

Klagenævnet for Udbud
(Jakob O. Ebbensgaard, Ane Røddik Christensen,
Rikke Fog Bach, Pernille Hollerup)

J.nr.: 23/12074
16. maj 2024

K E N D E L S E

Nuuday A/S

(advokat Jens Munk Plum og advokat Carina Renate Czerwinski Dall, København)

mod

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S

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

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2023/S 038-113036 af 17. februar 2023 udbød Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (herefter SKI) som begrænset udbud efter udbudsloven en rammeaftale angående levering af kommunikationsprodukter opdelt i to delaftaler. Delaftale 1 vedrører ”Unified Communications- og telefoniprodukter”, og delaftale 2 vedrører ”Netværksprodukter”.

Den 11. april 2023 besluttede SKI at prækvalificere følgende virksomheder:

Delaftale 1:

- Atea A/S
- Best-AV A/S
- COMM2IG A/S
- Jansson - AV Center - Globe Systems (konsortium)
- Nuuday A/S

Delaftale 2:

- Atea A/S
- COMM2IG A/S
- Conscia Danmark A/S
- Edgemo Wingmen
- Nuuday A/S

Tilbudsgiverne blev efterfølgende opfordret til at afgive tilbud med tilbudsfrist den 7. juni 2023. SKI modtog tilbud fra alle de prækvalificerede tilbudsgivere.

SKI meddelte den 5. juli 2023, at SKI forventede at overgå til udbud med forhandling i medfør af udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, samt § 61, stk. 4, og den 7. august 2023 offentliggjorde SKI aflysningebekendtgørelse nr. 2023/S 152-483997.

Den 9. august 2023 indrykkede SKI udbudsbekendtgørelse 2023/S 152-483997 med oplysning om, at SKI havde besluttet at overgå til udbud med forhandling uden offentliggørelse af en ny udbudsbekendtgørelse. Det fremgår endvidere, at den nye procedure omfattede alle tilbudsgiverne, der deltog i den forudgående procedure.

Tilbudsfristen blev efterfølgende endeligt forlænget til den 12. september 2023, hvor Nuuday indleverede tilbud på begge delaftaler.

Den 27. september 2023 modtog SKI endelige tilbud fra samtlige tilbudsgivere.

Den 6. oktober 2023 oplyste SKI, at Nuudays tilbud på både delaftale 1 og 2 var konditionsmæssige, men at SKI havde besluttet at tildele delaftale 1 til Jansson - AV Center - Globe Systems (konsortium), Comm2ig A/S og Best-AV A/S og delaftale 2 til Edgemo Wingmen (konsortium), Atea A/S og Conscia Danmark A/S.

Den 17. oktober 2023 indgav Nuuday klage til Klagenævnet for Udbud over SKI. Nuuday fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud skulle tillægge klagen opsættende virkning. Den 27. oktober 2023 frafaldt Nuuday sin anmodning om opsættende virkning.

Den 2. november 2023 blev delaftale 1 og 2 underskrevet og indgået med de vindende tilbudsgivere.

Nuuday har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1 a

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at overgå til udbud med forhandling, selvom SKI allerede den 7. juni 2023 havde modtaget et konditionsmæssigt tilbud på begge delaftaler fra Nuuday.

Påstand 1

SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at gennemføre flere forhandlingsrunder, selvom SKI havde modtaget et konditionsmæssigt tilbud på principalt begge delaftaler, subsidiært kun delaftale 1, fra Nuuday.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at udbudspligten ikke er afløftet for så vidt angår indkøb af produkter i det ”frivillige sortiment” under rammeaftale 50.07 (delaftale 1 og 2), og at evalueringsmodellen derfor har været uegnet.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI ikke har fastlagt klare bestemmelser og objektive kriterier for kundernes valg imellem miniudbud og direkte tildeling i strid med udbudslovens §§ 98 og 99.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere SKIs beslutninger af 22. september 2023 om tildelinger af rammeaftale 50.07 Kommunikationsprodukter (delaftale 1 og 2).

Påstand 5

Såfremt Klagenævnet for Udbud afsiger kendelse på et tidspunkt, hvor SKI har underskrevet Rammeaftale 50.07, skal Klagenævnet for Udbud konstatere, at rammeaftalen (både delaftale 1 og 2) er uden virkning og udstede påbud om, at rammeaftalen straks bringes til ophør.

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

Klagenævnet har den 19. oktober 2023 meddelt SKIs kontraktparter, ATEA A/S, Best-AV A/S, Comm2ig A/S, Conscia Danmark A/S, Edgemo Wingmen (konsortium) ved kontraktansvarlig Danoffice IT ApS og Jansson - AV Center - Globe Systems (konsortium) ved kontraktansvarlig Jansson Kommunikation A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Ingen af de anførte kontraktparter har besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2023/S 038-113036 af 17. februar 2023 udbød SKI som begrænset udbud efter udbudsloven en rammeaftale angående levering af Kommunikationsprodukter opdelt i to delaftaler. Delaftale 1 vedrører ”Unified Communications- og telefoniprodukter”, og delaftale 2 vedrører ”Netværksprodukter”.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår bl.a.:

”II.1.4) Short description:

...

SKI forventer, at delaftalerne tildeles flere leverandører, jf. punkt IV.1.3), og den efterfølgende tildeling af leveringskontrakter på baggrund af rammeaftalen sker ved direkte tildeling eller miniudbud, jf. nærmere i bilag D til rammeaftalen.

...

Del VI: Supplerende oplysninger

...

Ad IV.1.3): Der gøres opmærksom på, at tallet 3 angivet som ”Højeste antal påtænkte deltagere i rammeaftalen” er angivet pr. delaftale, således at det højeste antal påtænkte deltagere på hver delaftale er 3.”

Af udbudsbetingelserne fremgår generelt om de udbudte rammeaftaler og om evalueringen af tilbud:

”Udbudsbetingelser

Rammeaftale 50.07 Kommunikationsprodukter

Generisk for Delaftale 1 og Delaftale 2

...

3 Formål og baggrund

...

Rammeaftalen er opdelt i 2 delaftaler, som hver især udgør selvstændige rammeaftaler. SKI forventer at tildele rammeaftalen til 3 leverandører pr. delaftale.

...

I forhold til direkte tildeling og miniudbud har hver enkelt region og kommune haft mulighed for, forud for udbuddet, at vælge sin egen tærskelværdi for, hvor stor værdien af en anskaffelse via direkte tildeling må være, når kunden bruger rammeaftalen. Når anskaffelsen overstiger kundens fastsatte værdi, er kunden forpligtet til at anvende miniudbud som tildelingsmetode. Den enkelte kundes tærskelværdi er fastsat mellem DKK 100.000 DKK og 2.000.000 DKK. For statslige kunder og kunder, der kan anvende rammeaftalen uden forudgående tilslutning, er beløbsgrænsen til miniudbud 2.000.000 kr. Se nærmere om, hvornår kunderne skal bruge direkte tildeling og miniudbud, herunder i forhold til tærskelværdien for direkte tildeling, i bilag D. Kundernes individuelle tærskelværdier fremgår af Excel-filen til bilag A Kundeliste.

...

4 Den udbudte genstand

...

Sortimentet på begge delaftaler er opdelt i et obligatorisk og et (mindre) frivilligt sortiment. Det frivillige sortiment vil både være frivilligt for tilbudsgiver at tilbyde og frivilligt for kunderne at aftage i aftaleperioden. Fælles for det obligatoriske og det frivillige sortiment er, at produkterne er katalogegnede.

For begge delaftaler er produkterne og ydelserne i sortimentet delt op i tre niveauer:

- 1) Hovedproduktgrupper
- 2) Produktgrupper
- 3) Underproduktgrupper

Hovedproduktgruppeniveauet anvendes til at kategorisere produkter og ydelser på rammeaftalen. Produktgruppeniveauet bruges til teknisk at op-

dele hovedproduktgrupperne og indeholder fælles krav til de underliggende underproduktgrupper. Underproduktgruppeniveauet specificerer de mere detaljerede krav til de omfattede produkter og ydelser.

Det obligatoriske sortiment for delaftale 1 indeholder ... hovedproduktgrupper, produktgrupper og underproduktgrupper, mens det frivillige sortiment kun er specificeret i hovedproduktgrupper og produktgrupper ...

8 Tildelingskriterier og evaluering

Tilbuddene vil blive evalueret efter tildelingskriteriet ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet” med følgende underkriterier og vægtning. Evalueringsmodellen er ens for begge delaftaler med de undtagelser, der er beskrevet specifikt nedenfor:

Tildelingskriterium	Underkriterier	Vægt
Bedste forhold mellem pris og kvalitet	Pris (og omkostninger, jf. nedenfor)	80 %
	Sortimentsbredde	20%

Der vil blive foretaget en evaluering af underkriteriet ”Pris”, jf. punkt 8.1, og en evaluering af underkriteriet ”Sortimentsbredde”, jf. punkt 8.2.

...

Generelt gøres opmærksom på, at underkriteriet ”pris” (og omkostninger) alene evalueres på det obligatoriske sortiment og underkriteriet ”sortimentsbredde” alene evalueres på det frivillige sortiment.

Generelt er tilbudslisten opbygget således, at tilbudsgiver skal tilbyde samtlige produkter i det obligatoriske sortiment, som udgør langt størstedelen af aftalen, og generelt indeholder alle de produkter, der i udgangspunktet forventes indkøbt på rammeaftalen. Ud over det obligatoriske sortiment, vil tilbudsgiver dog have mulighed for at tilbyde et begrænset frivilligt sortiment indenfor aftalens forskellige produktgrupper.

Opbygningen af sortimentet er blandt andet sket med henblik på at sikre, at det obligatoriske sortiment både i volumen og sammensætning udgør et repræsentativt udsnit af de produkter og ydelser, der forventes at blive indkøbt på aftalen, så prisevalueringen sikrer tildeling til de økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Det frivillige sortiment vil alene blive evalueret på underkriteriet ”sortimentsbredde”, så det sikres, at de tilbudsgivere, der faktisk tilbyder pro-

duktioner i det frivillige sortiment, opnår en evaluermæssig fordel herved. Vægtningen af underkriteriet afspejler dog det faktum, at der er tale om en mindre del af rammeaftalens samlede sortiment.

...

8.2 Evaluering af Sortimentsbredde

...

8.2.1 Trin 1: Point pr. produktgruppe

Hvert tilbud vil blive evalueret og tildelt point ud fra det antal produkter, Tilbudsgiver har tilbudt i det frivillige sortiment på hver produktgruppe. I hver produktgruppe vil der være mulighed for at tilbyde frivillige produkter svarende til ca. 20 % af det antal varelinjer, der indgår i det obligatoriske sortiment i produktgruppens underliggende underproduktgrupper. Point tildeles ud fra det maksimale antal produkter, det er muligt at tilbyde i en produktgruppe.

Det betyder, at tilbudsgivere, der har tilbudt det maksimale antal produkter tilladt i en produktgruppe, tildeles 10 point. Tilbudsgivere, der har 0 produkter i det frivillige sortiment i en produktgruppe tildeles 1 point. Tilbudsgivere, der har tilbudt et antal produkter i en produktgruppe i det frivillige sortiment, der ligger imellem 0 og det maksimalt tilladte antal, tildeles point ud fra en lineær interpolering mellem 0 og det maksimalt tilbudte for den relevante produktgruppe.

...

8.3 Samlet evaluering

De opnåede point for underkriterierne pris (80%) og sortiment (20%) indgår med de oplyste vægte, til en samlet score. De 3 tilbudsgivere, der har opnået de 3 højeste samlede scorere for hver delaftale, anses for at have afgivet de 3 økonomisk mest fordelagtige tilbud i henhold til tildelingskriteriet "Bedste forhold mellem pris og kvalitet", og vil blive tildelt en rammeaftale."

Begge underkriterier ville ved evalueringen få tildelt 1-10 point, hvorefter tilbuddets samlede pointscore ville blive beregnet på baggrund af de oplyste vægtninger.

Af udbudsbetingelserne fremgår særligt om vurderingen af tilbuddenes konditionsmæssighed:

"9.3.1 Om vurderingen af konditionsmæssighed

Delaftalernes obligatoriske sortiment:

Tilbudsgiver skal byde ind med produkter eller ydelser på samtlige varelinjer på det obligatoriske sortiment oplistet i bilag C Leverandørens tilbud. Såfremt tilbudsgiver undlader at byde ind med produkter eller ydelser på en eller flere varelinjer i det obligatoriske sortiment, vil hele tilbuddet være ukonditionsmæssigt, og vil derfor ikke indgå i evalueringen.

Tilbudsgiver kan således ikke undlade at tilbyde et produkt eller en ydelse på den enkelte varelinje. Dette udgangspunkt fraviges ikke, dog vil der erfaringsmæssigt kunne ske fejl i tilbudsafgivelsen, derfor kan ordregiver acceptere, at tilbudsgiver har max 2 % fejl på i det samlede antal varelinjer i bilag C Leverandørens tilbud.

Flere fejl i samme varelinje tælles som én fejl. For de produkter, hvor der skal angives priser på forskellige indkøbsscenarier, tælles alle de linjer i bilag C Leverandørens tilbud, der indgår i den evalueringstekniske pris for det pågældende produkts indkøbsscenarier som én samlet varelinje i relation til fejl.

Det understreges i denne forbindelse, at delaftalerne som beskrevet ovenfor evalueres hver for sig, og at fejlprocenten derfor beregnes selvstændigt for henholdsvis bilag C.1 og bilag C.2.

Eksempel 1:

Tilbudslisten indeholder eksempelvis 2123 varelinjer. Tilbudsgiver tilbyder kun 2069 varelinjer. Konsekvensen er, at hele tilbuddet er ukonditionsmæssigt,

Eksempel 2:

Tilbudslisten indeholder eksempelvis 2123 varelinjer. Tilbudsgiver tilbyder alle 2123 varelinjer, men med fejl i nogle af varelinjerne. Max. 2 % af varelinjerne må indeholde fejl, og tilbuddet er således ukonditionsmæssigt, hvis der er fejl i mere end $(0,02 * 2123) 43$ varelinjer.

Tilbudsgiver må ikke have fejl i samtlige produkter i en underproduktgruppe, uanset om antallet af varelinjer i underproduktgruppen er under 2 % af det samlede antal varelinjer. Har tilbudsgiver fejl, der ikke kan reddes med proceduren i udbudslovens § 159, stk. 5 på alle produkter i en underproduktgruppe, er tilbuddet således ukonditionsmæssigt.

Hvis der i en underproduktgruppe er stillet krav til (mindste-)antallet af producentmærker repræsenteret i underproduktgruppen, skal tilbudsgiver tilsvarende have mindst en fejlfri varelinje i underproduktgruppen for hvert krævet producentmærke, uanset om antallet af fejlbehæftede varelinjer i underproduktgruppen er under 2 % af det samlede antal varelinjer.

Hvis tilbudsgiver således ikke har tilbudt mindst en fejlfri varelinje pr. krævet producentmærke i en underproduktgruppe, og kan fejlen ikke reddes med proceduren i udbudslovens § 159, stk. 5, er tilbuddet ukonditionsmæssigt.

Varelinjer i tilbudslisten, der indeholder fejl, som ikke kan reddes med proceduren i udbudslovens 159, stk. 5, vil i forbindelse med prisevalueringen blive tildelt laveste point, dvs. 1 point og indgå med dette i opgørelsen af underproduktgruppens gennemsnitspoint. En eventuelt angivet pris, vil ikke indgå ved beregning af gennemsnitsprisen i forbindelse med fastlæggelse af, om den primære eller sekundære evalueringsmodel skal anvendes på underproduktgruppen, jf. afsnit 8.1. Disse varelinjer vil endvidere ikke indgå i rammeaftalens sortiment ved kontraktstart.

Det frivillige sortiment:

Da der ikke stilles krav om tilbud af produkter på det frivillige sortiment, har tilbud heraf ikke indvirkning på vurderingen af konditionsmæssighed. Dog skal bemærkes, at varelinjer i det frivillige sortiment, der indeholder fejl, der ikke kan reddes med proceduren i udbudslovens § 159, stk. 5 i forbindelse med kvalitetsevalueringen vil udgå, og dermed ikke tælle med i det antal produkter, tilbudsgiveren har tilbudt i den pågældende produktgruppe. Disse varelinjer vil tilsvarende ikke indgå i rammeaftalens sortiment ved kontraktstart.

9.3.2 Fejl der kan føre til ukonditionsmæssighed

SKI har vurderet, at nedenstående ikke-udtømmende liste over forhold kan føre til ukonditionsmæssighed uanset antallet af fejl:

- Produktet opfylder ikke grundlæggende elementer.
- Tilbudsgivers besvarelse i bilag C er så mangelfuld, at produktet/ydelseren ikke kan evalueres.
- Tilbudsgivers besvarelse opfylder ikke de i indledningen til bilag C og nedenfor i afsnit 9.3.3 angivne anvisninger for udfyldelse af tilbudslisten.
- Manglende pris på en varelinje.

Forhold, som SKI konkret vurderer kan reddes med proceduren i udbudslovens § 159, stk. 5, og som SKI må vælge aktivt at redde, indgår ikke i opgørelsen af fejl.”

Af Kravspecifikationen fremgår blandt andet:

”1 Formål og struktur

Formålet med nærværende bilag er at specificere krav til de Produkter og Ydelser, der er omfattet af Rammeaftalen.

...

2 Generelle krav

Kravene i nærværende kravspecifikation er krav til det sortiment, der tilbydes på Rammeaftalen. Kravene kan således ikke fraviges under Rammeaftalen.

Leverandøren er dog, hvor ingen begrænsning er nævnt, berettiget, men ikke forpligtet, til at overopfylde de fastsatte krav, herunder ved at tilbyde bedre kvalitet. Leverandøren opnår ikke en bedre tilbudsevaluering ved overopfyldelse af de fastsatte krav.

For begge delaftaler gælder det, at alle tilbudte Produkter skal leve op til nedenstående krav:

a. Såfremt Leverandøren på tidspunktet for tilbudsafgivelse overopfylder de fastsatte krav, skal samme funktionalitets- og kvalitetsniveau fastholdes ved eventuelle sortimentsopdateringer (jf. bilag I, pkt. 3.1 vedrørende substitution) i Rammeaftalens løbetid.

b. Det tilbudte obligatoriske sortiment skal opfylde de krav, der er stillet på såvel hovedproduktgruppe-, produktgruppe- og underproduktgruppeniveau, mens det tilbudte frivillige sortiment skal opfylde de krav, der er stillet på såvel hovedproduktgruppe- og produktgruppeniveau.

c. Det tilbudte sortiment skal leve op til kravene angivet i Rammeaftalens punkt 5.1 Leverancer.

...

Af ”Retningslinjer for tildeling af Leveringskontrakt”, som udgør et bilag til udbudsbetingelserne, fremgår bl.a.:

”1 Generelt om tildeling

...

Indledningsvis skal Kunden opgøre sit indkøbsbehov på et sagligt og objektivt grundlag. Kunden må således ikke opgøre sit behov med henblik på at opnå en bestemt producent eller fabrikat, eller sammensætte et køb af Produkter/Ydelser, med det formål at tildele til en bestemt Leverandør på de parallelle rammeaftaler. Dette indebærer også, at Kunden ikke må opgøre sit behov, med henblik på at gennemføre anskaffelsen efter en bestemt tildelingsprocedure. Det er eksempelvis ikke tilladt at opdele en anskaffelse, der ellers skulle gennemføres efter proceduren for Miniudbud, i flere særskilte Direkte tildelinger.

...

2 Hvornår Direkte tildeling og hvornår Miniudbud?

Kunden er forpligtet til at gennemføre Miniudbud, hvis anskaffelsens samlede værdi overstiger en på forhånd fastsat beløbsgrænse. Kundernes individuelle beløbsgrænser fremgår af excel-filen til bilag A Kundeliste,

og er ens for begge delaftaler. Kunden skal opgøre sit indkøbsbehov på sagligt og objektivt grundlag og derved identificere antallet af Produkter og typen af Produkter, der kan opfylde Kundens behov ved miniudbud. Miniudbud (volumenkøb) kan kun omfatte Produkter, der indgår i rammeaftalens obligatoriske sortiment.

Hvis betingelsen for Miniudbud ikke er opfyldt, skal Kunden foretage en Direkte tildeling jf. punkt 3.ud fra Rammeaftalens obligatoriske og frivillige sortiment.

...

2.1 Sammenhæng mellem Delaftalerne

Delaftalerne er selvstændige Rammeaftaler, og det er derfor ikke muligt at tildele på tværs af Delaftalerne.

Hvis Kunden skal købe Produkter og Ydelser, som er omfattet af begge Delaftaler, skal Kunden foretage to tildelinger, én tildeling for hver delaftale.

Vurderingen af, hvilken tildelingsmetode, der skal anvendes, skal foretages isoleret for hver delaftale.

...

3 Direkte tildeling

Kunden er forpligtet til at anvende Direkte tildeling forud for indgåelse af en Leveringskontrakt under Rammeaftalen, bortset fra de tilfælde, hvor der skal anvendes Miniudbud, jf. herved punkt 2.

Direkte tildeling foretages af Kunden ved en simpel bestilling som beskrevet nedenfor trin-for-trin.

Tildeling sker til den Leverandør, der kan tilbyde de Produkter og Ydelser, som Kunden ønsker at købe, til den samlede laveste pris.

Trin 1 - Kunden identificerer Produkter/Ydelser

...

Kunden er ikke berettiget til at opdele sine Leveringskontrakter med henblik på at tildele til en bestemt Leverandør. Dette indebærer dog ikke, at Kunden ikke kan foretage flere tildelinger i nær tidsmæssig sammenhæng.”

Under udbuddet blev der den 17. april 2023 stillet og givet følgende svar:

Spørgs- måls- nummer	...	Kate- gori	[Anonymiseret] spørgsmål	Svar
58	...	Ram- meaf- tale med bilag	Med henvisning til Bilag D Retningslinjer for tildeling af Leveringskontrakt. Der fremgår følgende: ”Miniudbud (volumenkøb) kan kun omfatte Produkter, der indgår i rammeaftalens obligatoriske sortiment. Hvis betingelsen for Miniudbud ikke er opfyldt, skal Kunden foretage en Direkte tildeling jf. punkt 3.ud fra Rammeaftalens obligatoriske og frivillige sortiment.” Betyder det, at alt der indgår i aftalens frivillige sortiment, skal købes via Direkte Tildeling? Og hvis ja, hvordan forholder Kunden sig i de tilfælde, hvor tildelingen overskrider de anførte værdier for anvendelse af Direkte Tildeling?	Det er korrekt forstået, at kunden indkøber det frivillige sortiment via direkte tildeling, hvis betingelserne herfor er opfyldt. Hvis kundens indkøb overstiger den fastsatte beløbsgrænse for direkte tildeling på aftalen, vil [indkøb] af det frivillige sortiment ikke kunne foretages på aftalen, da indkøbet hverken opfylder kravene til direkte tildeling eller miniudbud. Sådanne indløb vil forventeligt kunne foretages på det kommende dynamiske indkøbssystem 02.07.

Den 5. juli 2023 oplyste SKI følgende til Nuuday:

”Efter udløb af tilbudsfristen den 7. juni 2023 har SKI gennemgået de indkomne tilbud med henblik på at vurdere, om tilbuddene overholder de formelle og materielle krav, der fremgår af udbudsmaterialet. Resultatet af denne gennemgang viser desværre, at ingen af de indkomne tilbud på alle punkter overholder kravene i udbudsmaterialet.

Alle modtagne tilbud er således ikkeforskriftsmæssige, hvorfor SKI ikke har mulighed for at antage nogen af de indkomne tilbud.

I overensstemmelse med proceduren i udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2 samt § 61, stk. 4, forventer SKI derfor at overgå til udbud med forhandling med alle tilbudsgiverne.

Formålet med at overgå til udbud med forhandling er, at SKI modtager antagelige tilbud.

Inden SKI aflyser igangværende udbud, skal SKI bede tilbudsgiverne fremsende endelig dokumentation for oplysningerne i deres ESPD.

SKI har dags dato igangsat denne proces hos de tilbudsgivere, der ikke har fremsendt den forespurgt dokumentation sammen med det oprindelige tilbud.

Da SKI har modtaget fyldestgørende dokumentation fra Nuuday A/S i forbindelse med modtagelse af det oprindelige tilbud, har dette brev alene orienterende karakter.

SKI forventer at fremsende oplysninger om overgangen til udbud med forhandling primo august 2023. Forhandlingsmøder forventes afholdt den 17. og 18. august 2023 om muligt. Yderligere orientering vil blive udsendt primo august 2023.”

Den 7. august 2023 oplyste SKI følgende til Nuuday:

”I forlængelse af brev den 5. juli 2023 i Ethics har SKI nu modtaget den nødvendige dokumentation fra de relevante tilbudsgivere i forhold til overgang til udbud med forhandling.

...

Endvidere har SKI neden for overfor hver af tilbudsgiverne valgt at redegøre overordnet for de forhold, SKI forventer at uddybe i forbindelse med forhandlingsmødet, herunder de forhold, som fører til, at tilbuddet er vurderet ikke forskriftsmæssigt samt øvrige forhold, der med fordel kan justeres i forbindelse med afgivelse af reviderede tilbud.

På mødet med Nuuday A/S, forventer SKI at uddybe følgende inklusive de specifikke årsager til jeres tilbuds ukonditions-mæssighed:

Delaftale 1:

- Tilbudte produkt(er) opfylder ikke grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 9.3.1.

Delaftale 2:

- Tilbudte produkt(er) opfylder ikke grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 9.3.1.

SKI vil uddybe ovenstående og give eksempler på, hvordan der kan ske præcisering under den kommende forhandling.

Det skal understreges, at SKI ikke med ovenstående har foretaget en fuldstændig og udtømmende redegørelse for fejl og mangler ved tilbuddet fra Nuuday A/S og at det udelukkende er Nuuday A/S' eget ansvar at afgive et konditionsmæssigt tilbud under det igangsatte udbud med forhandling.”

Den 9. august 2023 indrykkede SKI udbudsbekendtgørelse 2023/S 152-483997 med oplysning om, at SKI havde besluttet at overgå til udbud med forhandling uden offentliggørelse af en ny udbudsbekendtgørelse. Det fremgår endvidere, at den nye procedure omfatter alle tilbudsgiverne, der deltog i den forudgående procedure.

Den 18. august 2023 blev der afholdt et forhandlingsmøde mellem SKI og Nuuday. På forhandlingsmødet blev der gennemgået eksempler på fejltypen. Af præsentationen fra forhandlingsmødet fremgår bl.a.:

”Gennemgang af fejl

Det skal understreges, at SKI ikke har foretaget en fuldstændig og udtømmende redegørelse for fejl og uklarheder ved jeres tilbud, og at det udelukkende er NUUDAY A/S - TDC Erhverv / NetDesign's eget ansvar at afgive et konditionsmæssigt tilbud under det igangsatte udbud med forhandling.”

I præsentationen gennemgås herefter en række fejl, hvor det for alle er anført: ”Fejltype 1 - Tilbudte produkt(er) opfylder ikke grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, jf. udbudsbetingelsernes afsnit 9.3.1.” Som eksempler på fejl i delaftale 1 nævnes i præsentationen:

1) Ad det tilbudte produkt i underproduktgruppen ”Projektorer, jf. Bilag B pkt. 4.2.1.7”, hvor der i kravspecifikationen var stillet følgende krav:

”...

- a. kan bruges i oplyste rum (min. 3.000 lumens)
- b. understøtter minimum ægte Full-HD (1080p)

- c. LCD eller DLP teknologi
...

er anført:

”Bemærkning fra SKI: I Bilag B, afsnit 4.2.1.7 er der angivet, at projektorer skal understøtte ægte Full-HD (1080p). Dette svarer til minimum 1920x1080 pixels. I varenavn er angivet 1280x800 (pixels) hvilket er HD, men ikke Full HD.”

2) Ad det tilbudte produkt i underproduktgruppen ”Videokameraer, jf. Bilag B pkt. 4.2.1.8”, hvor der i kravspecifikationen var stillet følgende krav:

- ”...
a. kan tilsluttes til eksterne enheder (pc, Videokameraer, og lignende) via LAN port, USB, HDMI eller DisplayPort for optagelse af levende billeder fra omgivelserne
b. understøtter digitale optagelser i Full HD-format
c. understøtter mindst 3 x optisk zoom
d. understøtter digital eller mekanisk/motoriseret PTZ (Pan, Tilt, Zoom)
e. Kan anvendes med tilbudt Videokonference i møderum
f. Leveres med beslag til væg eller loftmontering alternativt til montering på Endpoints
...”

er anført:

”Bemærkning fra SKI: Der er angivet ”fixed lens”, hvilket betyder at linsen ikke kan ”zoome”. Kravet 3 x optisk zoom jf. bilag B”.

3) Ad de tilbudte produkter ”Udendørs Fast Kamera jf. Bilag B pkt. 4.3.1.3” fra tre forskellige producenter, hvor der i kravspecifikationen var stillet følgende krav:

- ”...
a. strømfødnings via PoE Standard PoE, PoE+ eller PoE++ eller nyere, alternativt egen Power Injector, hvis kameraet ikke kan strømfødes med POE+
b. minimum 3x optisk zoom, alternativt modulært linsedesign
c. indbygget Infrarødt lys med rækkevidde på mindst 50 meter (med zoom aktiveret)
d. mulighed for bevægelsesregistrering samt person-, køretøjsgenkendelse eller tilsvarende

- e. et design som gør det muligt at kunne fungere 24/7/365 i alt slags vejr
- f. IP66 indkapslingsgrad
- ...

er anført:

”Bemærkning fra SKI: Der er tilbudt 2,7 x zoom. Kravet 3 x optisk zoom jf. bilag B”

4) Ad de tilbudte produkter ”Indendørs Fast Kamera jf. Bilag B pkt. 4.3.1.4” fra tre forskellige producenter, hvor der i kravspecifikationen var stillet følgende krav:

- ”...
- a. strømfødning via PoE Standard PoE, PoE+ eller PoE++ eller nyere, alternativt egen Power Injector, hvis kameraet ikke kan strømfødes med POE+
- b. minimum 3x optisk zoom
- c. mulighed for bevægelsesregistrering samt persongenkendelse
- d. indbygget Infrarødt lys med rækkevidde på mindst 10 meter (med zoom aktiveret)
- ...”

er anført:

”Bemærkning fra SKI: Der er tilbudt 2,7x zoom, Kravet 3 x optisk zoom jf. bilag B”

og

”Bemærkning fra SKI: Der er angivet ”fixed lens”, hvilket betyder at linsen ikke kan ”zoome”. Kravet 3 x optisk zoom jf. bilag B?”

4) Ad det tilbudte produkt ”UC/PBX rapporterings- og statistik software jf. Bilag B pkt. 4.6.1.2”, hvor der i kravspecifikationen var stillet følgende krav:

- ”...
- a. udarbejde statistik på grundlag af CDR/CMR data fra en UC løsning
- b. give mulighed for at Kunden selv kan designe rapporter
- c. opbevare statistikdata i mindst 12 måneder
- ...”

er anført:

”Bemærkning fra SKI: Varenavn indeholder et forbehold, der kræves andet produkt (CMG - system) Dette produkt/licens/ydelse kan ikke ses i de efterfølgende varelinjer (hvis det eks. var en licens), så kunden har en mulighed for at anskaffe CMG?”

Som eksempler på fejl i delaftale 2 nævnes i præsentationen:

1) Ad det tilbudte produkt ”Access Switch type 15 jf. Bilag B pkt. 5.1.1.15”, hvor der i kravspecifikationen var stillet følgende krav:

”...

- a. indeholder minimum 48 downlink/user porte og minimum 2 uplink porte
- b. understøtter 10/100/1000 Mbps på hver downlink/brugerport, termineret i et RJ45 kobber interface
- c. understøtter en båndbredde på uplink port(e) på minimum 10 Gbps fiber evt. ved isættelse af ekstra modul fra start. Dog skal uplink port(e) også kunne supportere 1 Gbps fiber.
- d. understøtter uplink port(e) med mulighed for montering af et fiber-uplink modul, såsom en standard formfaktor (SFP+), der både kan være multimode og singlemode
- e. kan leveres som minimum med PoE IEEE 802.3af og IEEE 802.3at og gerne IEEE 802.3bt (Type3 eller 4) eller tilsvarende på alle brugerporte
- f. understøtter stacking af minimum otte switche i den samme stack
- g. understøtter en stack båndbredde på minimum 80 Gbps
- h. understøtter routning af IPv4 og IPv6, samt at der understøttes, som minimum to routningsprotokoller af følgende:
 - Open Shortest Path First (OSPF)
 - Intermediate System to Intermediate System (IS-IS)
 - Enhanced Interior Gateway Routing Protocol (EIGRP)
 - Border Gateway Protocol (BGP)
- i. understøtter central management (dvs. min. central configuration, central SW up-date funktion, central monitorering, central log funktion)
- j. kan monteres i et 19” rack-skab
- k. indeholder et stack kabel”

er anført:

”Bemærkning fra SKI: Tilbudt ”EX4600, 24 + 4X 40G + 2M, AFO” Kravet er 48 port jf. bilag B”

Af referatet fra forhandlingsmødet fremgår bl.a.:

”Ad 3 Gennemgang af fejl og øvrige forhold

SKI gennemgik de fejl som fremgår af det Nuuday A/S’ tilbud. Der er identificeret 1 fejltipe. En detaljeret beskrivelse fremgår af præsentationen (bilag 1) samt bilag 2 “overblik over fejltyperne”. SKI gør supplerende opmærksom på, at bilag 2 indeholder nye øvrige forhold, der ikke blev præsenteret på mødet.

Fejltypen medfører, at tilbuddet er ukonditionelt. SKI gør opmærksom på, at listen ikke er udtømmende, så det anbefales, at hver tilbudsgiver tjekker ejet tilbud igennem ift. eventuelle andre fejl som måtte fremgå. Det er alene tilbudsgivernes ansvar at levere et konditionsmæssigt tilbud.

...

Nuuday A/S spurgte ind til, hvordan antallet af fejl i Nuuday A/S’ tilbud kunne overstige 2 % SKI svarede, at der var foretaget en konkret vurdering af tilbuddets indhold og de fejltyper som tilbuddet havde. Det var således SKI’s vurdering, at tilbuddet uanset antallet af fejl ikke var konditionsmæssigt. Det blev desuden præciseret at denne vurdering er specifikt for dette udbud (50.07) og håndtering af fejl og fejlmargen kan være anderledes håndteret i andre udbud.”

I et bilag til referatet fra forhandlingsmødet har SKI angivet de varelinjer, hvor SKI har identificeret fejl eller uklarheder i Nuudays tilbud på delaftale 1 og 2.

Af notat af 25. august 2023 fra SKI fremgår:

”2. Tilbudsfrist:

Fristen for revideret tilbud under dette udbud med forhandling er på baggrund af forhandlingerne fastsat til den 4. september 2023, kl. 10.00.

...

SKI forventer at tildele rammeaftalen på baggrund af de modtagne reviderede tilbud, men forbeholder sig retten til at indkalde til øvrige forhandlingsmøder, hvis den videre proces måtte kræve det samt anmode om endnu et tilbud.”

Tilbudsfristen blev efterfølgende forlænget til den 12. september 2023, hvor Nuuday igen indleverede et nyt tilbud på begge delaftaler.

Den 22. september 2023 meddelte SKI tilbudsgiverne:

”SKI har på udbuddet 50.07 Kommunikationsprodukter, Delaftale 1 og Delaftale 2, besluttet at indkalde alle tilbudsgivere til yderligere forhandling. Forhandlingen vil primært ske på skriftligt grundlag, jf. individuelle skrivelser fremsendt til hver tilbudsgiver.

...

Fristen for nye tilbud, der udgør de endelige tilbud, er fastsat til:

Onsdag den 27. september 2023, kl. 13:00.

SKI forventer at tildele rammeaftalen på baggrund af de ny tilbud (de endelige tilbud).”

Samme dag meddelte SKI følgende til Nuuday:

”Delaftale 1: Unified communications- og telefoniprodukter

SKI har ikke konstateret fejl i Nuudays tilbud. Nuuday skal dog fortsat indlevere et nyt tilbud i form af en ny tilbudsliste eller vedstå det tidligere indleverede tilbud dateret 12. september 2023.

...

Delaftale 2: Netværksprodukter

Nuuday har indleveret et tilbud, hvor tre nedenstående varelinjer har givet anledning til tvivl om, hvorvidt kravene i Bilag B, Kravspecifikationen, er opfyldt:

...

SKI har ved opslag af disse tre produkters producentvarenumre kunne konstatere, at de tilbudte produkter ikke indeholder 802.11ax. Produkterne vurderes dermed ikke til at opfylde kravene i Bilag B, Kravspecifikationen og medfører, at tilbuddet i sin helhed ikke er konditionsmæssigt.”

Den 27. september 2023 indgav Nuuday igen tilbud på delaftale 1 og 2.

Den 6. oktober 2023 oplyste SKI, at Nuudays tilbud på både delaftale 1 og 2 var konditionsmæssige, men at SKI havde besluttet at tildele delaftale 1 til Jansson - AV Center - Globe Systems (konsortium), Comm2ig A/S og Best-AV A/S og delaftale 2 til Edgemo Wingmen (konsortium), Atea A/S og Conscia Danmark A/S.

Nuuday indgav herefter klage til Klagenævnet for Udbud.

Parternes anbringender

Ad påstand 1a

Nuuday har gjort gældende, at Nuudays tilbud af 7. juni 2023 i det oprindelige udbud var konditionsmæssige i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes definition heraf, og at SKI derfor ikke var berettiget til at overgå til udbud med forhandling efter udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2. SKI havde fastlagt en klar og detaljeret metode til vurderingen af, om de modtagne tilbud var konditionsmæssige. Det fremgik udtrykkeligt, at SKI ville acceptere, at der var fejl på op til 2 pct. af varelinjerne i tilbuddene, hvilket Nuudays tilbud af 7. juni 2023 ikke oversteg. Udbudsmaterialets beskrivelse af det såkaldte 2 pct. fejl-regime efterlader ingen tvivl om, at reglen skal anvendes som en rent kvantitativ optælling af fejlbehæftede varelinjer divideret med det totale antal varelinjer. Det fremgår klart af SKIs egen beskrivelse, at en fejlbehæftet varelinje, hvor tilbudsgiver har tilbudt et produkt, som ikke opfylder alle kravene til det pågældende produkt, ikke kan sidestilles med en ikke udfyldt varelinje. Nuuday havde heller ikke fejl i samtlige produkter i en underproduktgruppe.

SKI angav bl.a. i brevet af 7. august 2023, at tilbudte produkt(er) ikke opfylder grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. SKI udtalte endvidere på mødet den 18. august 2023, at der var foretaget en konkret vurdering af tilbuddets indhold og de fejltyper, som tilbuddet havde, og at det var SKIs vurdering, at tilbuddet uanset antallet af fejl ikke var konditionsmæssigt.

En sådan konkret vurdering har ikke noget grundlag i udbudsbetingelserne, men er udtryk for en diskretionær beslutning fra SKI om at fravige de opstillede spilleregler, efter at SKI havde set tilbuddene. SKI har heller ikke efterfølgende redegjort nærmere for, hvorfor netop de varelinjer, som Nuuday havde fejl i, skulle indeholde grundlæggende elementer.

Såfremt SKI mente, at der kunne være ”grundlæggende elementer” ved enkeltprodukter, skulle SKI have markeret dette i udbudsmaterialet, f.eks. ved at betegne disse særligt vigtige krav eller produkter som mindstekrav på forhånd. Det bestrides, at alle krav i kravspecifikationen skulle have været ufravigelige mindstekrav eller grundlæggende elementer. Det anførte om, at kravene ikke ville kunne fraviges under rammeaftalen, og at alle tilbudte pro-

dukter skal leve op til nedenstående krav, indebærer kun, at manglende opfyldelse ville skulle henføres under 2 pct.-regimet, og at manglende opfyldelse måtte håndteres som et kontraktmæssigt spørgsmål.

Krav er ikke det samme som mindstekrav, og en sådan forståelse harmonerer ikke med, at man ville acceptere op til 2 pct. fejl.

SKI angav som begrundelse for at overgå til udbud med forhandling efter udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, at ingen af de modtagne tilbud var konditionsmæssige, og at formålet var at modtage antagelige tilbud. Det følger af forarbejderne til udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, at det er en betingelse, at samtlige tilbud i den forudgående udbudsproces var ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable. Det er SKI, der bærer bevisbyrden for, at betingelserne for at overgå til udbud med forhandling efter udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, var opfyldt.

SKI havde anført en række bemærkninger, der ikke var betegnet som ”fejl”, men derimod var betegnet som ”øvrige forhold” til Nuudays tilbud på hhv. delaftale 1 og 2. Disse øvrige forhold kan eller skal efter deres karakter, og således som udbudsbetingelserne er formuleret, ikke indgå i opgørelsen af fejl. Selv hvis disse varelinjer skulle indgå i optællingen, ville dette alene føre til en fejlprocent på 0,33 pct. på delaftale 2.

SKI var ikke afskåret fra at tildele delaftalen til én tilbudsgiver, uanset at SKI havde forudset at optage op til tre leverandører på aftalen, idet det fremgik af udbudsmaterialet, at rammeaftalen højst ville blive tildelt tre tilbudsgivere. Betingelsen om, at ”ingen” tilbudsgivere havde indleveret konditionsmæssige tilbud, var således ikke opfyldt. Det fremgik ikke af udbudsbetingelserne, at det var et egentligt krav, at der skulle være tre konditionsmæssige tilbud at tildele til.

Det bestrides, at udbudsdesignet forudsatte tildeling til mere end én tilbudsgiver, da det alene fremgår af udbudsmaterialet, at SKI havde til hensigt at tildele til højst tre tilbudsgivere. Det følger af gennemsigtighedsprincippet, at SKI er forpligtet til at følge de krav, som SKI selv har opstillet.

Udbudsbetingelserne har savnet en tilstrækkelig gennemsigtighed i afgrænsningen af, hvad der kunne være en fejl i forhold til 2 pct.-reglen, og hvad der kunne være en fejl i forhold til grundlæggende elementer.

SKI har gjort gældende, at SKI ikke har handlet i strid med ligebehandlings- eller gennemsigtighedsprincippet, og at SKI var berettiget til at overgå til udbud med forhandling i henhold til udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2.

Det fremgik tydeligt af kravspecifikationens pkt. 2, at der var tale om ufravigelige mindstekrav for de tilbudte produkter, og at det uanset antallet af fejl kunne føre til, at et tilbud var ukonditionsmæssigt, såfremt produktet ikke opfyldte grundlæggende elementer.

Det var ikke forkert af SKI at vurdere samtlige tilbud som ukonditionsmæssige grundet et eller flere produkters manglende opfyldelse af kravspecifikationen uanset antallet af fejl i det enkelte tilbud. Ikke alle fejl i Nuudays tilbud faldt ind under de i udbudsbetingelserne accepterede 2 pct. Nuuday har da også anerkendt, at krav a under delaftale 2 ikke var opfyldt.

SKI var i hvert fald berettiget til at vurdere et tilbud som ukonditionsmæssigt, når tilbuddet uanset antallet af fejl indeholdt et produkt, der ikke opfyldte kravene i kravspecifikationen.

Hertil kommer, at der ikke med den af SKI anvendte fremgangsmåde er sket nogen form for forskelsbehandling af tilbudsgiverne i nærværende sag. Alle tilbudsgivere var således stillet lige i forhold til de foretagne vurderinger og i forbindelse med SKIs overgang til udbud med forhandling i henhold til udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, hvorefter alle tilbudsgivere tillige havde samme muligheder for at afgive et nyt tilbud med nye produkter, der opfyldte kravspecifikationens krav. Nuuday indleverede den 12. september 2023 et tilbud, der indeholdt nye produkter på alle de varelinjer, hvor der tidligere var tilbudt et produkt, der ikke levede op til det i kravspecifikationen anførte. Nuuday synes dermed under processen at have anerkendt, at en udskiftning af produkterne var nødvendig for at sikre et konditionsmæssigt tilbud.

SKI foretog en saglig og helt konkret vurdering af alle de modtagne tilbud i overensstemmelse med angivelserne i udbudsbetingelserne, herunder ordlyden af det beskrevne fejlregime, og fandt, at alle tilbuddene – uanset antallet af fejl i de enkelte tilbud – ikke var konditionsmæssige. Endvidere forudsatte

udbudsdesignet tildeling af rammeaftalen (delaftale 1 og 2) til mere end én tilbudsgiver.

Ad påstand 1

Nuuday har subsidiært til påstand 1a gjort gældende, at SKI ikke var berettiget til at gennemføre flere forhandlingsrunder, efter at SKI havde modtaget konditionsmæssige tilbud den 12. september 2023 efter den første forhandlingsrunde.

Nuudays tilbud på delaftale 2 af 12. september 2023 lå under alle omstændigheder under den tilladte grænse på 2 pct.

Udbud med forhandling er en undtagelsesmulighed, som alene kan anvendes i særlige situationer. Disse situationer er udtømmende oplistet i udbudslovens § 61, stk. 1. Udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, kan ikke udstrækkes til, at der efter de første ukonditionsmæssige tilbud gælder en ubegrænset adgang til at forhandle videre, selv efter at der kommer konditionsmæssige tilbud. Dette følger allerede af, at der er tale om en undtagelsesbestemmelse, som derfor ifølge EU-Domstolens faste praksis skal fortolkes indskrænkende. Ifølge udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, kan der forhandles med tilbudsgivere, der har afgivet ikkeforskriftsmæssige tilbud, hvilket ifølge forarbejderne til bestemmelsen f.eks. kan være, fordi tilbuddet indeholder forbehold om væsentlige elementer i tilbuddet. Det fremgår videre af forarbejderne, at ordregiveren i dette tilfælde kan anvende proceduren udbud med forhandling med henblik på, at tilbudsgiver ender med at frafalde forbeholdet. En forhandlingsproces efter udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, har altså (alene) til formål at fjerne de mangler, der gør tilbuddene ukonditionsmæssige. Selvom det er muligt under disse forhandlingsrunder også at adressere andre forhold, som tilbudsgiverne kan optimere, kan forhandlingerne ikke strækkes længere end til det tidspunkt, hvor tilbuddene ikke længere er ukonditionsmæssige.

Selv hvis det ikke følger af udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, at forhandlingerne kun kunne udstrækkes, indtil der var modtaget et konditionsmæssigt tilbud, fulgte det af de betingelser, som SKI selv opstillede for forhandlingsproceduren, idet SKI flere gange meddelte, at formålet med at overgå til udbud med forhandling var at indhente konditionsmæssige tilbud. SKI havde derved også selv afskåret sig fra muligheden for at forhandle videre, efter at

der var modtaget konditionsmæssige tilbud, og det derfor ikke længere var påkrævet at forhandle videre.

Der var ikke tale om, at delaftalerne nødvendigvis skulle tildeles mindst eller præcis tre tilbudsgivere. Hvis SKI var af den opfattelse, at delaftalerne skulle tildeles minimum eller præcis tre tilbudsgivere, skulle SKI have anført dette i udbudsmaterialet. Det fremgår da også af forarbejderne til udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, at det er en betingelse, at samtlige modtagne tilbud er ukonditionsmæssige. SKI kunne således ikke anvende bestemmelsen til at forhandle videre, indtil der var modtaget flere konditionsmæssige tilbud, eller indtil alle tilbud var konditionsmæssige; en sådan fremgangsmåde ville åbenlyst være i strid med ligebehandlingsprincippet.

Såfremt SKI ikke ønskede at tildele delaftalerne på baggrund af de modtagne konditionsmæssige tilbud, ville SKI have været nødt til at annullere udbuddet. Det forhold, at SKI anså det for ressourcebesparende i stedet at gennemføre flere forhandlinger, kan ikke berettige denne fremgangsmåde.

SKI har gjort gældende, at SKI har gennemført forhandlingerne inden for rammerne af udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, og §§ 62-66 og ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i § 2.

Det kan ikke udledes af § 61, stk. 1, eller forarbejderne hertil, at en ordregiver skulle være afskåret fra at afholde yderligere forhandlingsrunder efter modtagelsen af reviderede tilbud, hvis blot ét af tilbuddene er konditionsmæssigt. SKIs håndtering af forhandlingsforløbet var utvivlsomt i overensstemmelse med udbudslovens §§ 62-66 og de betingelser, som SKI havde fastlagt for forhandlingerne. Grænserne for, hvornår der ikke længere kan forhandles, er fastlagt i § 66, stk. 2, hvorefter der ikke kan forhandles om de endelige tilbud. Det følger af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning, pkt. 5.4.2, at en forhandlingsprocedure indledt efter § 61, stk. 1, nr. 2, følger de almindelige bestemmelser om forhandlingsforløbet.

Under forhandlingerne blev det da også understreget over for Nuuday, at forhandlingerne ikke kun vedrørte spørgsmålet om at sikre konditionsmæssige tilbud, idet Nuuday blandt andet blev gjort opmærksom på, at Nuudays priser var høje.

Nuuday stod ikke til at få tildelt nogen af delaftalerne på grund af prisniveauet i sit tilbud. SKIs beslutning om at anmode om endelige tilbud var konkret begrundet i indholdet efter første forhandlingsrunde og i øvrigt markedets udvikling under udbudsprocessen. SKI var derfor ikke forpligtet til at afslutte udbuddet efter første tilbudsafgivelse. Selv hvis der havde foreligget tre konditionsmæssige tilbud på hver delaftale, havde SKI været berettiget til at anmode om yderligere tilbudsafgivelse.

Der var ikke tilstrækkeligt med tilbud på delaftale 2 til at opfylde grundlaget for den forudsatte tildelingsform med brug af både direkte tildeling og mini-udbud. De konditionsmæssige tilbud under delaftale 1 var ikke konkurrencedygtige, ligesom der var uklarheder i flere af tilbuddene.

SKI havde tydeligt tilkendegivet, at forhandlingerne kunne gentages. Der er ingen holdepunkter for at antage, at forhandlingerne ville slutte ved første konditionsmæssige tilbud. SKI begrænsede først sin forhandlingsadgang ved anmodningen om endelige tilbud.

Ad påstand 2

Nuuday har gjort gældende, at den anvendte evalueringsmetode medfører, at udbudspligten ikke er afløst for så vidt angår indkøb af produkter i det frivillige sortiment, og at SKI ikke har anført en begrundelse eller løftet bevisbyrden for, at det frivillige sortiment skulle undtages for udgangspunktet om, at alle dele af en kontrakt skal konkurrenceudsættes.

Nuuday har til støtte for sin påstand henvist til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 15. februar 2019, KONE A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

Efter evalueringsmodellen indgik prisen på produkterne i det frivillige sortiment ikke i evalueringen af tilbuddene. Det frivillige sortiment blev alene evalueret ud fra en kvantitativ optælling af, hvor mange produkter hver enkelt tilbudsgiver kunne tilbyde, men der blev ikke foretaget nogen evaluering af produkternes kvalitet eller pris. En kvantitativ opgørelse kan ikke træde i stedet for en evaluering.

Det fremgår af udbudslovens § 45, stk. 2, samt af forarbejderne hertil, at bestemmelsen er en undtagelsesbestemmelse og derfor skal fortolkes indskrænkende, og dermed alene finder anvendelse i situationer, hvor det vil indebære et uproportionalt stort ressourceforbrug for ordregiveren at beskrive de enkelte varelinjer, som udgør kontraktens genstand, og situationer hvor ordregiver ikke udtømmende har beskrevet alle varelinjer, men alene har angivet produktkategorier, og det derfor i praksis ikke vil være muligt for ordregiveren at foretage en fuldstændig evaluering. Ingen af delene er tilfældet i relation til den udbudte kontrakt, hvor der alene er tale om et relativt begrænset antal varelinjer i det frivillige sortiment, som var specificeret i hovedproduktgrupper og produktgrupper, og hvor alle produkter er individuelt beskrevet og prissat i et regneark, og som også blev prissat på produktniveau.

Det er tilmed en skærpende omstændighed, at indkøb af produkter i det frivillige sortiment heller ikke konkurrenceudsættes ved miniudbud, men alene kan indkøbes ved direkte tildeling.

SKI har gjort gældende, at den af SKI konkret anvendte evalueringsmodel på tilstrækkelig vis har sikret konkurrenceudsættelse af det samlede sortiment omfattet af rammeaftalen. Der gælder ikke et udbudsretligt krav om, at den fulde pointskala skal udnyttes, hvorfor det forhold, at samtlige tilbudsgivere opnåede mellem 9 og 10 point for underkriteriet ”sortimentsbredde” ikke i sig selv gør, at evalueringsmodellen var konkret uegnet, herunder at det frivillige sortiment ikke kan anses for at have været konkurrenceudsat.

Den angivne vægtning mellem underkriterierne ”pris” og ”sortimentsbredde” er til fulde respekteret, hvorfor den valgte evalueringsmodel var konkret egnet til at identificere ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud”. Evalueringsmodellen var beskrevet klart og utvetydigt i udbudsmaterialet i overensstemmelse med udbudslovens § 160, hvorved samtlige tilbudsgivere havde mulighed for at forstå modellen på samme måde og optimere deres tilbud i overensstemmelse hermed.

Ordregiver har et ganske vidt skøn ved tilrettelæggelsen af sit udbud, herunder ved fastlæggelsen af evalueringsmodellen, og klagenævnet tilsidesætter kun dette skøn, hvis ordregiveren har overskredet grænserne herfor. Nuuday har ikke påvist, at dette skulle være tilfældet. At en fremgangsmåde, hvor der – for så vidt angår det frivillige sortiment – alene evalueres på sortimentsbredden, mens det øvrige sortiment, som er repræsentativt for det samlede

indkøb, prisevalueres, er helt sædvanligt under et sortimentsudbud. En rent kvalitativ optælling af tilbudte varelinjer under det frivillige sortiment kan dermed lovligt erstatte en evaluering, der inddrager enten pris og kvalitative underkriterier for så vidt angår det frivillige sortiment.

Det påtænkte indkøbs karakter – uanset at det frivillige sortiment var af begrænset omfang og afgrænset til de samme hovedprodukt- og produktgrupper som det obligatoriske sortiment – umuliggjorde konkret en udtømmende beskrivelse af samtlige produkter i det frivillige sortiment. SKI var derfor berettiget til at beskrive det frivillige sortiment i overensstemmelse med udbudslovens § 45 og foretage prisevalueringen baseret udelukkende på et repræsentativt udsnit af sortimentet bestående af det obligatoriske sortiment.

Ad påstand 3

Nuuday har gjort gældende, at rammeaftalen ikke indeholder tilstrækkeligt klare bestemmelser og objektive kriterier for, hvornår de tilsluttede købere skal anvende henholdsvis miniudbud eller direkte tildeling, og at det derfor i forbindelse med en enkelt ordregivers opgørelse af sit indkøbsbehov bliver vilkårligt og muligt at spekulere i, om der ønskes anvendt en direkte tildeling i strid med det udbudsretlige gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincip.

Det fremgår af udbudsbetingelserne, at kunderne forud for udbuddet har fastsat deres egne, individuelle tærskelværdier mellem 100.000 kr. og 2 mio. kr. Det afgørende for, om et konkret indkøb under rammeaftalen skal gennemføres på baggrund af et miniudbud eller en direkte tildeling, er, om indkøbets værdi overstiger de individuelle tærskelværdier, som hver enkelt ordregiver på forhånd har defineret. Udbudsmaterialet indeholder ingen præcis beskrivelse af, hvordan kunderne skal opgøre deres behov i relation til de konkrete indkøb. Det fremgår alene af bilag D til udbudsbetingelserne, at indkøbsbehovet skulle opgøres ”på et sagligt og objektivt grundlag”. Derudover fremgår, at kunderne ikke er berettigede til at opsplitte et indkøb med henblik på at kunne gennemføre flere særskilte direkte tildelinger. Betingelsen om, at valget imellem de to tildelingsformer skal ske på et ”sagligt og objektivt grundlag” er reelt indholdsløs og overlader kunden et næsten ubegrænset frit skøn i forhold til, hvordan et indkøb opgøres, og om værdien af det konkrete indkøb lander under eller over den af kunden fastsatte tærskel.

Problemstillingen gør sig gældende både i forhold til gentagne indkøb, men også i forhold til, hvilke varer der skal eller ikke skal medtages i forbindelse med et indkøb. Henset til at rammeaftalen omfatter generiske produkter af begrænset værdi som f.eks. mobiltelefoner og kabler, må det lægges til grund, at der er tale om produkter, som kunderne vil have behov for at indkøbe gentagne gange med regelmæssige mellemrum.

Udbudslovens § 35 indeholder en regulering af, hvordan værdien af et indkøbsbehov opgøres i forbindelse med kontrakter, der indgås med regelmæssige mellemrum (uden for rammeaftaler). Udbudsmaterialet indeholder ikke en tilsvarende metode for, hvordan kunderne skal opgøre værdien af deres indkøbsbehov under rammeaftalen. Tværtimod fremgår det af bilag D til udbudsbetingelserne, at kunden ikke er afskåret fra at "foretage flere [direkte] tildelinger i nær tidsmæssig sammenhæng." Dette må forstås sådan, at opgørelsesmetoden i udbudslovens § 35 til sammenlægning af de successive kontraktens værdi ikke finder anvendelse ved opgørelsen af kundernes indkøbsbehov under rammeaftalen.

SKI har gjort gældende, at en triggermekanisme baseret på økonomisk værdi er fuldt ud lovlig og almindeligt anvendt. Der er ikke en udbudsretlig pligt til at foretage en fuldstændig og udtømmende regulering af, hvordan opgørelsen af anskaffelsens værdi præcist skal ske som betingelse for rammeaftalens lovlighed, og dette kan ikke udledes af det retlige grundlag eller praksis på området, ligesom det ikke fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning. En objektiv triggermekanisme baseret på anskaffelsens værdi kan godt stå alene, jf. eksemplet om flytteydelser anført i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning.

Det er efter udbudslovens § 121, stk. 2, kundernes ansvar at foretage en korrekt anvendelse af rammeaftalen i forbindelse med gennemførelse af det konkrete indkøb. Ikke desto mindre indeholdt udbudsmaterialet målrettet regulering og vejledning til kunden om, hvordan behovsopgørelsen/værdiansættelsen foretages i forbindelse med en ønsket anskaffelse. Vejledningen var dog ikke udtømmende.

Ad påstand 4

Nuuday har under henvisning til det ad påstand 1a-3 anførte gjort gældende, at SKIs beslutning om tildeling af delaftale 1 og 2 af 6. oktober 2023 skal annulleres, jf. § 13, stk. 1, nr. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.

SKI har under henvisning til det ad påstand 1a-3 anførte gjort gældende, at SKI ikke har handlet i strid med udbudsreglerne.

Ad påstand 5

Nuuday har gjort gældende, at SKI ikke var berettiget til at overgå til udbud med forhandling. Såfremt rammeaftalerne er underskrevet, er de indgået i strid med EU-udbudsreglerne uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og rammeaftalerne skal som følge heraf erklæres for uden virkning, jf. lov om Klagenævnet for Udbud, § 17, stk. 1, nr. 1.

SKI har gjort gældende, at betingelserne i §§ 16 og 17 i lov om Klagenævnet for Udbud ikke er opfyldt. Der er ikke i den foreliggende situation tale om, at der er indgået en rammeaftale uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Selv hvis klagenævnet måtte finde, at SKI ikke var berettiget til at overgå til udbud med forhandling, ville der alene være tale om et fejlskøn fra SKIs side, men hvor konkurrencesituationen om tildeling af rammeaftalen fortsatte.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1 a

Det er ubestridt, at Nuuday ved tilbud af 7. juni 2023 på henholdsvis delaftale 1 og 2 tilbød flere produkter, som ikke levede op til de krav til produkternes egenskaber, som var beskrevet i kravspecifikationen. Det lægges til grund, at antallet af tilbudte produkter, som ikke levede op til kravene, ikke oversteg to procent af de tilbudte varelinjer.

Spørgsmålet er i første række, om SKI var berettiget til at anse Nuudays tilbud for ukonditionsmæssige.

Det fremgår af pkt. 9.3.1 i udbudsbetingelserne om vurderingen af konditionsmæssighed, at tilbudsgiver skal byde ind med produkter eller ydelser på samtlige varelinjer på det obligatoriske sortiment, og såfremt en tilbudsgiver undlader at byde ind med produkter eller ydelser på en eller flere varelinjer i

det obligatoriske sortiment, vil hele tilbuddet være ukonditionsmæssigt. Tilbudsgiver kan således ikke undlade at tilbyde et produkt eller en ydelse på den enkelte varelinje. Det fremgår endvidere, at dette udgangspunkt ikke fraviges, dog vil der erfaringsmæssigt kunne ske fejl i tilbudsafgivelsen, og derfor kan ordregiver acceptere, at tilbudsgiver har maksimalt to procent fejl i det samlede antal varelinjer.

I pkt. 9.3.1 nævnes som eksempel på et tilbud, der er ukonditionsmæssigt, et tilbud indeholdende 2069 varelinjer, mens tilbudslisten indeholder 2123 varelinjer, dvs. hvor tilbudsgiveren mangler at udfylde 54 varelinjer, svarende til ca. 2,5 procent.

Det er ikke nærmere beskrevet i pkt. 9.3.1, hvad der skal forstås ved en ”fejl”, eller hvilke fejltyper der er omfattet af fejlmarginen. Beskrivelsen må dog efter ordlyden af pkt. 9.3.1 sammenholdt med de anførte eksempler mest nærliggende forstås således, at undladelse af at tilbyde et produkt på en varelinje er en fejltyp, som er omfattet af den kvantitative fejlmargi på op til to procent. Så meget desto mere må varelinjer, der er udfyldt, men hvor det tilbudte produkt ikke lever op til enkelte af kravene i kravspecifikationen, anses som omfattet af den kvantitative fejlmargi på op til to procent. Derudover kan det af beskrivelsen udledes, at hvis ”fejlen” kan ”reddes med proceduren i udbudslovens § 159, stk. 5”, er der ikke tale om en fejl, som er omfattet af den kvantitative fejlmargi.

Det fremgår videre af udbudsbetingelsernes pkt. 9.3.2, at visse forhold uanset antallet af fejl kan føre til ukonditionsmæssighed. Af sådanne forhold nævnes, at ”[p]roduktet opfylder ikke grundlæggende elementer”, at ”[t]ilbudsgivers besvarelse (...) er så mangelfuld, at produktet/ydelsen ikke kan evalueres” og ”[m]anglende pris på en varelinje”. Det fremgår videre, at listen over forhold, der kunne føre til ukonditionsmæssighed, ikke var udtømmende.

Udbudsbetingelsernes pkt. 9.3.2 må forstås således, at tilbud, hvor blot én varelinje ikke er udfyldt, er omfattet af i hvert fald forholdene ”[t]ilbudsgivers besvarelse (...) er så mangelfuld, at produktet/ydelsen ikke kan evalueres” og ”[m]anglende pris på en varelinje”, og at tilbuddet derfor ifølge dette punkt er ukonditionsmæssigt.

Det fremstår dermed uklart, om et tilbud, hvor mindre end to procent af varelinjerne ikke er udfyldt, er omfattet af den kvantitative fejlmargi på op til

2 procent, og dermed konditionsmæssigt, eller om det er omfattet af forholdene beskrevet i pkt. 9.3.2 og dermed er ukonditionsmæssigt. Det fremstår heller ikke klart, hvilke forhold, som ikke er anført på listen, der alligevel kan føre til ukonditionsmæssighed, jf. beskrivelsen af listen om ikke-udtømmende.

SKI afviste Nuudays første tilbud som ukonditionsmæssigt med henvisning til, at en række nærmere beskrevne mangler ved de udfyldte tilbudslistor medførte, at de tilbudte produkter ikke opfyldte grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

De fejl, som er påvist af SKI, udgør ikke grundlæggende elementer, og det har – således som udbudsbetingelserne er udformet – ikke været muligt for tilbudsgivere at forudse, at én enkelt eller få fejl af denne type (manglende overholdelse af krav til produktgenskaber) ville eller kunne føre til, at hele tilbuddet blev anset for ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet har herved lagt vægt på, at det ikke er tilstrækkeligt klart, at samtlige krav i produktbeskrivelserne i kravspecifikationen skulle være mindstekrav eller grundlæggende elementer, at det let kunne være præciseret i udbudsbetingelserne, at manglende overholdelse af kravene til produktgenskaber anført i kravspecifikationen altid ville føre til ukonditionsmæssighed, og at ordregiver må bære risikoen for uklarheder i udbudsmaterialet. Det anførte i udbudsbetingelserne om, at kravene i kravspecifikationen ikke vil kunne fraviges under rammeaftalen, og at alle produkter skal leve op til disse krav, må forstås i sammenhæng med den beskrevne fejlmargen på op til to procent og kan derfor ikke føre til en anden vurdering.

Efter en samlet vurdering af det, der er anført i udbudsbetingelserne om vurdering af tilbuddenes konditionsmæssighed, finder klagenævnet, at beskrivelsen af evalueringsmodellen må forstås således, at fejl af den type, som Nuudays tilbud på begge delaftaler var behæftede med, må anses for omfattet af den kvantitative fejlmargen på op til to procent.

Klagenævnet finder det på den baggrund ikke godtgjort, at Nuudays tilbud af 7. juni 2023 var ukonditionsmæssige.

Henset til, at SKI har anvendt evalueringsmodellen, hvorefter der accepteres fejl i op til to procent af varelinjerne, i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling ved vurderingen af tilbuddene fra Nuuday, og at det tilsvarende må formodes at gøre sig gældende ved evalueringen af de øvrige modtagne tilbud inden overgangen til udbud med forhandling, finder klagenævnet allerede af denne grund, at SKI ikke har løftet sin bevisbyrde for, at betingelserne for at overgå til udbud med forhandling efter udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, var opfyldt.

Klagenævnet tager herefter påstand 1a til følge.

Ad påstand 1

Henset til det, der er anført vedrørende påstand 1 a, finder klagenævnet ikke anledning til at tage stilling til denne påstand.

Ad påstand 2 og 3

Klagenævnet kan afgøre en sag helt eller delvist. Klagenævnet tager ikke stilling til påstand 2 og 3.

Ad påstand 4

Klagenævnet har konstateret, at SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at overgå til udbud med forhandling.

Henset til overtrædelsens karakter og betydning for det konkrete forløb af udbudsprocessen tages påstanden om annullation af tildelingsbeslutningerne af 22. september 2023 til følge, jf. § 13, stk. 1, nr. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.

Ad påstand 5

SKI har den 2. september 2023 underskrevet rammeaftalen (delaftale 1 og 2).

Det fremgår af § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, at en kontrakt, der er omfattet af udbudslovens afsnit II eller III eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal erklæres for uden virkning, hvis en ordregiver i

strid med udbudsloven eller EU-udbudsreglerne har indgået en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Bestemmelsen i § 17, stk. 1, nr. 1, implementerer artikel 2d, stk. 1, litra a, i direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (kontroldirektivet).

Artikel 2d, stk. 1, litra a, i kontroldirektivet har følgende ordlyd:

”Medlemsstaterne påser, at en klageinstans, der er uafhængig af den ordregivende myndighed, betragter en kontrakt som værende uden virkning, eller at en klageinstans beslutter, at den er uden virkning i hvert af følgende tilfælde:

a) hvis den ordregivende myndighed har tildelt en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, selv om dette ikke er tilladt i henhold til direktiv 2004/18/EF.”

Af præamblen til kontroldirektivet fremgår:

”...

(13) For at modvirke ulovlig indgåelse af direkte tildelte kontrakter, der af Domstolen er blevet betegnet som den alvorligste tilsidesættelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter, som en ordregivende myndighed eller en ordregiver kan begå, bør der indføres sanktioner, der er effektive, står i et rimeligt forhold til overtrædelsen og har afskrækkende virkning. Derfor bør en kontrakt, der bygger på en ulovlig direkte tildeling i princippet betragtes som værende uden virkning. Retsvirkningen »uden virkning« bør ikke indtræde automatisk, men bør fastslås af eller være resultatet af en afgørelse truffet af en uafhængig klageinstans.

(14) Retsvirkningen »uden virkning« er den mest effektive måde at genskabe konkurrencen og til at skabe nye forretningsmuligheder for de økonomiske aktører, der ulovligt er blevet frataget deres mulighed for at konkurrere. Direkte tildelte kontrakter bør i dette direktivs forstand omfatte enhver indgåelse af kontrakter uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, jf. direktiv 2004/18/EF. Dette svarer til procedurer uden forudgående udbud, jf. direktiv 2004/17/EF.

(15) Direkte tildelte kontrakter i dette direktivs forstand kan eventuelt være berettigede i kraft af de særlige situationer, der er nævnt i artikel 10-18 i direktiv 2004/18/EF, i medfør af artikel 31, 61 eller 68 i direktiv 2004/18/EF, tildeling af tjenesteydelseskontrakter i henhold til artikel 21 i direktiv 2004/18/EF eller lovlig tildeling af in-house-kontrakter, som fortolket af Domstolen.”

Artikel 31 i direktiv 2004/18/EF (det tidligere udbudsdirektiv), som der henvises til i præampelbetragtning nr. 15, omhandler ”Tilfælde, der kan begrunde anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse”, mens artikel 30 i direktiv 2004/18/EF, omhandler ”Tilfælde, der kan begrunde anvendelsen af udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse”. Tilfælde omfattet af artikel 30 i det tidligere udbudsdirektiv er således ifølge overskriften til bestemmelsen ikke omfattet af præampelbetragtning nr. 14’s beskrivelse af ”direkte tildelte kontrakter”.

Direktiv 2004/18/EF blev ophævet ved direktiv 2014/24/EF, jf. direktivets artikel 91. Ifølge artikel 91, 2. led, jf. bilag XV i direktiv 2014/24/EF, skal henvisninger til den nu ophævede artikel 30, stk. 1, i direktiv 2004/18/EF gælde som henvisninger til artikel 26, stk. 4, i direktiv 2014/24/EF. Artikel 26, stk. 4, litra b, er implementeret ved udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, og § 61, stk. 4.

Udbudslovens § 61 fremgår under kapiteloverskriften ”Udbud med forhandling”, mens udbudslovens § 80, der implementerer artikel 32, stk. 2, litra a, i direktiv 2014/24/EF, tidligere artikel 31, stk. 1, i direktiv 2004/18/EF, som der henvises til i præampelbetragtning nr. 14, fremgår under overskriften ”Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse”. Henset til bestemmelseernes tilblivelseshistorie taler dette for, at udbud med forhandling i henhold til udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, jf. stk. 4, hvor der i forbindelse med den indledende udbudsprocedure er offentliggjort en udbudsbekendtgørelse, ikke er en sådan ”direkte tildelt kontrakt” som beskrevet i præampelbetragtning nr. 14 til direktiv 2007/66/EF, og som skal erklæres for uden virkning.

Hertil kommer, at der ved fortolkningen af de enkelte bestemmelser i udbudsdirektivet (direktiv 2014/24/EF) og kontroldirektivet (direktiv 2007/66/EF) ifølge fast praksis fra EU-Domstolen skal tages hensyn til bl.a. til de mål, der forfølges med den lovgivning, som bestemmelserne er en del af. Formålet med udbudsdirektivet er bl.a. at sikre, at tildeling af kontrakter

sker i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, mens formålet med kontroldirektivet er at sikre en effektiv anvendelse af udbudsdirektivet.

Det er en betingelse for anvendelse af udbud med forhandling i medfør af udbudsdirektivets artikel 26, stk. 4, litra b, og udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, jf. stk. 4, at der forinden er gennemført et udbud, hvor der er blevet offentliggjort en udbudsbekendtgørelse, og hvor potentielle tilbudsgivere i markedet derved har haft mulighed for at afgive tilbud, ligesom det er en betingelse, at samtlige de tilbudsgivere, der opfylder kravene til egnethed og har afgivet tilbud, og kun disse, efterfølgende omfattes af proceduren med udbud med forhandling. En fortolkning, hvorefter tildeling af en kontrakt efter udbud med forhandling gennemført i overensstemmelse med proceduren i udbudsdirektivets artikel 26, stk. 4, litra b, og udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, jf. stk. 4, ikke skal anses som en direkte tildeling i kontroldirektivets forstand, er på den baggrund i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

På den anførte baggrund og i lyset af proportionalitetsprincippet som anført i præambelbetragtning nr. 13 i direktiv 2007/66/EF finder klagenævnet, at artikel 2d, stk. 1, litra a, i direktiv 2007/66/EF og § 17, stk. 1, nr. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud ikke finder anvendelse i den foreliggende situation. Dette er en ændring af klagenævnets praksis, således som den kom til udtryk ved klagenævnets kendelse af 11. marts 2014, HSHansen A/S mod Bygningsstyrelsen.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Herefter bestemmes

Påstand 1 a og 4

Staten og Kommunernes Indkøbsservice har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at overgå til udbud med forhandling, selvom betingelserne herfor ikke var opfyldt.

Staten og Kommunernes Indkøbsservices beslutninger af 22. september 2023 om tildelinger af rammeaftale 50.07 Kommunikationsprodukter (delaftale 1 og 2) annulleres.

Klagenævnet træffer ikke afgørelse vedrørende påstand 1, 2 og 3.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 5.

Staten og Kommunernes Indkøbsservice skal i sagsomkostninger til Nuuday A/S betale 40.000 kr. inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Ane Røddik Christensen

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Randi Uhrenholt Johnsen
Kontorfuldmægtig