksomhedsdirektivet, fremover vil finde det langt mere attraktivt at gøre som Ørsted, nemlig blot at tilslutte sig den brede og alene på overskriftsniveau definerede kvalifikationsordning hos Achilles. Herefter vil ordregivere – uden for de udbudsretlige procedureregler – kunne kontakte ønskede markedsaktører og opfordre dem til registrering hos Achilles mod betaling af gebyret og derefter gennemføre en forhandlingsproces ud fra dette. Denne fremgangsmåde kan anvendes, uanset om en ordregivers konkrete behov er f.eks. landbrugsudstyr, kemiske produkter, musikinstrumenter, en helt anden kontraktgenstandstype eller cloudtjenester. Dette vil resultere i, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 47 ikke længere vil have relevans, og at ordregivere ikke længere behøver at gennemføre en egentlig prækvalifikationsfase til sikring af hensynet om effektiv konkurrence og overholdelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk.1.

Ørsted har gjort gældende, at påstanden i flere henseender er ubegrundet og i øvrigt baseret på en forkert og dermed irrelevant bekendtgørelse.

Det fremgår klart af den bekendtgørelse, der er offentliggjort den 20. oktober 2021, og som udgør grundlaget for den kvalifikationsordning, Ørsted har anvendt, at den vedrører "Services", det vil sige tjenesteydelser. Det fremgår også klart, at bekendtgørelsen omfatter en række CPV-koder for tjenesteydelser, herunder "72000000 IT services: consulting, software development, Internet and support". Netop denne CPV-kode er den relevante og egnede i

forhold til en aftale og et udbud vedrørende Public Cloud Services. Det er den samme CPV-kode, som f.eks. SKI benytter i sine udbud 02.19 og 02.22, som også vedrører cloud-baserede ydelser.

Størstedelen af Microsofts' anbringender ad påstand 1a er i øvrigt uden relevans for den nedlagte påstand og for sagens påstande i øvrigt.

De forhold, som Microsoft har anført vedrørende Achilles' udformning af sin bekendtgørelse, vedrører Achilles, der dermed er den rette indklagede ordregiver, herunder ved indgivelse af klage til KOFA i Norge.

Ad påstand 2

Microsoft har gjort gældende, at Ørsted har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69 samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved ikke i udbudsbekendtgørelsen at angive den anslåede mængde eller den anslåede værdi af de tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til rammeaftalen.

Ifølge praksis fra EU-Domstolen skal ordregiveren angive en anslået og/eller maksimal mængde og/eller værdi af den udbudte rammeaftale i udbudsbekendtgørelsen, samt om overskridelse af den maksimale værdi betyder, at rammeaftalen har udtømt sin virkning. Det følger af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, at en ordregivende myndighed ikke kan undlade at angive den maksimale værdi/mængde af de ydelser, der skal leveres i henhold til en rammeaftale i udbudsbekendtgørelsen.

Der henvises endvidere til klagenævnets kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark. Selvom kendelsen angik et udbud i henhold til udbudsloven, følger det af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning af 13. november 2020 (Vurdering af EU-Domstolens dom af 19. december 2018 i sagen C-216/17, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice Soc. coop. arl mod Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST), m.fl.), at det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at dommen også er relevant for rammeaftaler under forsyningsvirksomhedsdirektivet, da dette direktivs bestemmelser om rammeaftaler indholdsmæssigt svarer til udbudsdirektivets.

Det følger af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69, jf. bilag XI, at udbudsbekendtgørelsen skal indeholde en beskrivelse af bl.a. ”arbejdets art og omfang, arten og mængden eller værdien af værdi af de varer, der skal leveres, tjenesteydelseernes art og omfang.”

Ørsted har iværksat udbudsprocessen af rammeaftalen på baggrund af en kvalifikationsordning, og Ørsted har derfor ikke offentliggjort en særskilt udbudsbekendtgørelse vedrørende rammeaftalen. Den efterfølgende fremsendte Prequalification Notice, punkt 2.3.5, med angivelse af en estimeret værdi af rammeaftalen, er ikke tilstrækkelig, da de oplysninger, der kræves i bilag XI, skal fremgå af selve udbudsbekendtgørelsen. Formålet med den forudgående offentlighed og gennemsigtighed om en rammeaftales maksimale værdi eller mængde af ydelser er, at tilbudsgiverne skal kunne vurdere deres interesse i og evne til at levere på en udbudt rammeaftale. Dette må forudsætte, at sådanne oplysninger gøres tilgængelige for alle potentielle interesserede leverandører og ikke blot indskrænkes til den kreds af private aktører, der har betalt gebyret til Achilles og ladet sig tilmelde deres ordning.

Forud for forhandlingerne om rammeaftalen udvalgte Ørsted de ansøgere, som Ørsted ønskede et tilbud fra. Da Ørsted henvendte sig til Microsoft den 28. september 2021, var Microsoft ikke optaget på kvalifikationsordningen. Microsoft blev optaget og fik efterfølgende mulighed for at afgive tilbud. Denne mulighed har øvrige potentielle tilbudsgivere ikke haft, hvis de ikke var en del af den kreds, som Ørsted ønskede et tilbud fra. Offentliggørelsen af en udbudsbekendtgørelse i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets bilag XI ville derimod have sikret en iagttagelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1. Et sådan hensyn er ikke varetaget ved at udvælge en kreds af ansøgere og anføre en række oplysninger eksklusivt til denne kreds i Prequalification Notice.

Som anført fremgår det af præambelbetragtning 71 i forsyningsvirksomhedsdirektivet, at ”Rammeaftaler kan være en effektiv indkøbsteknik i hele Europa. Konkurrencen bør dog styrkes ved at forbedre gennemsigtigheden af og adgangen til udbud, der gennemføres ved hjælp af rammeaftaler”. Det er vanskeligt at se denne styrkelse af gennemsigtigheden, når der ikke offentliggøres en udbudsbekendtgørelse i overensstemmelse med bilag XI til forsyningsvirksomhedsdirektivet, samt EU-Domstolens domme af 19. december 2018 i C-216/17, Autoritá, og af 17. juni 2021 i C-23/20, Simonsen &

Weel A/S, samt klagenævnets kendelse af 9. november 2021, Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark.

Hensynet til en effektiv konkurrence ved brug af rammeaftaler er heller ikke iagttaget gennem en procedure, hvor konkurrencen ikke iværksættes ved en udbudsbekendtgørelse. En sådan retstilstand vil desuden indebære, at en ordregiver kan omgå kravene i forsyningsvirksomhedsdirektivets bilag XI, herunder kravet til angivelse af en maksimal værdi/mængde af ydelser, ved blot at iværksætte en kvalifikationsordning. De gennemsigtighedshensyn, der følger af EU-Domstolens og klagenævnets praksis, jf. ovenfor, er ikke fuldt ud iagttaget af Ørsted ved at fremsende Prequalification Notice til en række af særligt udvalgte ansøgere.

Ørsted har gjort gældende, at Ørsted ikke har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 69 eller ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i artikel 36, stk. 1, ved ikke i en udbudsbekendtgørelse at angive den anslåede mængde eller den anslåede værdi af de tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til rammeaftalen.

Ifølge EU-Domstolen skal den anslåede og/eller maksimale værdi og/eller mængde angives i udbudsbekendtgørelsen efter ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Dette skal sikre, at en (potentiel) tilbudsgiver på grundlag af dette estimat skal være i stand til at vurdere sin evne til at opfylde sine forpligtelser i henhold til rammeaftalen.

Ved anvendelsen af en kvalifikationsordning som udbudsform sker der ikke en konkret annoncering i TED, men en annoncering inden for selve kvalifikationsordningen. Dermed er der ikke grundlag for, at EU-Domstolens praksis skal anvendes analogt på sådanne udbud under denne særlige udbudsform efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Der gælder således ikke et tilsvarende krav om gennemsigtighed under en kvalifikationsordning. Der var derfor slet ikke krav om forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Der blev af den grund heller ikke udarbejdet en udbudsbekendtgørelse. Det kan således ikke være i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet, at udbudsbekendtgørelsen ikke angav den anslåede værdi eller mængde, der skulle leveres efter rammeaftalen, allerede fordi udbudsbekendtgørelsen ikke fandtes og ikke skulle udarbejdes. Derfor gælder de i praksis fastlagte forpligtelser ikke for udbud under en kvalifikationsordning.

Ved anvendelse af en kvalifikationsordning er der alene krav om, at kvalifikationsordningen offentliggøres ved en bekendtgørelse, som indeholder de oplysninger, der fremgår af forsyningsvirksomhedsdirektivets bilag X. Der er ingen pligt til at foretage yderligere offentliggørelse i f.eks. EU-tidende i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 68 forud for tildeling af en kontrakt eller rammeaftale under kvalifikationsordningen. Det er ikke korrekt, at Ørsted skulle have haft nogen ”ønsker om, at nogle bestemte markedsaktører blev udvalgt til deltagelse i tilbudsprocessen”, eller at en kvalifikationsordning i øvrigt i særligt omfang skulle være egnet til at understøtte sådanne usaglige motiver. Alle potentielle tilbudsgivere har mulighed for at ansøge om optagelse på kvalifikationsordningen, og alle tilbudsgivere, som opfylder kvalifikationsordningens ikke-diskriminerende krav, vil blive optaget. Ørsted sikrede tillige yderligere gennemsigtighed om udbuddet ved både at gøre opmærksom på sit kommende udbud i to forskellige kategorier i Achilles og ved at gøre bl.a. Microsoft selv opmærksom på det kommende udbud – begge forhold med det formål at sikre flest mulige aktører og skabe den bedst mulige konkurrence i udbuddet.

Hvis der måtte gælde et tilsvarende gennemsigtighedskrav, har Ørsted i stedet angivet den estimerede henholdsvis maksimale værdi af den udbudte rammeaftale i det dokument, der i stedet for en udbudsbekendtgørelse annoncerede udbuddets opstart under kvalifikationsordningen, jf. prækvalifikationsmeddelelsen, hvorved alle relevante aktører, der var optaget på kvalifikationsordningen, fik oplyst den estimerede og maksimale værdi. Dermed er alle de gennemsigtighedshensyn, der følger af EU-Domstolens dom af 19. december 2018 i C-216/17, *Autoritá*, samt klagenævnets kendelse af 9. november 2021, *Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark*, fuldt ud iagttaget også under Ørsteds anvendelse af kvalifikationsordningen, uanset om Ørsted måtte være forpligtet hertil.

Det er ikke korrekt, at Ørsted diskretionært eller eksklusivt udvalgte de tre ansøgere, som Ørsted ønskede tilbud fra. Ørsted annoncerede først bredt, at udbuddet var på vej og i hvilken kategori under kvalifikationsordningen. Dernæst blev alle aktører gjort bekendt med den estimerede henholdsvis maksimale værdi af rammeaftalen. Herefter gennemførte Ørsted en sædvanlig prækvalifikation forud for tilbudsafgivelses- og forhandlingsfasen i udbuddet.

Ad påstand 3

Microsoft har gjort gældende, at Ørsted har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, idet Ørsted i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet har ændret i udbudsmaterialets grundlæggende elementer undervejs i udbudsprocessen.

Udbuddet angår anskaffelse af cloud-ydelser. Cloud-ydelser er per definition karakteriseret ved at være stærkt standardiserede, både hvad angår cloud-ydelsernes karakter og indhold og leverandørens kontraktvilkår samt leverancemodell, som i henhold til markedsstandardens ensidigt fastsættes af cloud-leverandøren. Ørsted har med udbuddet tilsyneladende haft et ønske om at kunne diktere, hvilke kontraktvilkår der skulle være gældende, fremfor at acceptere cloud-leverandørernes standardvilkår.

Denne tilgang medførte, at Ørsted i løbet af udbudsprocessen blev nødsaget til at acceptere væsentlige og grundlæggende ændringer i den udbudte rammeaftales vilkår og betingelser af bl.a. rammeaftalens pkt. 3.2, pkt. 4, pkt. 5, pkt. 7 og pkt. 20. Ørsted har ikke lovlig kunnet foretage sådanne ændringer af forhold, der udgør grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, idet disse ændringer har forrykket grundlaget for konkurrencen og rammeaftalens økonomiske balance, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 4. oktober 2019, VITRONIC - Dr.-Ing. Stein Bildverarbeitungssysteme GmbH mod Sund og Bælt Holding A/S.

Det kan ikke tilsidesætte rammerne for udbudsreglernes forbud mod at ændre i grundlæggende elementer, at Ørsted havde et ønske om at kunne tilpasse og forhandle om det udbudte grundlag for rammeaftalen, og at Ørsted havde kategoriseret bestemmelserne i rammeaftalen som "SR"-krav. Hensynet, der her ligger bag gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet, er, at den enkelte tilbudsgiver skal kunne regne med, at der gælder begrænsninger for, hvilke ændringer i det udbudte grundlag en ordregiver kan foretage i løbet af udbudsprocessen, og at udbudsprocessen er forudsigelig.

Ad rammeaftalens pkt. 3.2

I løbet af udbudsprocessen tilføjede Ørsted pkt. 3.2 i rammeaftalens endelige version, som ikke var medtaget i rammeaftalens oprindelige version.

Ørsted indførte herved en bestemmelse, der væsentligt ændrede rammeaftalens fortolkningsprincipper til fordel for Ørsted i forhold til den oprindelige version af rammeaftalen. Kontraktuelt og obligationsretligt har det stor betydning, hvilke fortolkningsprincipper der gælder i en aftale. Dette gælder især ved aftaler, hvor genstanden er en kompleks IT-ydelse, som den udbudte.

Ad rammeaftalens pkt. 4

Rammeaftalens pkt. 4 blev i løbet af udbudsprocessen omfattende omskrevet, og dette resulterede i en væsentligt ændret rangorden mellem rammeaftalens bilag. Rammeaftalens pkt. 4.1 blev herunder helt fundamentalt ændret i forhold til det oprindelige indhold, til trods for at rangorden og vilkår herom er et særdeles væsentligt forhold i komplekse IT-kontrakter som Ørsteds rammeaftale.

I forhold til rammeaftalens pkt. 4 er det af afgørende betydning for Microsoft, hvorledes rangordenen reguleres. Selv mindre justeringer heri kan have væsentlig betydning. Fortolkningsprincipperne i rammeaftalens pkt. 4 fastlægger, hvorledes rammeaftalen skal fortolkes, hvis der er uoverensstemmelse mellem rammeaftalen og Microsofts standardaftalevilkår, og dermed i hvilket omfang Microsofts standardaftalevilkår vil være gældende.

Fortolkningsprincipperne blev ændret i et omfang, der ikke var foreneligt med udbudsreglerne, da ændringerne i rammeaftalens pkt. 4 har en væsentlig anderledes materiel konsekvens end den oprindelige regulering, herunder fordi de definerede begreber "Agreement" henholdsvis "Framework Agreement" er ændret af Ørsted i et omfang, der har stor materiel betydning, for, hvordan en fortolkningstvivil skal løses.

Ved at anvende og fastholde fortolkningsprincipper, som skaber usikkerhed om rammeaftalens fortolkning, skaber Ørsted tillige en situation, hvor det ikke er muligt for Microsoft at vurdere, hvilke forpligtelser Microsoft skal efterleve for at opfylde rammeaftalen korrekt og således undgå at være i misligholdelse. Da det herved bliver umuligt med sikkerhed at fastlægge Microsofts forpligtelser, bliver det også i realiteten umuligt at prissætte de tilbudte cloud-ydelser og i øvrigt vurdere, om rammeaftalens ansvarsregulering er markedskonform.

Microsofts tilbud blev bl.a. erklæret for ukonditionsmæssigt, da Microsoft havde taget forbehold over for rangordenen af dokumenter i rammeaftalens pkt. 4. Vilåret blev således af Ørsted selv anset for at vedrøre et grundlæggende element ved vurderingen af de indkomne tilbud.

Ad rammeaftalens pkt. 5

Rammeaftalens pkt. 5 vedrører parternes adgang til at opsige og ophæve rammeaftalen, hvilket er en meget central regulering i et aftaleforhold, da det er af væsentlig betydning for parterne under hvilke omstændigheder, aftalen kan bringes til ophør. Dette har afgørende betydning for parterne, da det normerer, hvor lang tid parterne skal planlægge med at levere henholdsvis betale for de ydelser, som aftalen omfatter. Ørsted foretog betydelige ændringer i rammeaftalens pkt. 5, herunder således at Ørsted ikke generelt var berettiget til at opsige rammeaftalen, ligesom Ørsted fjernede bestemmelsen om, at tilbudsgiverne ikke var berettiget til at opsige rammeaftalen. Disse forhold har haft stor betydning for, hvordan tilbudsgiverne skulle fastlægge prissætningen, idet det har en direkte sammenhæng med leverandørens estimering af omsætningsperioden.

Ad rammeaftalens pkt. 7

Rammeaftalens pkt. 7 angår Microsofts adgang til at foretage ændringer i cloud-ydelserne under rammeaftalen. Cloud-ydelser er kendetegnet ved at være standardiserede ydelser, hvor leverandører grundlæggende forbeholder sig retten til at foretage ændringer i cloud-ydelserne og/eller de kontraktvilkår, der gælder for levering heraf. Når en kunde køber og anvender cloud-ydelser, giver kunden i henhold til markedsstandard afkald på adgangen til at kunne stille krav om, at cloud-ydelserne og/eller kontraktvilkårene tilpasses den enkelte kunde.

Ifølge den oprindelige formulering af rammeaftalens pkt. 7 var der alene forudsat en adgang for leverandøren til at ændre på ”Services”, hvilket vil sige selve ydelsens karakter og indhold. Efter den endelige formulering af rammeaftalens pkt. 7 har leverandøren, ud over adgang til at ændre i selve ydelsens karakter og indhold, også fået ret til at ændre priserne, reducere den tekniske ydeevne af cloud-ydelserne og ændre i kontraktvilkårene. Herudover blev varslet om væsentlige ændringer forlænget fra tre til tolv måneder, og det blev indskrænket til at omfatte ændringer i cloud-ydelsernes tekniske indhold. Samlet set var der tale om fundamentale ændringer.

Ad rammeaftalens pkt. 20

Rammeaftalens pkt. 20 vedrører Ørsteds minimumskøbsforpligtelse under rammeaftalen. I den endelige version af rammeaftalen har Ørsted foretaget en betydelig ændring, som medfører, at den økonomiske balance i rammeaftalen forrykkes, idet Ørsted indførte årlige minimumskøb og et krav om Ørsteds accept af et nyt krav om minimumskøb gældende for en forlængelsesperiode, hvis rammeaftalen forlænges af Ørsted.

Ørsted har gjort gældende, at Ørsted under udbudsprocessen ikke foretog ændringer af grundlæggende elementer, eller at der i øvrigt blev foretaget ændringer i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Ingen af de fem aftalebestemmelser, som Microsoft henviser til, var kategoriseret som Minimum Requirements (mindstekrav, ”MR”). Det følger af klagenævnets faste praksis, at det som udgangspunkt er inden for de udbudsretlige rammer at forhandle om og foretage ændringer af forhold, der på forhånd er markeret som forhold, der kan være til forhandling, jf. klagenævnets kendelse af 1. februar 2018, ABB A/S mod Trafikselskabet Movia. Allerede fordi de pågældende afsnit var tydeligt markeret som standardkrav i udbudsmaterialet, har det således formodningen imod sig, at der skulle have været tale om grundlæggende elementer.

Et udbud med forhandling er netop kendetegnet ved, at parterne som følge af forhandlingsprocessen har mulighed for at foretage ændringer og optimere henholdsvis deres tilbud og udbudsmaterialet. Ændring af et udbudsmateriale – herunder også et aftaleudkast – er således lovligt og helt legitimt, så længe det sker inden for de gængse og grundlæggende rammer i ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Ørsteds udformning af udbuddet havde til formål at skabe en konkurrence mellem deltagerne på andet og mere end den tekniske løsning, ligesom Ørsted ønskede at undgå at bringe sig i en situation, hvor det alene var leverandøren, der dikterede kontraktvilkårene i et udbud med stor strategisk og forretningskritisk betydning for Ørsted. Hvis det skulle være muligt at nå til enighed om endelige kontraktvilkår i et udbud, hvor der som i dette tilfælde alene deltog store, internationale leverandører af cloud-ydelser, ville ændringer af de udbudte kontraktvilkår, herunder krav, være både forventelige og

nødvendige, medmindre Ørsted skulle give afkald på, at kontraktvilkår for køb af cloud-ydelser skulle være tilpasset Ørsteds behov.

Det fremgår eksplicit af udbudsbetingelserne, at visse ændringer ikke ville kunne gennemføres, og dermed også, at Ørsted var opmærksom på de udbudsretlige rammer for ændringer, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 8.5.1.

Ændringer af grundlæggende elementer kan til gengæld kun gennemføres efter en fornyet udbudsprocedure. Det beror på en konkret vurdering, om et bestemt forhold udgør et grundlæggende element i udbudsbetingelserne. Microsoft har ikke påvist, at de gennemførte ændringer konkret har fordrejet konkurrencen imellem tilbudsgiverne eller i øvrigt kunne have påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet, og det har heller ikke været tilfældet. Ændringerne havde heller ikke tilsammen et sådant omfang, at der var tale om ændringer af grundlæggende elementer.

Ørsted foretog under processens gennemførelse konkrete vurderinger af alle ændringer. Microsoft har alene gjort gældende, at visse afsnit og temaer i en IT-kontrakt generelt har betydning for leverandører af IT-ydelser. Det forhold, at leverandører generelt interesserer sig for visse kontraktvilkår, indebærer ikke, at vilkårene må anses for at være grundlæggende elementer i et udbud. Der skal foretages en konkret vurdering af det materielle indhold af den påtænkte ændring, herunder ændringens betydning for tilbudsgiverne og for den potentielle konkurrence. En sådan konkret vurdering må nødvendigvis også inddrage de konkrete omstændigheder ved udbuddet, som kan tale for eller imod, at en ændring anses for at være grundlæggende.

Ændringerne var ikke egnede til at forrykke konkurrencen – og forrykkede heller ikke konkret konkurrencen – imellem tilbudsgiverne, og ændringerne kunne heller ikke have påvirket den potentielle konkurrence.

Alle tre tilbudsgivere fik behørig og tilstrækkelig tid til at forholde sig til ændringerne, og alle tre tilbudsgivere forhøjede kontinuerligt deres rabatter og frafaldt løbende deres forbehold. Microsoft havde som den eneste tilbudsgiver forbehold tilbage ved afgivelsen af det endelige tilbud (BAFO), og disse vedrørte i øvrigt andre forhold end de ændringer, der er omfattet af påstanden. Disse omstændigheder understøtter og skaber en klar formodning imod, at de ændrede vilkår kunne påvirke konkurrencen imellem de tre tilbudsgivere.

Hertil kommer, at det under et udbud efter en kvalifikationsordning kun var de prækvalificerede tilbudsgivere, der modtog det fulde udbudsmateriale, og dermed kunne ingen ændringer have påvirket det potentielle konkurrencefelt.

Ad rammeaftalens pkt. 3.2 og pkt. 4

I forbindelse med de første to forhandlingsmøder udtrykte alle tre prækvalificerede tilbudsgivere ønske om, at der blev foretaget visse justeringer af rammeaftalens indledende pkt. 3 og 4. Ændringerne af disse to punkter er tæt forbundet.

Efter det første forhandlingsmøde, som fandt sted den 22. marts 2022, blev der indsat et helt nyt pkt. 3.2 i rammeaftalen. Tilføjelsen skete på baggrund af input fra alle tre tilbudsgivere under forhandlingsmødet og havde til formål at gøre rammeaftalen mere operationel, fordi den skulle kunne fungere med tilbudsgivernes standardbetingelser som et supplerende/udfyldende dokument. Derudover tjente ændringen også til at gennemføre en sproglig præcisering. Et helt lignende fortolkningsprincip fulgte allerede af rammeaftalens pkt. 4.3, hvoraf det fremgik, at “Where the Supplier’s standard terms and conditions apply, they shall in all material respects be interpreted in accordance with the principles of this Agreement.”

Efter det andet forhandlingsmøde, som fandt sted den 26. april 2022, blev bestemmelsen præciseret yderligere, og samtidig blev sætningen i pkt. 4.3 slettet.

Rammeaftalens pkt. 4, som beskrev rammeaftalens dokumenthierarki og fortolkningsprincipper, undergik derudover sproglige tilpasninger og ændringer som følge af dialogen ved det første og andet forhandlingsmøde.

Ændringerne af rammeaftalens pkt. 4 skete i samspil med tilpasningerne af rammeaftalens pkt. 3.2 og ligeledes på baggrund af input fra alle tre tilbudsgivere. Den eneste reelle ændring bestod i, at tilbudsgivernes egne aftaledokumenter blev flyttet til en højere prioritet i dokumenthierarkiet. Derudover skete der visse ændringer af rent sproglig karakter uden materiel betydning, f.eks. sletning af ordet ”elsewhere” i det nye pkt. 4.2 og ændringerne i det nye pkt. 4.3.

Ændringen i pkt. 4.2, hvorved ordet ”Agreement” blev til ”Framework Agreement”, var ligeledes af begrænset praktisk betydning. Ifølge rammeaftalens definitioner dækkede termen ”Agreement” over rammeaftalen inklusive dens bilag, hvorimod ”Framework Agreement” kun dækkede over selve rammeaftalen uden bilag. I den konkrete kontekst, hvor leverandørens egne betingelser blev flyttet op over visse af rammeaftalens bilag, var det en naturlig sproglig konsekvens, at sætningen måtte ændres, således at det fremgik, at leverandørens egne betingelser ikke havde forrang for selve rammeaftalen. Det havde leverandørens betingelser heller ikke efter den tidligere formulering, og der var derfor ikke tale om nogen væsentlig anderledes materiel konsekvens.

Den reviderede ordlyd blev efter det første forhandlingsmøde delt med tilbudsgiverne den 1. april 2022, hvorefter tilbudsfrist for det andet tilbud først var den 19. april 2022. Efter det andet forhandlingsmøde blev den reviderede rammeaftale gjort tilgængelig for tilbudsgiverne den 17. maj 2022, og tilbudsgiverne havde således yderligere ca. to uger til at forholde sig til ændringerne og om nødvendigt foretage justeringer i deres tilbud før fristen for indlevering af deres reviderede tilbud den 30. maj 2022 – og yderligere ca. 1 måned indtil fristen for det endelige tilbud (BAFO) den 28. juni 2022.

Henset til ændringernes indhold og karakter var der dog ikke et reelt behov for tilpasninger i tilbuddene, idet ændringerne var sket på baggrund af og til fordel for tilbudsgiverne selv. Ændringernes reelle betydning blev således væsentligt mindsket, idet tilbudsgiverne – såfremt de skønnede det nødvendigt – kunne tilpasse deres aftaledokumenter eller indregne den kommercielle virkning af ændringerne i deres tilbud.

Ændringerne af rammeaftalens pkt. 3 og 4 fordrejede ikke konkurrencen imellem tilbudsgiverne, idet ændringerne ikke påvirkede vurderingen af tilbuddenes kvalitet eller på nogen anden måde kunne indebære en ulige behandling af de tre tilbudsgivere.

Henset til udbuddets karakter var der heller ikke tale om ændringer, der var egnede til at påvirke potentielle tilbudsgiveres beslutning om at deltage i udbuddet. Foruden de konkrete ændringers karakter følger det også af det forhold, at det under et udbud efter en kvalifikationsordning kun er de prækvalificerede tilbudsgivere, der modtager det fulde udbudsmateriale, herunder rammeaftalen. Eftersom alene de tre tilbudsgivere havde set rammeaftalen

inden ændringerne, og idet alene disse tre tilbudsgivere havde givet input til ændringerne, kunne ændringerne allerede af den grund ikke have betydning for andre end de faktiske tilbudsgivere.

Det forhold, at en aftales fortolkningsprincipper generelt er af stor betydning for en tilbudsgiver, kan herudover ikke i sig selv føre til, at de konkrete ændringer må betegnes som ændringer af grundlæggende elementer i udbudsretlig forstand, herunder henset til, at ændringerne – uanset deres indhold – hverken påvirkede konkurrencen imellem de tre tilbudsgivere eller påvirkede det potentielle konkurrencefelt.

Ændringerne af rammeaftalens pkt. 3 og 4 udgjorde derfor ikke ændringer af grundlæggende elementer, men alene ændringer af mindre betydning, som kunne foretages lovligt inden for de udbudsretlige rammer.

Ørsted vurderede, at det ikke var muligt at prissætte Microsofts første forbehold. Ørsted var derfor forpligtet til at afvise Microsofts tilbud. Ørsted afviste ikke Microsofts tilbud med henvisning til, at dette forbehold var relateret til et grundlæggende element. Såfremt Ørsted havde vurderet, at forbeholdet vedrørte et grundlæggende element, ville tilbuddet være blevet afvist med denne begrundelse og uden forsøg på prissætning, idet prissætning af et forbehold for et grundlæggende element i sig selv er i strid med udbudsreglerne.

Det savner i øvrigt mening at karakterisere bestemte afsnit eller dele af rammeaftalen som ”grundlæggende” i sig selv, medmindre udbudsmaterialet har opstillet en konkret regel herfor. Det vil altid skulle vurderes konkret, hvorvidt en ændring af afsnittet må anses for at udgøre en uvæsentlig eller væsentlig ændring, eller endda udgøre en ændring af et grundlæggende element. Hverken ændringen af pkt. 3.2 eller 4 udgjorde ændringer af grundlæggende elementer.

Ad rammeaftalens pkt. 5

Rammeaftalens pkt. 5 vedrører rammeaftalens løbetid og parternes opsigelsesadgang. Som følge af dialogen med tilbudsgiverne blev der foretaget ændringer af dette punkt efter det første, andet og tredje forhandlingsmøde.

Ændringerne indebar for det første nogle konsekvensændringer som følge af ændringen i pkt. 4, idet visse vilkår nu var reguleret af tilbudsgivernes egne

vilkår i stedet for bilagene til rammeaftalen. Endvidere blev der gennemført en række sproglige præciseringer.

I den oprindelige version af rammeaftalen var Ørsted berettiget til, uden for misligholdelsestilfælde og med tre måneders varsel, at opsige rammeaftalen ensidigt. Leverandøren havde derimod ingen adgang til at opsige rammeaftalen uden for misligholdelsestilfælde.

Ændringen bestod i det væsentligste af, at Ørsted frasagde sig sin ensidige opsigelsesadgang. Denne ændring blev gennemført, fordi det på forhandlingsmøderne var et punkt, flere tilbudsgivere ønskede, at Ørsted præciserede. Ørsted foretog en konkret vurdering af betydningen af denne ændring og fandt, at der i realiteten ikke var tale om en grundlæggende eller væsentlig ændring. Dette skyldtes særligt, at Ørsted allerede i den oprindelige version af rammeaftalen havde påtaget sig en minimumkøbsforpligtelse, som fortsat ville bestå, uanset at Ørsted opsagde aftalen, jf. rammeaftalens oprindelige pkt. 5.4.2.

Muligheden for, at Ørsted kunne opsige aftalen ensidigt, indebar således i realiteten en meget begrænset kommerciel risiko for tilbudsgiverne, idet Ørsted under alle omstændigheder ville være forpligtet til at erlægge det samme minimumsbeløb for ydelserne. Ørsted vurderede derfor, at ændringen ikke i udbudsretlig henseende kunne karakteriseres som væsentlig – endsige som en ændring af et grundlæggende element – og så derfor ingen grund til ikke at imødekomme tilbudsgivernes ønske om, at opsigelsesadgangen blev taget ud. Ændringerne i rammeaftalens pkt. 5 om parternes opsigelsesadgang havde således meget begrænset – om nogen – betydning for parternes retsstilling under rammeaftalen.

Den modsvarende bestemmelse om, at rammeaftalen for leverandøren var uopsigelig, blev samtidig slettet. Rammeaftalen er en tidsbegrænset aftale, som i sig selv er obligationsretligt uopsigelig, og derfor havde denne ændring reelt ingen materiel betydning. Leverandøren havde således hverken før eller efter ændringen adgang til at opsige rammeaftalen ensidigt. Tilsvarende udgik bestemmelsen om konsekvenserne ved Ørsteds ensidige opsigelse, idet denne bestemmelse nu også var irrelevant.

Ændringernes betydning var yderligere begrænset af det forhold, at der ikke fulgte nogen pligt for Ørsted til at gøre brug af ydelserne under rammeaftalen. Dette fulgte af rammeaftalens pkt. 19.5.

Det fulgte således af rammeaftalen, at Ørsted var berettiget til at nedskalere sit forbrug på alle ydelser til "0". Ørsted var således ikke forpligtet til at anvende rammeaftalen, hverken før eller efter ændringen af rammeaftalens pkt. 20. Desuden fulgte det af rammeaftalens pkt. 1.2, at rammeaftalen var en ikke-eksklusiv aftale.

Ørsted kunne til enhver tid vælge ikke at gøre brug af leverandørens ydelser under rammeaftalen og i stedet købe tilsvarende ydelser hos en anden leverandør. Til gengæld ville Ørsted, uanset om Ørsted anvendte leverandørens ydelser, fortsat være forpligtet til at erlægge det aftalte minimumsbeløb på 17,7 mio. USD, som var fastsat i rammeaftalens pkt. 20.

Disse bestemmelser medførte en de facto ret for Ørsted til at opsige aftalen ensidigt mod erlæggelse af et "gebyr" på 17,7 mio. USD i kontraktperioden, som fortsat bestod, uanset at Ørsteds formelle opsigelsesadgang udgik af rammeaftalen.

De opdaterede aftaledokumenter blev gjort tilgængelige for tilbudsgiverne efter hvert forhandlingsmøde, hvorefter tilbudsgiverne havde god tid til at vurdere betydningen af den nye ordlyd og eventuelt foretage justeringer i deres tilbud inden den næste tilbudsfrist, jf. det tidligere anførte om den tidsmæssige konsekvens for tilbudsgiverne.

Ændringerne af rammeaftalens pkt. 5 var på den baggrund ikke egnede til at fordreje konkurrencen imellem tilbudsgiverne, idet ændringerne ikke påvirkede vurderingen af tilbuddenes kvalitet eller på nogen anden måde kunne indebære en ulige behandling af de tre tilbudsgivere. Der var reelt heller ingen kommercielle forhold forbundet med bestemmelsen som følge af Ørsteds minimumskøbsforpligtelse, og derfor ville ændringerne heller ikke isoleret set påvirke prisfastsættelsen.

Henset til udbuddets karakter var der heller ikke tale om ændringer, der var egnede til at påvirke potentielle tilbudsgiveres beslutning om at deltage i udbuddet. Foruden de konkrete ændringers karakter fulgte det også af det for-

hold, at det under et udbud efter en kvalifikationsordning kun er de prækvalificerede tilbudsgivere, der modtager det fulde udbudsmateriale, herunder rammeaftalen. Eftersom alene de tre tilbudsgivere havde set rammeaftalen inden ændringerne, og idet alene disse tre tilbudsgivere havde givet input til ændringerne, kunne ændringerne allerede af den grund ikke have betydning for andre end de faktiske tilbudsgivere.

Det forhold, at bestemmelser om parternes opsigelsesadgang generelt kan være af stor betydning for en tilbudsgiver, kan ikke i sig selv føre til, at de konkrete ændringer må betegnes som ændringer af grundlæggende elementer i udbudsretlig forstand, da ændringerne hverken påvirkede konkurrencefeltet eller det potentielle konkurrencefelt.

Ændringerne af rammeaftalens pkt. 5 var således af mindre betydning, og de havde ikke nogen betydning i praksis. Allerede derfor kan ændringen ikke anses for at være en ændring af et grundlæggende element.

Ad rammeaftalens pkt. 7

I forbindelse med forhandlingsprocessen blev der foretaget ændringer i rammeaftalens pkt. 7 (Changes to the Services) efter det første, andet og fjerde forhandlingsmøde.

Pkt. 7 indeholdt oprindeligt alene en bestemmelse om, at leverandøren skulle informere Ørsted med mindst tre måneders varsel om væsentlige ændringer, og at Ørsted var berettiget til at opsigte aftalen, såfremt sådanne ændringer var til væsentlig ulempe for Ørsted.

Præciseringerne af rammeaftalens pkt. 7 havde først og fremmest til formål at klargøre, inden for hvilke rammer og i hvilket omfang tilbudsgiverne ville kunne ændre deres standardydelse i løbet af kontraktperioden. Dette behov var nødvendigt med afsæt i, at alle tre tilbudsgivere var store, internationale leverandører af cloud-tjenester, som også anvendes af mange andre kunder. Det er helt naturligt, at cloud-tjenester fra et teknisk perspektiv vil undergå en løbende tilpasning som følge af den teknologiske udvikling. Alle tre tilbudsgivere udtrykte derfor allerede under det første forhandlingsmøde, og således lang tid før afgivelse af det endelige tilbud (BAFO), et ønske om, at bestemmelsen blev præciseret og lempet, eller at det i hvert fald blev præciseret, hvilke ændringer Ørsted ville betragte som væsentlige ændringer. Ør-

sted vurderede, at det både af kommercielle og udbudsretlige hensyn var væsentligt, at Ørsted diskretionært kunne vurdere, om en ensidig ændring foretaget af leverandøren var grundlæggende, og at Ørsted i så fald forbeholdt sig retten til at opsige aftalen.

Over for dette praktiske og leverandørfælles hensyn stod Ørsteds behov for at fastsætte klare rammer for den kommende leverandørs forpligtelser under rammeaftalen, både af hensyn til Ørsteds leveringssikkerhed, men også af hensyn til at grundlæggende ændringer efter kontraktindgåelse ville kunne nødvendiggøre et genudbud. Ørsted kunne således ikke indrømme tilbudsgiverne en fri ret til at ændre deres ydelser og kontraktvilkår efter egen diskretion. En sådan ret blev derfor ikke givet som følge af ændringerne af pkt. 7.

Flere af tilføjelserne omfattede blot forhold, der allerede ville følge af en fortolkning under dansk ret. Derudover var der flere konsekvensændringer som følge af ændringerne i pkt. 4 og 5. Endelig skete der en del sproglige præciseringer uden materielt indhold.

Indholdsmæssigt skete der den tilpasning, at det med den sidste version fremgik eksplicit, at tilbudsgiverne også havde ret til at foretage ændringer i deres generelle forretningsvilkår i løbet af rammeaftalens løbetid. Denne tilføjelse var en naturlig konsekvens af, at udbuddet inddrog tilbudsgivernes egne standardvilkår, og at disse helt naturligt, f.eks. af hensyn til den teknologiske udvikling, ville undergå en udvikling i aftalens løbetid.

Ændringerne udgjorde således en afbalanceret forhandlingsløsning, der tilgodeså både Ørsteds og tilbudsgivernes interesser ligeligt, og samlet set ikke forrykkede rammeaftalens balance til fordel for nogen af parterne – og heller ikke tilbudsgiverne imellem.

Det blev præciseret, hvilke tjenester Ørsted anså for væsentlige. Samtidig blev ”material changes”, som havde en ”material adverse consequence”, omformuleret til ”changes”, som ”materially reduces the technical performance”. Der var ikke tale om en nyskabelse, men blot en rent sproglig omformulering. Endvidere kunne leverandøren ikke fortolke bestemmelsen som en ”ret” til at reducere den tekniske ydeevne, idet det netop blev fastholdt, at Ørsted i så fald ensidigt ville være berettiget til at opsige rammeaftalen.

Efter den præciserede ordlyd i rammeaftalens pkt. 7.1 var leverandøren berettiget til at gennemføre generelle ændringer, som kunne vedrøre både tekniske forhold og egne (standard-)aftalevilkår/leveringsbetingelser. Det blev dog samtidig præciseret, at sådanne ændringer skulle ske inden for rammeaftalens bestemmelser.

Det fulgte også af dokumenthierarkiet i rammeaftalens pkt. 4, at leverandøren ikke ensidigt kunne ændre rammeaftalens bestemmelser. Dette blev yderligere præciseret ved spørgsmål nr. 2.5, som blev stillet af en tilbudsgiver den 5. april 2022.

Det var således ikke muligt for leverandøren at foretage ændringer i strid med rammeaftalens bestemmelser herom, hverken før eller efter præciseringen af rammeaftalens pkt. 7.

Endelig var leverandørens ændringsret begrænset til at omfatte ”generelle ændringer”, hvilket vil sige ændringer fortaget som led i den generelle kommercielle strategi. Leverandøren havde således ikke mulighed for at udnytte ændringsbestemmelsen til – efter det gennemførte udbud – at ændre på konkrete vilkår i relation til rammeaftalen med Ørsted. Denne præcisering blev allerede indsat efter den første ændring af rammeaftalens pkt. 7.

Hensigten bag ændringerne af rammeaftalens pkt. 7 var et hensyn til, at alle tilbudsgiverne leverede ensartede cloud-ydelser til en stor, bagvedliggende kundebase. Ørsted var dermed blot én kunde blandt mange, og Ørsted ønskede ikke at hindre sådanne generelle, tekniske tilpasninger. Formålet med præciseringerne var derimod ikke at give leverandøren ret til ensidigt at ændre vilkårene over for Ørsted, og en sådan ret kunne heller ikke udledes af den justerede ordlyd.

Baseret på denne forståelse blev sætningen præciseret i den sidste version af rammeaftalen, hvorved det blev fastholdt, at ændringsadgangen alene omfattede ”general changes”, hvilket vil sige ændringer, som skete med generel virkning for leverandørens kundebase.

Den reelle betydning af, at leverandøren fik ret til at ”ændre priserne, reducere den tekniske ydeevne af cloud-ydelserne og ændre i kontraktvilkårene” var således i praksis stærkt begrænset af de øvrige konkrete vilkår ved udbuddet og rammeaftalen.

Tilbudsgivernes mulighed for at ændre deres priser under kontraktperioden var uden betydning. Rammeaftalen var baseret på en prisstruktur, hvor tilbudsgiverne delte deres generelle og offentligt tilgængelige listepreiser ("Charges") med Ørsted, og derudover tilbød Ørsted en individuelt fastsat rabat på listepreiserne. I prislisen, som fandtes i udbudsmaterialets "Annex B, Answering template for Price Catalogue", skulle tilbudsgiverne indsætte et direkte link til deres offentligt tilgængelige standardlistepreiser. På denne måde kunne Ørsted under rammeaftalens løbetid løbende kontrollere, at Ørsteds pris svarede til de til enhver tid gældende listepreiser, fratrukket den tilbudte rabat.

De priser, som tilbudsgiverne konkurrerede på i udbuddet, var først og fremmest et resultat af den tilbudte rabat, hvorimod formålet med de tilbudte listepreiser først og fremmest var at skabe prisgennemsigtighed. En sådan prismodel er kendt fra en række markeder, herunder særligt teknologitunge markeder, hvor udviklingen går stærkt, leverandørerne er store, og hvor der opereres med standardlistepreiser, f.eks. mobiltelefoner eller teleabonnementer. Den prismæssige konkurrence tager således afsæt i officielle priser fratrukket en individuel rabat, hvor rabatten så ligger fast, jf. rammeaftalens pkt. 19.2.

Leverandørerne havde således, hverken før eller efter præciseringen af rammeaftalens pkt. 7 ret til at ændre deres tilbudte rabatsatser, og det var aldrig et vilkår i udbuddet, at leverandøren skulle være uberettiget til at ændre sine standardlistepreiser i kontraktperioden. Den præcisering, at leverandørerne var berettigede til at ændre deres generelle og officielle listepreiser, f.eks. som følge af en generel indeksregulering, havde ingen reel betydning for de priser, Ørsted fik tilbudt og skulle betale under rammeaftalen, og præciseringen indebar ingen ændring af det essentielle i udbuddets økonomiske del, nemlig rabatsatsen. Modellen åbnede heller ikke op for omgåelse, idet leverandørerne ikke bare kunne forhøje deres listepreiser over for Ørsted, men i givet fald måtte forhøje deres generelle priser over for hele markedet.

Ørsted forbeholdt sig både før og efter præciseringerne af rammeaftalen en diskretionær ret til at opsigte rammeaftalen eller dele heraf, såfremt leverandøren introducerede ændringer, der efter Ørsteds ensidige vurdering havde væsentlig negativ betydning for Ørsted, herunder hvis leverandøren væsentligt forringede den tekniske ydeevne eller udfasede tjenester, som Ørsted benyttede, eller hvis Ørsted i øvrigt vurderede, at ændringerne kunne udgøre ændringer af grundlæggende elementer.

Ændringerne af rammeaftalens pkt. 7 var ikke egnet til at fordreje konkurrencen imellem tilbudsgiverne, idet ændringerne ikke påvirkede vurderingen af tilbuddenes kvalitet eller på nogen anden måde kunne indebære en ulige behandling af de tre tilbudsgivere. Endvidere blev ændringerne efter hvert forhandlingsmøde gjort tilgængelige for tilbudsgiverne, og tilbudsgiverne havde herefter god tid til at vurdere betydningen af den nye ordlyd og eventuelt foretage justeringer i deres tilbud inden den næste tilbudsfrist, jf. det tidligere anførte om de tidsmæssige forhold.

Henset til udbuddets karakter var der heller ikke tale om ændringer, der var egnede til at påvirke potentielle tilbudsgivers beslutning om at deltage i udbuddet. Foruden de konkrete ændrings karakter fulgte det også af det forhold, at det under et udbud efter en kvalifikationsordning kun er de prækvalificerede tilbudsgivere, der modtager det fulde udbudsmateriale, herunder rammeaftalen. Eftersom alene disse tre tilbudsgivere havde set rammeaftalen inden ændringerne, og idet alene disse tre tilbudsgivere havde givet input til ændringerne, kunne ændringerne allerede af den grund ikke have betydning for andre end de faktiske tilbudsgivere.

Det forhold, at bestemmelser om parternes ret til at foretage ændringer i en kontrakts løbetid, generelt er af stor betydning for en tilbudsgiver, kan ikke i sig selv føre til, at de konkrete ændringer må betegnes som ændringer af grundlæggende elementer i udbudsretlig forstand.

Ændringerne af rammeaftalens pkt. 7 udgjorde på den baggrund ikke ændringer af et grundlæggende element, og ændringerne kunne foretages lovligt inden for de udbudsretlige rammer.

Ad rammeaftalens pkt. 20

Rammeaftalens pkt. 20 (Minimum Spend Commitment) blev ændret efter det tredje forhandlingsmøde. Ændringerne vedrørte særligt rammeaftalens pkt. 20.3, idet Ørsted indvilgede i også at påtage sig en minimumskøbsforpligtelse i forbindelse med udnyttelse af optioner.

Tilføjelsen skete på baggrund af forhandlingerne med tilbudsgiverne, og de fastsatte beløb i pkt. 20.3 og 20.4 blev fastsat på baggrund af Ørsteds forventede årlige forbrug. Efter Ørsteds vurdering var det materielle indhold af tilføjelserne således begrænset, idet Ørsted under alle omstændigheder ville

yde leverandøren forbrugsafregnet vederlag i forbindelse med eventuelle optionsperioder. Hertil kom i øvrigt, at ændringen var til fordel for de tre tilbudsgivere.

Ændringerne af rammeaftalens pkt. 20 var ikke egnet til at fordreje konkurrencen imellem tilbudsgiverne, idet ændringerne ikke påvirkede vurderingen af tilbuddenes kvalitet eller på nogen anden måde kunne indebære en ulige behandling af de tre tilbudsgivere. Såfremt ændringen ville have en kommerciel betydning, ville den i øvrigt også være ens for de tre tilbudsgivere.

Henset til udbuddets karakter var der heller ikke tale om ændringer, der var egnede til at påvirke potentielle tilbudsgiveres beslutning om at deltage i udbuddet. Foruden de konkrete ændringers karakter fulgte det også af det forhold, at det under et udbud efter en kvalifikationsordning kun er de prækvalificerede tilbudsgivere, der modtager det fulde udbudsmateriale, herunder rammeaftalen. Eftersom alene de tre tilbudsgivere havde set rammeaftalen inden ændringerne, og idet alene disse tre tilbudsgivere havde givet input til ændringerne, kunne ændringerne allerede derfor ikke have betydning for andre end de faktiske tilbudsgivere.

Det forhold, at regulering af minimumskøbsforpligtelser generelt er af stor betydning for en tilbudsgiver, kan ikke i sig selv føre til, at de konkrete ændringer må betegnes som ændringer af grundlæggende elementer i udbudsretlig forstand.

Tilføjelsen til rammeaftalens pkt. 20 udgjorde derfor ikke en ændring af et grundlæggende element, og ændringen kunne foretages lovligt inden for de udbudsretlige rammer.

Ad påstand 4

Microsoft har gjort gældende, at Ørsted har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, idet Ørsted i strid med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet har anvendt en uklar kravmetodik i udbudsmaterialet, der er uegnet til at danne ramme for afgivelse af tilbud og uegnet til at danne grundlag for en lovlig tilbudsevaluering og tildelingsbeslutning.

Udbudsmaterialet indeholder en række krav, der er angivet som enten "Minimum Requirement (MR)" eller som "Standard Requirement (SR)". Begge kravtyper er i udbudsbetingelserne defineret som "... requirements that must be fulfilled by the Tenderer in BAFO". Herudover fremgår det af udbudsbetingelsernes pkt. 6.1.1.1, at hverken "MR"-krav eller "SR"-krav ville indgå i tilbudsevalueringen og tillige, at begge kravtyper skulle være opfyldt ved afgivelsen af det endelige tilbud, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 5.1.1. Ørsted har i udbudsbetingelsernes pkt. 7.8.3 angivet, hvordan forbehold over for mindstekrav og grundlæggende elementer skal håndteres, og det fremgår heraf, at mindstekrav skal opfyldes, for at tilbuddet kan tages i betragtning.

Med en helt identisk definition af henholdsvis "MR"-krav og "SR"-krav kan dette ikke forstås anderledes, end at disse to kravtyper er identiske, og at der er tale om mindstekrav eller i det mindste grundlæggende elementer, da de skulle være opfyldt i BAFO. Hvis Ørsted havde en anden hensigt om formelle forskelle disse kravtyper imellem, skulle Ørsted have udtrykt det anderledes i udbudsbetingelserne. Udbudsbetingelsernes pkt. 6.1.1.2 og 6.1.2 understregede, at Ørsted fastsatte ensartede formelle betingelser til begge kravtyper.

Ørsted har med "SR"-krav forsøgt at skabe sin egen kombination af krav, der på en ugenomsigtig måde sammenblander og omgår sondringen mellem henholdsvis mindstekrav og evalueringskrav eller konkurrenceparametre, der var fastsat ved "PEC"-krav og "BEC"-krav. Ørsted betegner selv "SR"-krav som forhandlingskrav. Disse krav skulle altså både have status af mindstekrav, der skulle overholdes ved BAFO, og krav, der skulle kunne forhandles om og ændres i løbet af udbudsprocessen. Herved ændrede Ørsted afgørende på hjørnestejnene i udbudsmaterialet, idet "SR"-kravene reelt var camouflerede mindstekrav, som Ørsted dog ønskede at forhandle om og ændre under udbudsprocessen.

Et mindstekrav vil som udgangspunkt udgøre et grundlæggende element, der ikke kan forhandles om, og som ikke kan ændres i løbet af udbudsprocessen. Dette skyldes, at mindstekrav er nogle helt centrale krav, hvis imødekomelse og overholdelse er afgørende for ordregiveren. Mindstekrav skal således fastlægges i udbudsmaterialet fra begyndelsen af udbudsprocessen, da de udgør "hjørnestejn" i udbudsmaterialet, som tilbudsgiverne skal kunne regne med "bliver stående" fra udbuddets igangsætning. Mindstekrav indgår ikke i den kvalitative tilbudsevaluering.

Evalueringskrav eller konkurrenceparametre kan derimod indgå i forhandlingerne, de indgår i den kvalitative tilbudsevaluering, eventuelt ud fra en prioritering af krav, og de kan ændres i løbet af udbudsprocessen, forudsat der ikke ændres på grundlæggende elementer.

Hvis krav af kravtyperne ”MR” og ”SR” ikke skulle udgøre mindstekrav eller grundlæggende elementer, er det ud fra det beskrevne i udbudsbetingelserne uklart, hvordan kravtypen ellers skal forstås. Den ugenomsigtige kravmetodik resulterede i uklare rammer for forhandlingsfasen og et uklart udbudsmateriale, der er uegnet til at danne ramme for afgivelse af tilbud og uegnet til at danne grundlag for en lovlige tilbudsevaluering og tildelingsbeslutning.

Det er en ordregivers forpligtelse og risiko at sikre en tilstrækkelig klarhed i udbudsmaterialet, og uklarheden om kravtyperne er derfor alene Ørstedes risiko og bør komme Ørsted til skade.

Ørsted har håndteret ”SR”-krav og ”MR”-krav forskelligt og tilmed bidraget yderligere til uklarheden om disse kravtyper i sin besvarelse af spørgsmål nr. 2 under spørgsmål og svar. I sin besvarelse understreger Ørsted, at såvel ”SR”-krav som ”MR”-krav er mindstekrav, hvilket efterlader en uklarhed. Ved besvarelsen af spørgsmålet tilføjede Ørsted, at der for ”SR”-krav kan foretages ikke-grundlæggende ændringer i løbet af udbudsprocessen. Denne ændring af kravdefinitionen indførte Ørsted tilsyneladende for at skabe mere ”manøvremlighed” undervejs i udbuddet, men Ørsted ændrede ikke på det forhold, at ”SR”-krav skal opfyldes ved BAFO.

Ørsted har gjort gældende, at udbudsmaterialet, herunder den anvendte kravmetodik, var i overensstemmelse med udbudsreglerne. Udbudsbetingelserne beskrev klart og fyldestgørende den metodik og de betingelser, der fandt anvendelse på udbuddet af rammeaftalen. Spørgsmål og svar afgivet under udbudsprocessen understøtter dette.

Udbuddet havde bl.a. til formål at skabe konkurrence om de kontraktuelle betingelser, der ville ligge til grund for leveringen af cloud-ydelser. Dette skete ved, at de enkelte kontraktvilkår i rammeaftalen var identificeret med én af følgende kategorier: ”Minimum Requirements (MR)”, det vil sige mindstekrav, ”Standard Requirements (SR)”, altså standardkrav, og evalueringskriterierne ”Prioritised Evaluation Criteria (PEC)” eller ”Basic Evalua-

tion Criteria (BEC)". Afvigelser fra kontraktbestemmelser, der var identificeret som evalueringskriterier, ville indgå i tilbudsevalueringen, hvorimod afvigelser fra kontraktbestemmelser, der var identificeret som enten standardkrav eller mindstekrav, ville blive håndteret som forbehold. Derudover indebar sondringen imellem standardkrav og mindstekrav, at forbehold ville blive håndteret forskelligt, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 7.8.

Fælles for mindstekrav og standardkrav var således, at disse ikke indgik i Ørstedes evaluering af tilbuddene. Tilbuddenes kvalitet (opdelt i underkriterierne "Quality" og "Contractual Terms") blev udelukkende evalueret kvalitativt på baggrund af tilbuddenes indhold og eventuelle afvigelser fra de bestemmelser, der var identificeret som enten "PEC" eller "BEC".

Der er ikke noget uklart, konkurrenceforvridende eller uegnet i sondringen imellem mindstekrav og standardkrav. Standardkrav, der i praksis også ofte ses betegnet som forhandlingskrav, er kendetegnet ved, at ordregiveren er villig til at forhandle om kravene, og efter omstændighederne også både kan og vil være indstillet på at ændre dem undervejs i processen. Dette er nyttigt i et udbud med forhandling, hvor alle kravene ikke nødvendigvis ligger fast på forhånd, men kan udvikle sig i løbet af processen som følge af parternes dialog. Det er herudover særligt nyttigt i et udbud, hvor markedet er kendetegnet ved reelt kun at bestå af tre globale og dominerende markedsaktører, hvor en dansk offentlig ordregiver skal sikre en konkurrence med afsæt både i sine egne aftalevilkår og de dominerende aktørers standardforhold. En kravkategorisering med standardkrav sikrede dermed Ørsted en vis manøvremlighed under udbudsprocessen, såfremt forhandlingerne på tværs af de tre aktører tilsagde dette.

Mindstekrav udgør normalt/standardmæssigt – og også i Ørstedes udbud – ufravigelige forhold i et udbud, og er bl.a. defineret i lovbemærkningerne til udbudslovens § 2, som "centrale krav til egenskaber ved det udbudte indkøb eller til kontraktens udførelse, der fastsætter de karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have." Det følger videre af forarbejderne samt klagenævnets praksis, at mindstekrav som det klare udgangspunkt må anses for at være grundlæggende elementer. Mindstekrav er således – i modsætning til standardkrav – ufravigelige krav, som ikke er genstand for forhandling, og heller ikke i udgangspunktet kan ændres under en udbudsproces.

Der er således flere væsentlige forskelle imellem mindstekrav og standardkrav, og disse forskelle fremgår klart og entydigt af udbudsmaterialet og af Ørsteds håndtering af de forskellige typer krav. Ørsted har derfor håndteret ”SR”-krav og ”MR”-krav forskelligt, hvilket skyldes, at kravene – ud over at bære forskellige betegnelser – netop også er funktionelt forskellige og skal håndteres forskelligt, i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

I udbudsprocessen blev de tilbudte kontraktvilkår sammenlignet med de kontraktvilkår, der fremgik af udkastet til rammeaftalen. Tilbudsgivernes mulighed for at fravige rammeaftalens vilkår afhang af, hvordan den pågældende bestemmelse var kategoriseret.

Det er uklart, hvad Microsoft mener med, at Ørsted ”I sin besvarelse af spørgsmål 2 understreger Ørsted således, at såvel ”SR”-krav som ”MR”-krav er mindstekrav, men det efterlader en uklarhed, som Ørsted bærer risikoen for.” Det kan af Ørsteds besvarelse af spørgsmål 2 ikke læses, at Ørsted skulle have ”understreget”, at ”standardkrav (SR) er mindstekrav (MR)”. Tværtimod beskriver Ørsteds svar en af de væsentlige forskelle mellem mindstekrav og standardkrav.

Det forhold, at tilbudsgivernes endelige tilbud skulle opfylde både mindstekrav såvel som standardkrav, og at afvigelser vedrørende begge kravtyper ville blive håndteret som forbehold, ændrer ikke ved, at der er tale om to forskellige kravtyper, som var indholdsmæssigt forskellige – og at disse forskelle også var beskrevet og blev håndhævet.

Ved håndteringen af forbehold ville det således spille en rolle, om forbeholdet angik et mindstekrav eller et standardkrav. Såfremt forbeholdet vedrørte et mindstekrav, ville dette i sig selv medføre, at Ørsted var berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddet. Hvis forbeholdet derimod vedrørte et standardkrav, måtte Ørsted vurdere, (i) hvorvidt forbeholdet angik et grundlæggende element, og (ii) hvorvidt det var muligt at prissætte forbeholdet, og dette ville være afgørende for, hvorvidt et tilbud, der indeholdt et forbehold vedrørende et standardkrav, kunne tages i betragtning eller måtte afvises. Det følger heraf, at standardkrav ikke nødvendigvis må anses som grundlæggende elementer, men at et forbehold for et standardkrav under visse omstændigheder kan udgøre en ændring af et grundlæggende element.

Denne systematik fremgik tydeligt af udbudsbetingelsernes pkt. 5, Evaluation of "Quality", hvor de forskellige kategorier var defineret i evalueringsteksten. I forbindelse med tilbudsevalueringen blev mindstekrav og standardkrav behandlet på samme vis, idet de slet ikke indgik i evalueringen. Dette fremgik også udtrykkeligt af udbudsbetingelsernes pkt. 6.1.1.1.

Systematikken var ligeledes tydeliggjort i de bilag, som tilbudsgiverne skulle udfylde ved afgivelse af deres tilbud, jf. f.eks. udbudsmaterialets "Annex D, Answering template for Contractual Terms", hvor hver enkelt bestemmelse var kategoriseret med én af de fire kravtyper. I bilagets fane "Guideline to Tenderer" blev det endnu engang i vejledningen beskrevet, hvordan de forskellige kategorier af kontraktbestemmelser skulle forstås. I fanerne, som tilbudsgiverne skulle udfylde, var dette underbygget med pædagogiske farvekoder, der heller ikke tillod tvivl om, hvilken kravtype, der var tale om, eller hvordan tilbudsgiverne skulle håndtere dette. Af fanen "Framework Agreement" fremgik det f.eks., at rammeaftalens pkt. 1.1.1 var et mindstekrav, mens pkt. 1.3.2 var markeret som et standardkrav. Tilbudsgiverne skulle her udelukkende bekræfte med "Yes" eller "No" fra en drop-down-menu, om deres tilbud opfyldte kravet. Derimod var feltet til eventuelle afvigelser gråt. Omvendt forholdt det sig f.eks. med rammeaftalens pkt. 27.1, der var markeret som et prioriteret evalueringsskrav ("PEC"). Her skulle tilbudsgiverne ikke angive, hvorvidt deres tilbud opfyldte kravet, men skulle beskrive, om tilbudsgiverne accepterede Ørstedes foreslåede ordlyd, eller i hvilket omfang de tilbudte betingelser eventuelt afveg fra ordlyden ved at udfylde det gule tekstfelt.

Der var således i Annex D ikke mulighed for, at tilbudsgiverne kunne uddybe, såfremt deres tilbud ikke opfyldte mindstekrav eller standardkrav. Det skyldes, at sådanne afvigelser slet ikke indgik i evalueringen. Det fremgik af udbudsbetingelserne, at afvigelser fra mindstekrav eller standardkrav i stedet ville blive håndteret som forbehold, jf. udbudsbetingelsernes pkt. 6.1.1.2, og den nærmere fremgangsmåde var beskrevet i pkt. 7.8.

Eventuelle forbehold – det vil sige afvigelser fra mindstekrav og standardkrav – skulle beskrives af tilbudsgiverne i udbudsmaterialets Annex F. Der var en klar sondring imellem forbehold for mindstekrav og forbehold for standardkrav, idet førstnævnte automatisk ville føre til afvisning af tilbuddet, hvorimod sidstnævnte muligvis kunne prissættes, og tilbuddet derved alligevel ville kunne indgå i evalueringen.

Det var således beskrevet tydeligt og gentagne gange i udbudsmaterialet, hvordan evalueringskrav ("PEC/BEC"), standardkrav og mindstekrav indgik med forskellige funktioner i udbuddets forskellige dele. Dette blev endvidere forklaret i forbindelse med supplerende svar på de spørgsmål, der blev indsendt i Q&A, herunder Ørstedes svar på spørgsmål nr. 2. Ørsted ændrede ikke med dette svar kravdefinitionen. Det var under hele udbudsprocessen en klar forudsætning, at standardkravene var genstand for forhandling og dermed også ændringer; forstået i det omfang ændringerne ikke vedrørte grundlæggende elementer, hvilket kategoriseringen i sig selv skabte en formodning imod. Tilbudsgiverne kunne på denne baggrund ikke have været i rimelig tvivl om forskellen på standardkrav og mindstekrav.

Det forhold, at standardkrav og mindstekrav havde samme funktion i forbindelse med den kvalitative evaluering (nemlig ingen funktion), og derfor var beskrevet ens i udbudsbetingelsernes afsnit herom under overskriften "Evaluation of Quality", kan på ingen måde tillægges den betydning, at kravtyperne også i enhver anden henseende var ens. Tværtimod fremgik det klart, at sondringen imellem standardkrav og mindstekrav havde afgørende betydning ved håndteringen af forbehold.

Ørsted har ikke forsøgt at omgå udbudsreglerne. Den anvendte kravmetodik og anvendelsen af standardkrav er i overensstemmelse med almindelig udbudsretlig praksis, og denne praksis er i øvrigt anerkendt af klagenævnet, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 23. maj 2022, Fugato A/S mod Bornholms Regionskommune.

Ad påstand 5

Microsoft har gjort gældende, at Ørsted har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36, stk. 1, herunder de grundlæggende principper om ligebehandling og proportionalitet, ved i rammeaftalen og i vilkårene for konsulentydelse, som er et bilag til rammeaftalen, at have fastsat mindstekrav, der efter deres beskaffenhed er uegnede til at danne ramme for afgivelse af tilbud, da mindstekravene er subjektive, har et skønmæssigt indhold og graden af opfyldelsen og det juridiske indhold af mindstekravet er uklart.

Mindstekrav må ikke være uklare eller forudsætte en subjektiv bedømmelse, jf. klagenævnets kendelse af 8. april 2019, Mediq Danmark A/S mod Sydjysk

Kommuneindkøb v/ Billund Kommune, Varde Kommune og Vejen Kommune.

Det udbudte kontraktgrundlag indeholder vilkår, der er kategoriseret som mindstekrav ("Minimum Requirements (MR)"), jf. oversigten over kontraktvilkårene, Annex D, faneblad "Framework Agreement". Annex D blev under udbudsprocessen ligeledes ændret, indtil en endelig version forelå.

I udbudsbetingelsernes pkt. 6.1.3 havde Ørsted fastsat, at "If the BAFO contains any proposed changes to Minimum Requirements (MR), the Contracting Entity is entitled and obliged to reject the BAFO."

Ad rammeaftalens pkt. 1.1.2

Det fremgår af udbudsmaterialets Annex D, faneblad "Framework Agreement", at rammeaftalens punkt 1.1.2 er kategoriseret som et mindstekrav ("Minimum Requirement (MR)").

Dette krav er uegnet som mindstekrav, da det indeholder en uklar regulering om, hvem der reelt vil være End User ved levering af ydelser under rammeaftalen. For en professionel leverandør af it-services inden for et område som det udbudte, har det særdeles stor betydning, hvem der er slutkunde.

Ad rammeaftalens Appendix 6, pkt. 2.3.2

Det fremgår af udbudsmaterialets Annex D, faneblad "App. 6 (Professional Services)", at rammeaftalens Appendix 6, Professional Services, pkt. 2.3.2, er kategoriseret som et mindstekrav ("Minimum Requirement (MR)").

Vilkåret foreskriver bl.a., at rammeaftaleleverandøren er forpligtet til at sikre overholdelse af et vist minimum af lønniveau og ansættelsesvilkår til sine medarbejdere, der skal levere Professional Services til Ørsted. Det er forbundet med en betydelig uklarhed, hvilke overenskomster der skal overholdes, for at kravet er opfyldt. Vilkåret foreskriver, at det skal være de "mest repræsentative" overenskomster, men det vil bero på et individuelt og subjektivt skøn, om kontraktkravet er opfyldt eller ej. Dermed er mindstekravet efter sin beskaffenhed uegnet som mindstekrav, da det er relativt og beror på en skønsmæssig vurdering.

Udbudsmaterialets fastsatte Standard Requirements ("SR") er reelt også mindstekrav, der efter deres beskaffenhed er uegnede til at danne ramme for

afgivelse af tilbud, da de er subjektive, har et skønsmæssigt indhold og graden af opfyldelsen og det juridiske indhold af mindstekravet er uklart.

Ørsted har gjort gældende, at de påståede uklarheder er uden relevans eller konkret betydning for udbuddet, og at mindstekravene i øvrigt er klare og entydige og derfor i overensstemmelse med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk.1.

Det følger af klagenævnets praksis, at mindstekrav skal være formuleret på en sådan måde, at der ved tilbudsevalueringen ikke kan opstå rimelig tvivl om, hvorvidt et tilbud konkret opfylder mindstekravene. Dette kan f.eks. være tilfældet, hvis mindstekravet lægger op til en subjektiv vurdering.

Det følger af klagenævnets kendelse af 2. august 2016, Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden, at gennemsigtighedsprincippet krav som udgangspunkt skal skabe gennemsigtighed om udbuddet, herunder f.eks. evalueringsmetoden, hvilke krav der udgør mindstekrav, og hvordan tilbudsgiverne kan optimere deres tilbud for at opnå en positiv evaluering. Spørgsmål om kontraktvilkår må derimod som udgangspunkt håndteres kontraktuelt mellem parterne i kontraktperioden.

Mindstekrav knyttet til de vilkår i rammeaftalen, der var angive som ”MR”, kunne ikke fraviges. Et mindstekrav er objektivt konstaterbart, idet en fravigelse kan konstateres straks i et tilbud, og dermed ikke være uklart i forhold til opfyldelse/overholdelse. Mindstekrav er ikke knyttet til et aftalevilkårs kontraktuelle indhold, men til fravigelsen af et aftalevilkår.

I Ørsteds rammeaftale havde mindstekravene således den funktion at vise, at visse kontraktuelle bestemmelser ikke kunne ændres under forhandlingerne eller fraviges i det endelige tilbud. Det var objektivt konstaterbart, om tilbudsgiverne opfyldte mindstekravene. Såfremt et tilbud indeholdt afvigelser eller ændringsforslag over for en bestemmelse, der i rammeaftalen var markeret som et mindstekrav, var mindstekravet ikke opfyldt.

Der skulle således ikke foretages en prøvelse af, om bestemmelsernes konkrete indhold var opfyldt i tilbuddet. Forholdet adskiller sig således markant fra sager om mindstekrav om, at ”plasteret skal være nemt at tage af” eller ”bilen skal være behagelig at sidde i”. For rammeaftalens mindstekrav

(”MR”) gjaldt den helt objektive opfyldelsesbetingelse, at de pågældende kontraktuelle bestemmelser ikke måtte ændres via forbehold.

De bestemmelser, som Microsoft har henvist til, beskriver alene kontraktuelle forhold under rammeaftalens løbetid, og de har ikke haft nogen betydning for evalueringen af tilbud eller for udbuddet som sådan. Allerede af denne grund bør Microsofts påstand 5 ikke tages til følge.

De to kontraktbestemmelers indhold var i øvrigt klare og entydige.

Ad rammeaftalens pkt. 1.1.2

Indholdet af bestemmelsen kan ikke have været uklart for en ”professionel leverandør af it-services inden for et område som det udbudte”, særligt henset til at bestemmelsen reelt blot beskriver, at Ørsted-koncernen udgøres af en række selskaber, og at dette udbud blev gennemført af Ørsted Services A/S på vegne af hele Ørsted-koncernen, der således skulle have ens vilkår, uanset om det var koncernens selskab i Danmark, USA eller Asien, der skulle lægge oplysninger ”i skyen” (cloud-services).

End User er et defineret begreb i rammeaftalens definitioner, og der kunne således ikke være nogen reel tvivl om, hvem betegnelsen End Users henviste til.

Bestemmelsen indeholdt desuden en direkte henvisning til rammeaftalens pkt. 6 (”Ørsted’s Right to Access and Use the Services”), hvori det var nærmere beskrevet, hvordan Ørsted ville stille leverandørens ydelser til rådighed for andre brugere. Heraf fremgik netop, hvordan og i hvilket omfang Ørsted ville stille ydelserne til rådighed for andre End Users, samt at Ørsted påtog sig ansvaret for de aktiviteter, der blev udført ved brug af ydelserne.

Endvidere blev der allerede den 14. februar 2022 stillet et spørgsmål vedrørende Ørsteds ansvar for slutbrugernes aktiviteter af en anden tilbudsgiver. Denne udveksling bidrog således yderligere til forståelsen af brugerrelationen og ansvarsfordelingen, som alt andet lige må være de forhold, en professionel IT-leverandør har behov for at forstå. Bestemmelsen gav herefter ikke anledning til yderligere spørgsmål eller dialog.

Ad rammeaftalens Appendix 6, pkt. 2.3.2

Rammeaftalens arbejds klausul indebærer et krav om, at tilbudsgiveren skal sikre, at tilbudsgiverens ansatte i Danmark, som udfører arbejde for Ørsted under rammeaftalen, sikres arbejds vilkår, der som minimum svarer til, hvad tilsvarende medarbejdergrupper er sikret som følge af relevante overenskomster. Der er tale om en helt sædvanlig arbejds klausul, som reelt ikke kan give anledning til fortolkningstvivil.

Klausulen er således udformet i overensstemmelse med cirkulære nr. 9471 af 30. juni 2014 om arbejds klausuler i offentlige kontrakter § 3, stk. 1. Der er således tale om en helt sædvanlig formulering, der tilstrækkeligt præcist beskriver forholdene på det danske arbejdsmarked, og som er i fuld overensstemmelse med relevante offentlige forskrifter. Bestemmelsen kan sammenlignes med kravene i klagenævnets kendelse af 2. august 2016, Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden, hvor klagenævnet fandt, at det var både sagligt og gennemsigtigt at stille et krav, som indebar, at leverandøren skulle ”handle med respekt for nogle overordnede principper om samfundsansvar mv.”

Bestemmelsen har ikke givet anledning til nogen spørgsmål eller dialog under forhandlingsprocessen, hvilket også taler for, at der reelt ikke har været nogen uklarhed eller tvivil om bestemmelsen.

Ad påstand 6

Microsoft har gjort gældende, at Ørsted har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, ved at have erklæret tilbuddet fra Microsoft for ukonditions mæssigt, idet Ørsted undervejs i forhandlingsforløbet havde givet Ørsted indtryk af, at det fremsatte forbehold om rangorden og Microsofts selskabsretlige enhed ikke ville udgøre en udfordring i forhold til konditions mæssigheden af Microsofts tilbud.

Det fremgår af underretningsbrevet, at Ørsted vurderede, at Microsofts tilbud var ukonditions mæssigt, da virksomheden havde taget forbehold over for rangorden af dokumenter i rammeaftalens pkt. 4, og idet MIOL ikke kunne udgøre en underleverandør til Microsoft.

Ørsted burde have taget Microsofts tilbud i betragtning. Under forhandlingerne gennemførte Ørsted ændringer til bl.a. rammeaftalens rangorden.

Denne og de øvrige ændringer til udbudsmaterialet gav Microsoft det klare indtryk, at det var muligt at tage forbehold til udbudsmaterialet, herunder til rangordenen. Microsoft har ad flere omgange søgt at få afklaret, hvorvidt der kunne tages forbehold til udbudsmaterialet, herunder til "SR"-krav. Ørsted tilsidesatte imidlertid sin forpligtelse til at sikre gennemsigtighed i udbudsprocessen ved at undlade at besvare spørgsmålene, og Ørsted har dermed ikke bidraget til afhjælpning af denne uklarhed.

MIOL skal anses som Microsofts underleverandør, idet Microsoft i henhold til rammeaftalen må anvende underleverandører, og da MIOL i prækvalifikationen blev angivet som støttende enhed. Microsoft har baseret sin tekniske og faglige formåen på MIOL, idet Microsoft har anført MIOLs referencer i forbindelse med prækvalifikationen. Det må således have været klart for Ørsted, at Microsoft ville anvende MIOL til brug for opfyldelse af rammeaftalen. Derfor havde Microsoft i sit tilbud foreslået, at der blev indsat et nyt pkt. 1.1.5 i rammeaftalen.

Retten til brug af underleverandører var ikke betinget af, at særlige betingelser var opfyldt. Det følger endvidere af rammeaftalens pkt. 9 om brug af underleverandører, at Microsoft fortsat ville hæfte for rammeaftalens opfyldelse.

Konstruktionen, hvorefter andre juridiske enheder end hovedleverandøren indgår aftale direkte med kunden i forbindelse med leverandørens opfyldelse af en aftale om levering af it-ydelser, er anerkendt og anvendes i de statslige K-kontrakter.

Ørsted har gjort gældende, at forbeholdene i Microsofts endelige tilbud – både tilsammen og hver for sig – var af en sådan karakter, at Ørsted ikke blot var berettiget, men også forpligtet, til at afvise tilbuddet, jf. ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1.

Det følger af ligebehandlingsprincippet og fast praksis fra både Højesteret og klagenævnet, at en ordregiver er forpligtet til at afvise tilbud, som indeholder forbehold, der vedrører grundlæggende elementer.

Ordregiver er herudover som udgangspunkt berettiget til at afvise tilbud, som indeholder forbehold, der ikke vedrører grundlæggende elementer. Hvis forbeholdet kan prissættes, kan ordregiver imidlertid også vælge at prissætte

forbeholdet, hvorefter tilbuddet alligevel kan indgå i tilbudsevalueringen. Hvis forbeholdet derimod ikke kan prissættes objektivt og med den fornødne sikkerhed, følger det af bl.a. klagens netts kendelser af 18. maj 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen, og af 26. maj 2009, Oberthur Technologies Denmark A/S mod Region Nordjylland, at ordregiver ikke lovligt kan tage tilbuddet i betragtning, men er forpligtet til at afvise tilbuddet.

Ad første forbehold – Microsofts standardvilkår

Microsofts første forbehold indebar, at Microsofts egne standardbetingelser skulle have forrang over rammeaftalen og alle øvrige bilag. Med denne ændring tilsidesatte Microsoft hele det udbudte aftalegrundlag, og af den grund lod forbeholdet sig ikke prissætte på et objektivt grundlag.

Endvidere indebar henvisningen til rammeaftalens pkt. 7, at Microsoft tilskrev sig selv en fri adgang til at ændre sine standardbetingelser – og dermed hele aftalereationen til Ørsted – efterfølgende. Dermed indebar forbeholdet i realiteten også, at Microsoft slet ikke ville levere på ”Ørsted-vilkår”, men på rene ”Microsoft-vilkår”, og dermed brød Microsoft med udbuddets struktur og baggrund.

Ørsted vurderede derfor, at forbeholdet ikke lod sig prissætte med den fornødne sikkerhed og objektivitet, da det ville have ført til, at Microsoft havde opnået en uberettiget fordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere. Ørsted så sig derfor nødsaget til at afvise tilbuddet som ukonditions-mæssigt, hvilket var berettiget. Afvisningen i relation til det første forbehold var således alene begrundet i Ørsteds manglende mulighed for at kapitalisere/prissætte dette forbehold.

Microsofts spørgsmål blev stillet så sent i forløbet, at Ørsted ikke havde mulighed for at besvare spørgsmålene inden for de svarfrister, som Ørsted havde informeret alle tilbudsgiverne om. Imidlertid blev Microsofts forbehold besvaret under det fjerde forhandlingsmøde, hvor forhandlingen udelukkende drejede sig om Microsofts to udestående forbehold. Ørsted understregede på dette møde, at de to forbehold sandsynligvis ville føre til, at Microsofts tilbud – såfremt Microsoft fastholdt forbeholdene i sit endelige tilbud (BAFO) – ville blive afvist.

Microsoft bærer som tilbudsgiver risikoen for, om Microsofts forbehold var af en sådan karakter, at det ikke kunne rummes inden for de udbudsretlige regler. Det forhold, at Microsoft under udbuddet lagde til grund, at Microsofts egne vilkår ville kunne opnå forrang for rammeaftalen, kan heller ikke tillægges nogen betydning.

Ad andet forbehold – MIOL

Microsofts andet forbehold om, at Ørsted skulle indgå en aftale direkte med en underleverandør, udgjorde en ændring af et grundlæggende element. Som følge heraf var Ørsted ikke blot berettiget, men også forpligtet til at afvise Microsofts tilbud.

Med forbeholdet ville Microsoft indsætte sit koncernforbundne selskab, MIOL, som kontraktpart, således at Ørsted skulle indgå en kontrakt med både Microsoft og MIOL. Såfremt Ørsted havde accepteret at indgå kontrakt direkte med MIOL, ville der pr. definition ikke længere have været tale om et underleverandørforhold, men et direkte leverandørforhold. Denne ændring ville have udgjort en ændring af et grundlæggende element.

Selskabet MIOL var ikke blevet prækvalificeret til at deltage i udbuddet og havde ikke afgivet et tilbud. Klagenævnet har ved sin kendelse af 21. marts 2014, Dansk Byggeri mod Viborg Kommune, fastslået, at en ordregiver ikke er berettiget til at indgå kontrakt med en virksomhed, der ikke har afgivet tilbud under udbudsprocessen. EU-Domstolen har ligeledes understreget dette princip i sin afgørelse af 24. maj 2016 i sag C-396/14, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark.

I forbindelse med prækvalifikationsfasen kunne Microsoft og MIOL have valgt at danne et konsortium, såfremt det var den aftalestruktur, man ønskede. Det havde Microsoft imidlertid ikke gjort. MIOL var således ikke én af de prækvalificerede enheder, og Microsoft havde derfor ikke mulighed for at indsætte en ny kontraherende enhed i forbindelse med indgivelsen af sit endelige tilbud.

Statens K-kontrakter er uden relevans for Ørsteds udbud, idet Ørsted ikke udbød rammeaftalen på basis af en K-kontrakt. Den udbudte aftale kan således ikke tilsidesættes som følge af, at noget andet finder anvendelse i nogle andre kontraktskabeloner, der i det hele er dette udbud og rammeaftalen uvedkommende.

Microsofts ”standardaftalekonstruktion” eller interne organisering er uden betydning, idet den udbudte rammeaftale ikke var baseret på – og slet ikke måtte baseres på – Microsofts aftaleskabelon eller Microsofts koncern, men havde til formål at skabe konkurrence imellem flere forskellige tilbudsgivere. Det er således heller ikke korrekt, at der ”nødvendigvis” også skulle indgå en aftale imellem MIOL og Ørsted i tillæg til aftalereationen med Microsoft.

Ørsteds eksisterende aftaleforhold med Microsoft er ligeledes uden betydning for sagen, idet udbuddet netop havde til formål at indgå en ny aftale om public cloud services. Ørsted var således ikke forpligtet til at tage særlige hensyn til Microsofts særlige interne forhold eller foretrukne aftalekonstruktion.

Ad Ørsteds håndtering af forbeholdene

Da det ikke var muligt at prissætte det første forbehold, og da det andet forbehold ville indebære en ændring af et grundlæggende element, var Ørsted som følge af ligebehandlingsprincippet og bl.a. klagenævnets faste praksis forpligtet til at afvise Microsofts tilbud som ukonditionsmæssigt. Ørsted støttede denne beslutning på sin vurdering af begge forbehold, men hvert af forbeholdene ville også isoleret set have ført til den samme konsekvens.

Ørsted handlede herved også i overensstemmelse med sine egne udbudsbestemmelser, hvoraf det fremgår, at forbehold i tilbudsgivernes endelige tilbud (BAFO) ville medføre afvisning, hvis (i) forbeholdet angik grundlæggende elementer, eller (ii) forbeholdet ikke lod sig prissætte med den fornødne sikkerhed og objektivitet.

Ørsteds afvisning af Microsofts tilbud var på den baggrund berettiget, idet Ørsted som følge af Microsofts forbehold var berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddet.

Ad påstand 7

Microsoft har gjort gældende, at der på baggrund af det under påstand 1-6 anførte er grundlag for at annullere Ørsteds beslutning af 12. august 2022 om at tildele kontrakten til Amazon Web Services EMEA SARL.

Ørsted har gjort gældende, at der under henvisning til det under påstand 1-6 anførte ikke er grundlag for – hverken generelt eller efter en konkret væsentlighedsvurdering – at annullere Ørsteds beslutning om at tildele Rammeaftalen til Amazon Web Services EMEA SARL.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

Klagenævnet har ad påstand 1 i delkendelse af 21. september 2022, hvor klagenævnet tog stilling til, om betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") var opfyldt, udtalt:

”Påstanden angår spørgsmålet om, hvorvidt det er muligt at anvende en kvalifikationsordning ved udbud af en rammeaftale i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet omfatter varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsopgaver over tærskelværdien for EU-udbud på forsyningsområderne.

Rammeaftaler er nærmere reguleret i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 51, hvor det i stk. 1 er fastsat:

”Ordregivende enheder kan indgå rammeaftaler, såfremt de anvender de procedurer, der fastsættes ved dette direktiv.”

En rammeaftale kan således indgås bl.a. ved anvendelse af proceduren udbud med forhandling med forudgående indkaldelse af tilbud, jf. direktivets artikel 47.

Ved anvendelse af proceduren udbud med forhandling med forudgående indkaldelse af tilbud kan indkaldelse af tilbud ske ved en bekendtgørelse om anvendelse af en kvalifikationsordning, jf. artikel 44, stk. 4, litra b).

Det er således efter ordlyden af direktivets artikel 44, artikel 47 og artikel 51 muligt at anvende en kvalifikationsordning ved udbud af en rammeaftale.

Kvalifikationsordninger er nærmere beskrevet i direktivets artikel 77, hvori er fastsat:

”1. De ordregivende enheder kan, hvis de ønsker det, oprette og anvende en kvalifikationsordning for de økonomiske aktører.

...

5. Hvis en indkaldelse af tilbud sker ved en bekendtgørelse om anvendelse af en kvalifikationsordning, tildeles specifikke bygge- og anlægs-, vareindkøbs eller tjenesteydelseskontrakter, som er omfattet af kvalifikationsordningen, ved begrænset udbud eller ved udbud med forhandling, hvor alle tilbudsgivere og deltagere udvælges blandt de ansøgere, der allerede er kvalificeret i henhold til en sådan ordning.”

I det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv (direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004) fandtes bestemmelsens stk. 5 i artikel 53, stk. 9, som havde følgende ordlyd:

”Hvis udbud sker ved en bekendtgørelse om anvendelse af en kvalifikationsordning, udvælges tilbudsgiverne ved begrænset udbud eller deltagere ved udbud med forhandling blandt de ansøgere, der er kvalificeret i henhold til en sådan ordning.”

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 77, stk. 5, er en videreførelse af artikel 53, stk. 9, i direktiv 2004/17/EF. Artikel 53, stk. 9, omfattede alle aftaleformer, og der er hverken i præamblen eller i de bagvedliggende forarbejder/forhandlinger til det gældende forsyningsvirksomhedsdirektiv grundlag for at antage, at den ændrede ordlyd i artikel 77, stk. 5, har medført en indholdsmæssig ændring.

Hverken ordlyden eller forarbejderne til artikel 77 støtter således, at anvendelsen af kvalifikationsordninger til udvælgelse af ansøgere i forbindelse med udbud af en rammeaftale skulle være begrænset. Anvendelsen af kvalifikationsordninger til udvælgelse af ansøgere i forbindelse med udbud af en rammeaftale findes heller ikke at være i strid med formålet med kvalifikationsordninger eller hensynet til en effektiv konkurrence.

Klagenævnet finder herefter på det foreløbige grundlag, der foreligger, at Ørsted ikke har handlet i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, eller artikel 77, stk. 5, ved at udbyde en rammeaftale som et udbud med forhandling med forudgående indkaldelse af tilbud med afsæt i en kvalifikationsordning.

Der er derfor ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.”

Der er under den efterfølgende behandling af sagen ikke fremkommet nye oplysninger, som giver klagenævnet grundlag for at ændre sin foreløbige opfattelse af sagen.

På den baggrund og af de grunde, der er angivet i klagenævnets delkendelse af 21. september 2022, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 1a

Klagenævnet lægger til grund, at det er bekendtgørelse nr. 2021/S 204-534597 af 15. oktober 2021, som udgør grundlaget for den kvalifikationsordning, Ørsted har anvendt.

Da Ørsted således ikke – som påstået af Microsoft – har anvendt CPV-koden ”31000000 Electrical machinery, apparatus, equipment and consumables; lighting” til at identificere den udbudte anskaffelse, er der ikke grundlag for at tage påstand 1a til følge.

Ad påstand 2

Klagenævnet har ad påstand 2 i delkendelse af 21. september 2022 udtalt:

”I forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 68, stk. 1, er følgende fastsat:
”Hvis ordregivende enheder ønsker at anvende en kvalifikationsordning i henhold til artikel 77, skal denne ordning offentliggøres ved en bekendtgørelse i henhold til bilag X, hvorefter det fremgår, hvilket formål kvalifikationsordningen tjener, og hvor reglerne for dens anvendelse kan rekvireres.”

Det følger af forsyningsvirksomhedsdirektivets bilag X, pkt. 4, at bekendtgørelsen bl.a. skal indeholde:

”Kvalifikationsordningens formål (beskrivelse af de varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder eller kategorier heraf, der skal anskaffes via denne ordning — CPV-koder). NUTS-koden for den primære byggeplads for bygge- og anlægsarbejder eller NUTS-koden for det primære leveringssted for varer eller tjenesteydelser.”

Der er ikke i bilaget stillet krav om en mere indgående beskrivelse af de varer m.v., der skal anskaffes eller omfanget heraf.

Klagenævnet lægger til grund, at kvalifikationsordningen Achilles, der permanent har en notits på EU’s webside TED (Tenders Electronic Daily), er offentliggjort ved en bekendtgørelse, som indeholder de oplysninger, der fremgår af forsyningsvirksomhedsdirektivets bilag X.

Ørsted har herefter ikke pligt til at foretage yderligere offentliggørelse i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 68 forud for tildeling af kontrakt.

Ved anvendelse af en kvalifikationsordning skal ordregiver overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

EU-domstolen har i C-23/20, *Simonsen & Weel*, præmis 62-64, udtalt, at (62) gennemsigtighedsprincippet og princippet om ligebehandling af de økonomiske aktører, der er berørt af indgåelsen af rammeaftalen, hvilke principper bl.a. er fastsat i artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24, ville blive påvirket, såfremt den ordregivende myndighed, der oprindeligt var part i rammeaftalen, ikke angav den maksimale værdi eller den maksimale mængde, som en sådan aftale vedrører. (63) I denne henseende har den ordregivende myndigheds angivelse af den anslåede mængde og/eller den anslåede værdi samt en maksimal mængde og/eller en maksimal værdi af de varer, der skal leveres i henhold til en rammeaftale, en væsentlig betydning for en tilbudsgiver, idet denne på grundlag af dette estimat skal være i stand til at vurdere sin evne til at opfylde sine forpligtelser i henhold til rammeaftalen. (64) Hvis den anslåede maksimale værdi eller anslåede maksimale mængde, som en sådan rammeaftale vedrører, ikke skulle være angivet, eller hvis en sådan angivelse ikke skulle være retligt bindende, ville den ordregivende myndighed kunne fravige denne maksimale mængde. Den valgte tilbudsgiver ville i henhold til sit kontraktlige

ansvar følgelig kunne sagsøges for manglende opfyldelse af rammeaftalen, hvis det ikke lykkes den pågældende at levere de mængder, som den ordregivende myndighed har anmodet om, selv om disse mængder overstiger den maksimale mængde i udbudsbekendtgørelsen. En sådan situation ville imidlertid være i strid med gennemsigtighedsprincippet, der er fastsat i artikel 18, stk. 1, i direktiv 2014/24.

Ved anvendelse af en kvalifikationsordning har ordregiver som anført ikke pligt til at foretage en yderligere konkret annoncering i Tenders Electronic Daily (TED). Derimod foretages der en annoncering inden for selve kvalifikationsordningen.

Ørsted har i anmodningen af 26. november 2021 om deltagelse i prækvalifikation oplyst rammeaftalens ”Estimated total amount” og ”Envisaged total maximum amount”.

Klagenævnet finder på det foreløbige grundlag, der foreligger, at Ørsted derved har opfyldt kravene om at oplyse den anslåede mængde og/eller den anslåede værdi samt den maksimale mængde og/eller den maksimale værdi af de varer, der skal leveres i henhold til rammeaftalen.

Der er derfor ikke udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.”

Der er under den efterfølgende behandling af sagen ikke fremkommet nye oplysninger, som giver klagenævnet grundlag for at ændre sin foreløbige opfattelse af sagen.

På den baggrund og af de grunde, der er angivet i klagenævnets delkendelse af 21. september 2022, tages påstanden ikke til følge.

Ad påstand 3-6

Vedrørende påstand 3-6 udtalte klagenævnet i delkendelse af 21. september 2022 følgende:

”Ad påstand 3

Påstanden angår, om Ørsted var berettiget til under forhandlingen at ændre i kontraktudkastets pkt. 3.2, 4, 5, 7 og 20 som sket.

Det fremgår af udbudsmaterialets Annex D, faneblad Framework Agreement, at kontraktudkastets pkt. 3.2 og 4, kontraktudkastets pkt. 5, bortset fra det oprindelige pkt. 5.2.1, kontraktudkastets pkt. 7, bortset fra pkt. 7.4, og pkt. 20, alle er anført som ”Standard Requirement (SR)”. Kontraktudkastets oprindelige pkt. 5.2.1, der vedrører Ørstedes mulighed for at opsigte aftalen ”for convenience”, og pkt. 7.4, der vedrører Ørstedes mulighed for at indkøbe nye/opdaterede ”Services”, er anført som ”Prioritized Evaluation Criteria (PEC)”.

Som anført ad påstand 4, så fremgår det klart af udbudsmaterialet, at der kunne forhandles om ”Standard Requirement (SR)” med den begrænsning, at der ikke kunne foretages ændringer, såfremt ændringerne udgjorde ændringer af grundlæggende elementer. Tilsvarende kunne der forhandles om ”Prioritized Evaluation Criteria (PEC)”.

Et udbud med forhandling er kendetegnet ved, at parterne som følge af forhandlingsprocessen har mulighed for at foretage ændringer og optimere henholdsvis deres tilbud og udbudsmaterialet. Ændring af et udbudsmateriale er lovligt, så længe det sker inden for rammerne af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Det beror på en konkret vurdering, om en given ændring af en kontraktbestemmelse ligger inden for de udbudsretlige rammer. Det er som udgangspunkt inden for de udbudsretlige rammer at forhandle om og foretage ændringer af forhold, der på forhånd er markeret som forhold, der kan være til forhandling.

En ændring omfatter grundlæggende elementer, hvis ændringen kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt.

Klagenævnet lægger efter det oplyste til grund, at kontraktudkastet ikke blev sendt til deltagerne i kvalifikationsordningen i forbindelse med indhentning af ansøgninger om prækvalifikation.

Klagenævnet finder på det foreløbige grundlag, der foreligger, at kontraktændringerne ikke indebærer en grundlæggende ændring af den

ydelse, som Ørsted ønsker at indkøbe, og at ændringerne af kontraktbestemmelserne ikke har påvirket potentielle ansøgers deltagelse i udbuddet.

Særligt vedrørende rammeaftalens pkt. 3.2 og 4

Under forhandlingen ændrede Ørsted kontraktudkastet, derved at der blev indført et nyt pkt. 3.2, og der blev foretaget ændringer af pkt. 4. Ændringerne indebar ændringer af kontraktudkastets dokumenthierarki og fortolkningsprincipper, herunder at tilbudsgivernes ”Terms and Conditions” blev rykket op i hierarkiet.

En aftales angivelse af dokumenthierarkiet og en aftales fortolkningsprincipper er generelt af stor betydning for en tilbudsgiver.

Efter det oplyste lægger klagenævnet til grund, at markedet for cloud-ydelser er karakteriseret ved, at der er tre globale og dominerende markedsaktører, at ydelserne og markedsaktørernes vilkår er standardiserede, og at alle de prækvalificerede tilbudsgivere i forbindelse med forhandlingerne udtrykte ønske om, at der blev foretaget visse justeringer af rammeaftalens pkt. 3 og 4.

Ørsted havde i udbudsmaterialet angivet pkt. 3.2 og 4 som ”Standard Requirement (SR)”, som der kunne forhandles om, og Microsoft har ikke sandsynliggjort, at ændringerne i pkt. 3.2 og 4 konkret har tilgodeset bestemte tilbudsgivere eller på anden måde har fordrejet konkurrencen mellem dem.

Det er på den baggrund klagenævnets vurdering på det foreløbige grundlag, der foreligger, at ændringerne ikke er ændringer af grundlæggende elementer.

Særligt vedrørende rammeaftalens pkt. 5

I den oprindelige version af rammeaftalen var Ørsted berettiget til, uden for misligholdelsestilfælde og med tre måneders varsel, at opsiges rammeaftalen ensidigt, jf. det oprindelige udkast til rammeaftalens pkt. 5.2.1. Som anført ovenfor fremgår det af udbudsmaterialets Annex D, faneblad

Framework Agreement, at kontraktudkastets pkt. 5.2.1 er anført som ”Prioritized Evaluation Criteria (PEC)”.

I den oprindelige version af rammeaftalen havde tilbudsgiverne derimod ingen adgang til at opsige rammeaftalen uden for misligholdelsestilfælde, jf. pkt. 5.3.1.

I den endelige version af rammeaftalens pkt. 5 var der bl.a. foretaget den ændring, at Ørsted ikke længere havde adgang til at opsige rammeaftalen ensidigt uden for misligholdelsestilfælde.

Det er af væsentlig betydning for tilbudsgiverens prissætning og optimering af tilbuddet, om ordregiveren har en ensidig opsigelsesadgang, da en sådan adgang forøger tilbudsgiverens risiko for, at kontrakten ophører før tid. Dette må almindeligvis formodes at ville medføre en forhøjelse af tilbudsprisen, da det normerer, hvor lang tid parterne skal planlægge at levere henholdsvis betale for de ydelser, som aftalen omfatter.

I den oprindelige version af rammeaftalen, jf. pkt. 5.4.2, havde Ørsted påtaget sig en minimumkøbsforpligtelse, som fortsat bestod efter ændringen, uanset at Ørsted opsagde aftalen. Ørsted ville dermed under alle omstændigheder være forpligtet til at erlægge det samme minimumsbeløb for ydelserne, selv om rammeaftalen blev opsagt.

Dertil kommer, at Ørsted ifølge rammeaftalens pkt. 19.5 ikke havde pligt til at gøre brug af ydelserne under rammeaftalen. Ørsted var således berettiget til at nedskalere sit forbrug på alle ydelser til 0 kr. Ørsted kunne på den baggrund til enhver tid vælge ikke at gøre brug af tilbudsgivernes ydelser under rammeaftalen og i stedet købe tilsvarende ydelser hos en anden leverandør, da rammeaftalen var en ikke-eksklusiv aftale, jf. rammeaftalens pkt. 1.2. Uanset om Ørsted anvendte tilbudsgivernes ydelser, ville Ørsted fortsat være forpligtet til at erlægge det aftalte minimumsbeløb på 17,7 mio. USD, som var fastsat i rammeaftalens pkt. 20.

Konsekvensen af disse bestemmelser svarer til, hvis Ørsted havde bevarret en ensidig opsigelsesadgang og udnyttet denne.

Under disse omstændigheder findes den risiko for kontraktens ophør, som tilbudsgiverne måtte kalkulere med, ikke at have ændret sig i betydeligt omfang ved, at Ørsted ikke længere ensidigt kunne opsige rammeaftalen.

Microsoft har ikke sandsynliggjort, at ændringerne i pkt. 5 konkret har tilgodeset bestemte tilbudsgivere eller på anden måde har fordrejet konkurrencen mellem dem, og ændringen udgør ikke en ændring af et grundlæggende element.

Den omstændighed, at Ørsted samtidig ændrede pkt. 5.3.1 således, at rammeaftalen for tilbudsgiverne ikke længere var uopsigelig, findes heller ikke at udgøre en ændring af et grundlæggende element.

Klagenævnet har herved lagt vægt på, at rammeaftalen er en tidsbegrænset aftale, som i sig selv er obligationsretligt uopsigelig. Derfor havde ændringen ingen materiel betydning for tilbudsgiverne.

Det er på den baggrund klagenævnets vurdering på det foreløbige grundlag, der foreligger, at ændringerne ikke er ændringer af grundlæggende elementer.

Særligt vedrørende rammeaftalens pkt. 7

Rammeaftalens pkt. 7 angår Microsofts adgang til at foretage ændringer af cloud-ydelserne under rammeaftalen.

Tilbudsgiverne havde i den oprindelige version af rammeaftalens pkt. 7 adgang til at ændre på "Services", hvilket vil sige selve ydelsens karakter og indhold. I den endelige version af rammeaftalens pkt. 7 fik tilbudsgiverne tillige adgang til at ændre priserne, reducere den tekniske ydeevne af cloud-ydelserne og ændre i kontraktvilkårene. Varslingsperioden for væsentlige ændringer blev desuden forlænget fra tre til tolv måneder, og varslingen blev indskrænket til at omfatte ændringer i cloud-ydelsernes tekniske indhold.

Bestemmelser i en kontrakt om parternes ret til at foretage ændringer i en kontrakts løbetid er generelt af stor betydning for en tilbudsgiver. Til-

budsgivernes ændringsret omfattede imidlertid alene generelle ændringer, som efter klagenævnets vurdering har været i alle tilbudsgiveres interesse.

Microsoft har ikke sandsynliggjort, at ændringerne i pkt. 7 konkret har tilgodeset bestemte tilbudsgivere eller på anden måde har fordrejet konkurrencen mellem dem.

Det er på den baggrund klagenævnets vurdering på det foreløbige grundlag, der foreligger, at ændringerne ikke er ændringer af grundlæggende elementer.

Særligt vedrørende rammeaftalens pkt. 20

Ved ændringen af rammeaftalens pkt. 20 påtog Ørsted sig en minimumkøbsforpligtelse i forbindelse med udnyttelse af optioner, ligesom den eksisterende købsforpligtelse blev fordelt på 4 år.

Regulering af minimumskøbsforpligtelser er generelt af stor betydning for en tilbudsgiver. Ændringerne i minimumskøbsforpligtelserne udgjorde imidlertid kun en mindre ændring, og det er ikke godtgjort, at ændringen havde nogen væsentlig kommerciel betydning for tilbudsgiverne.

Microsoft har ikke sandsynliggjort, at ændringerne i pkt. 20 konkret har tilgodeset bestemte tilbudsgivere eller på anden måde har fordrejet konkurrencen mellem dem.

Det er på den baggrund klagenævnets vurdering på det foreløbige grundlag, der foreligger, at ændringerne ikke er ændringer af grundlæggende elementer.

Klagenævnet finder herefter samlet, at der ikke er udsigt til, at klagenævnet vil tage påstanden til følge.

Ad påstand 4

Kravtyperne ”Minimum Requirement (MR)” og ”Standard Requirement (SR)” er i udbudsbetingelsernes pkt. 5.1.1 begge defineret som ”require-

ments that must be fulfilled by the Tenderer in BAFO”. Af udbudsmaterialets Annex D, faneblad Guideline to Tenderer, fremgår det i overensstemmelse hermed, at tilbudsgiver ved udfyldelsen af fanebladet alene kunne anføre ”yes” eller ”no” som svar på, om ”Minimum Requirement (MR)” og ”Standard Requirement (SR)” var opfyldt i BAFO.

Om evalueringen af kontraktudkastet fremgår det af udbudsbetingelsernes pkt. 6.1.1.1, at ”Minimum Requirement (MR)” og ”Standard Requirement (SR)” ikke indgår i tilbudsevalueringen, og af pkt. 6.1.1.2 at såfremt ”Best and Final Offer (BAFO)” indeholder forslag til ændringer af ”Minimum Requirement (MR)” og ”Standard Requirement (SR)”, vil sådanne forslag til ændringer blive håndteret som forbehold i henhold til udbudsbetingelsernes pkt. 7.8.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 7.8.2 fremgår, at der vil blive forhandlet om forbehold i det indledende tilbud eller efterfølgende (ikke endelige) tilbud.

Af udbudsbetingelsernes pkt. 7.8.3 fremgår, at hvis BAFO indeholder forbehold over for mindstekrav eller grundlæggende elementer, er Ørsted berettiget og forpligtet til at afvise tilbuddet.

Udbudsbetingelsernes definition af kravtyperne ”Minimum Requirement (MR)” og ”Standard Requirement (SR)” gav anledning til en række spørgsmål under udbudsprocessen.

Ved Ørsteds besvarelse af spørgsmål 2, der vedrørte forskellen mellem ”Minimum Requirement (MR)” og ”Standard Requirement (SR)”, anførte Ørsted, at “Minimum Requirement (MR) are requirements that must be fulfilled by the Tenderer in BAFO.”, hvorimod ”Standard Requirement (SR) are requirements that must be fulfilled by the Tenderer in BAFO. NON-fundamental changes to SRs can be made during the tender process.”

Ørsteds besvarelse af spørgsmål 2 er i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes pkt. 6.1.1.2, 7.8.2 og 7.8.3.

Det fremgår således klart af udbudsmaterialet, at der ikke kunne forhandles om ”Minimum Requirement (MR)”, hvorimod der kunne forhandles

om "Standard Requirement (SR)" med den begrænsning, at der ikke kunne foretages ændringer i "Standard Requirement (SR)", såfremt ændringerne udgjorde ændringer af grundlæggende elementer. Det fremgår endvidere klart af udbudsmaterialet, at forbehold i BAFO over for "Minimum Requirement (MR)" ikke var tilladt, hvorimod forhold i BAFO over for "Standard Requirement (SR)" ikke var tilladt, såfremt forbeholdet udgjorde et forbehold for grundlæggende elementer.

På det grundlag, der foreløbigt foreligger, er der derfor ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 5

Microsoft har gjort gældende, at Ørsted har fastsat mindstekrav, der efter deres beskaffenhed er uegnede til at danne ramme for afgivelse af tilbud, da mindstekravene er subjektive, har et skønsmæssigt indhold, og graden af opfyldelsen og det juridiske indhold af mindstekravet er uklart.

Microsoft har herved nærmere henvist til rammeaftalens pkt. 1.1.2 og rammeaftalens Appendix 6, pkt. 2.3.2, der begge er kategoriseret som mindstekrav.

Ad rammeaftalens pkt. 1.1.2

I rammeaftalens pkt. 1.1.2 står der:

"While Ørsted is the contracting entity under this Agreement, the Parties acknowledge that Ørsted will not be the sole End User of the Services. Ørsted is the centralized group purchasing entity and as such will make the Services under this Agreement available to other entities as described in Clause 6 below for the purpose of conducting the group's business activities."

"End User(s)" er i rammeaftalens pkt. 3.1, litra k) defineret på følgende måde:

"... means any individual or entity that directly or indirectly through Ørsted either: (i) accesses or uses Ørsted Data, or (ii) otherwise accesses or uses the Services or any Supplier content under a Supplier account and

include without limitation Affiliates, as well as employees, service providers and consultants of Ørsted or its Affiliates. End User(s) do not include individuals or entities when they are accessing or using the Services or any Supplier content under their own Supplier account rather than through an account owned by Ørsted.”

Ørsted havde i rammeaftalens pkt. 6, som der henvises til i pkt. 1.1.2, nærmere beskrevet, hvordan Ørsted ville stille tilbudsgivernes ydelser til rådighed for andre brugere, og at Ørsted påtog sig ansvaret for de aktiviteter, der blev udført ved brug af ydelserne.

På den baggrund og efter indholdet af definitionen af ”End User(s)” er det klagenævnets vurdering på det foreløbige grundlag, der foreligger, at rammeaftalens pkt. 1.1.2 ikke er så skønsmæssigt præget, at det ikke er egnet som mindstekrav.

Ad rammeaftalens Appendix 6, pkt. 2.3.2

I rammeaftalens Appendix 6 Terms for professional services står der i pkt. 2.3.2:

“When posting consultants in Denmark to perform the Professional Services, Supplier is obligated to comply with the Danish Posting Act and must ensure that all posted consultants engaged in performing the Professional Services in Denmark are offered terms regarding salary and rights no less favorable than set out in a collective agreement covering the relevant type of work or service and concluded by the most representative employers and labor organizations at the national level to apply on the Danish national territory.”

Efter indholdet af pkt. 2.3.2, der indeholder en sædvanlig formulering, som er i overensstemmelse med cirkulære nr. 9471 af 30. juni 2014 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter § 3, stk. 1, er det klagenævnets vurdering, at forholdene på det danske arbejdsmarked beskrives tilstrækkeligt præcist, og at pkt. 2.3.2 ikke er så skønsmæssigt præget, at det er uegnet som mindstekrav.

Ad påstand 6

I Microsofts tilbud, Annex F Form for submission of Reservations to the Tender, foreslog virksomheden bl.a., at der som nyt pkt. 1.1.5 i rammeaftalen blev indsat følgende afsnit:

”1.1.5 For the avoidance of doubt, Supplier is the Microsoft sales affiliate that is authorized to distribute and sell the Services under this Framework Agreement and its appendices to Customer. Microsoft Ireland Operations Limited (sub-supplier to the Supplier) is the legal entity granting Customer the license to access and use Microsoft Public Cloud Services portion of the Services under the licensing terms and conditions set forth in Appendix 8, however subject to compliance with the terms of the Framework Agreement regardless of what is set out in Appendix 8. Customer acknowledges and agrees that Customer and Microsoft Ireland Operations Limited being a sub-supplier of Supplier will execute and sign the Signature Form regarding the Microsoft Licensing Contracts comprising the Microsoft Business and Services Agreement, the Enterprise Agreement, the Server and Cloud Enrollment, the Product Selection Form and any amendments to the Licensing Contracts as included in Appendix 8. Thus, Customer accepts that Customer is obliged to sign and be a contracting party to the said agreements with Microsoft Ireland Operations Limited granting Customer the rights to use the Public Cloud Services. The Supplier and Customer will execute and sign the Framework Agreement, the Microsoft Sales Contracts, and Statements of Services for (i) Professional Services and (ii) Support Services provided in Denmark.”

Ved underretningsbrev af 12. august 2022 til Microsoft meddelte Ørsted med henvisning til Microsofts forslag til ændringer, at Microsofts tilbud var fundet ukonditionsmæssigt, og at virksomhedens tilbud derfor ikke blev taget i betragtning.

Pkt. 1.1.5 indebar, at Ørsted skulle indgå en aftale direkte med underleverandøren, Microsoft Ireland Operations Limited (MIOL), således at denne tillige med Microsoft blev kontraktpart. Dermed ville Microsoft Ireland Operations Limited ikke længere være underleverandør, men ville indgå i det direkte leverandørforhold.

Microsoft Ireland Operations Limited var ikke blevet prækvalificeret til at deltage i udbuddet og havde ikke afgivet tilbud. En ordregiver er ikke

berettiget til at indgå kontrakt med en virksomhed, der ikke har afgivet tilbud under udbudsprocessen.

Allerede af den grund finder klagenævnet på det foreløbige grundlag, der foreligger, at der ikke er udsigt til, at påstand 6 vil blive taget til følge.”

Der er under den efterfølgende behandling af sagen ikke fremkommet nye oplysninger eller indlæg vedrørende påstandene.

På den baggrund og i øvrigt af de grunde, der er angivet i klagenævnets delkendelse af 21. september 2022, tages påstandene ikke til følge.

Ad påstand 7

Under henvisning til det ad påstand 1-6 anførte tages påstand 7 ikke til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Microsoft Danmark ApS skal i sagsomkostninger til Ørsted Services A/S betale 35.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jakob O. Ebbensgaard

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Nadia Reichenbach Bodentien
Kontorelev