

K E N D E L S E

Axcess A/S
(advokat Lotte Hummelshøj, København)

mod

Region Hovedstaden
(advokat René Offersen, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 249-457267 af 22. december 2016 udbød Region Hovedstaden som offentligt udbud en rammeaftale vedrørende netværkskomponenter til Region Hovedstaden. Rammeaftalens varighed var angivet til 48 måneder med mulighed for forlængelse en eller flere gange med op til i alt 36 måneder, dvs. en løbetid på potentielt 7 år.

Ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud havde Region Hovedstaden modtaget tilbud fra fem tilbudsgivere, herunder fra Axcess A/S og den vindende tilbudsgiver Datacon A/S.

Den 27. juni 2017 meddelte Region Hovedstaden, at regionen havde besluttet at tildele Datacon A/S rammeaftalen, idet Datacon A/S havde afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Den 22. august 2017 indgav Axcess A/S klage til Klagenævnet for Udbud over Region Hovedstaden. Klagen har været behandlet skriftligt.

Axcess A/S har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at Region Hovedstaden har handlet i strid med udbudslovens § 95, stk. 2, ved at have udbudt en rammeaftale med en varighed på over 4 år, uden at der foreligger ekstraordinære tilfælde.

Påstand 2

Klagenævnet skal annullere Region Hovedstadens tildelingsbeslutning af 27. juni 2017.

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

Klagenævnet har den 30. oktober 2017 meddelt Region Hovedstadens kontraktpart, Datacon A/S, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

Datacon A/S har ikke besvaret klagenævnets henvendelse.

Sagens nærmere omstændigheder*Udbudsmaterialet*

Udbudsbekendtgørelsen af 22. december 2016 indeholder blandt andet følgende:

”II.1.1) Betegnelse:

Udbuddet omfatter indkøb af netværksudstyr til LAN/WAN og WLAN.

...

II.1.5) Anslået samlet værdi

Værdi eksklusiv moms: 140 000 000.00 DKK

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

Udbuddet omfatter netværkskomponenter til Region Hovedstaden og skal forstås som et hardware udbud. Der skal i udbuddet ikke leveres en samlet løsning til kunden. Kunden sammensætter selv løsninger ud fra sit behov ved brug af hardware fra rammeaftalen.

II.2.5) Tildelingskriterier

Prisen er ikke det eneste tildelingskriterium og alle kriterier er udelukkende anført i udbudsdokumenterne

...

II.2.7) Varighed af kontrakten, rammeaftalen eller det dynamiske indkøbssystem

Varighed i måneder: 48

Denne kontrakt kan forlænges: ja

Beskrivelse af forlængelser:

Ordregiver har option på at Rammeaftalen, kan forlænges en eller flere gange med op til 36 måneder.

...

II.2.11) Oplysninger om optioner

Optioner: ja

1. Option på konsulentytelser
2. Option på tiltrædelse af aftale, Region Sjælland.

...

VI.3) Yderligere oplysninger

...

I henhold til udbudsbekendtgørelsens punkt iV.1.3), »begrundelse for enhver løbetid over 4 år« skal det oplyses, at begrundelsen for rammeaftalens løbetid er Regionens investeringshorisont, der i forbindelse med opgradering og konsolidering af det samlede netværk er 7-8 år. Dette er bl.a. begrundet i en afskrivningsperiode for det omhandlede udstyr på 7-8 år.”

I udbudsbetingelserne af 22. december 2016 er blandt andet anført følgende:

”4. Udbuddets art, omfang og formål

Udbuddet omfatter netværkskomponenter til Region Hovedstaden og skal forstås som et hardware udbud. Der skal i udbuddet ikke leveres en samlet løsning til kunden. Kunden sammensætter selv løsninger ud fra sit behov ved brug af hardware fra rammeaftalen.

Der er 4 dele af udbuddet som følger:

Del 1: LAN/WAN

Del 2: WLAN

Del 3: Tilkøb til LAN

Del 4: Tilkøb til WLAN

I øvrigt forbeholder parterne sig ret til under kontrakten at ændre på kontrakten inden for rammerne af Udbudslovens § 178-184. Alle ændringer aftales skriftligt mellem parterne.

4.1.1 Optioner

Udbuddet omfatter nedenstående optioner.

Konsulenttydelser

Option på tiltrædelse af aftale, Region Sjælland

...

4.2 Afgivelse af delbud

Det er ikke muligt at afgive deltilbud

...

5. Kontraktperiode

Rammeaftalen har en varighed på 48 måneder. Ordregiver har som option mulighed for at forlænges aftalen en eller flere gange med op til i alt 36 måneder.”

Det fremgår endvidere af udbudsbetingelsernes pkt. 11 ”Tildelingskriterier (tilbudsvurdering)”, at tildelingen ville ske til det økonomisk mest fordelagtige tilbud efter kriteriet ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet”. Der var for del 1 (LAN/WAN) og del 2 (WLAN) fastsat følgende underkriterier: Pris (40 %) og kvalitet (60 %), mens det for del 3 (Tilkøb til LAN) og del 4 (Tilkøb til WLAN) var fastsat, at prisen vægtede med 100 %. For så vidt angår del 1 og 2 var det anført, at den samlede pris ville blive beregnet ud fra indkøb og 7 års support. Det var endvidere fastsat, at de enkelte dele af udbuddet i den samlede evaluering ville vægte som følger:

	Vægtning pr. del
Del 1: LAN/WAN	30 %
Del 2: WLAN	50 %
Del 3: Tilkøb til LAN	15 %
Del 4: Tilkøb til WLAN	5 %

Af kravsspecifikationen vedrørende udbuddets del 3, Tilkøb til LAN (bilag 1 c til udbudsbetingelserne), fremgår under pkt. 2 ”Tilkøb LAN” blandt andet følgende:

”Region Hovedstaden har en stor installeret base af HP udstyr i LAN, hvor det skal være muligt dels løbende at tilkøbe support, samt organiske udvidelser af eksisterende installationer.

Krav til tilkøb af HP udstyr eller tilsvarende er angivet neden for.”

Af kravsspecifikationen vedrørende udbuddets del 4, Tilkøb til WLAN (bilag 1 d til udbudsbetingelserne), fremgår under pkt. 2 ”Tilkøb Wireless” blandt andet følgende:

”Region Hovedstaden har en stor installeret base af Cisco WLAN, hvor det skal være muligt dels løbende at tilkøbe support, samt organiske udvidelser af den eksisterende installation.

Krav til tilkøb af Cisco udstyr eller tilsvarende er angivet nedenfor.”

Af udkast til rammeaftale (bilag C til udbudsbetingelserne) fremgår under pkt. 2.4 ”Udskiftning og tilføjelser af produkter” blandt andet følgende:

”Udskiftning og tilføjelser af produkter omfattet af kontrakten skal ske i overensstemmelse med de nedenfor anførte krav.

I bilag 1, 1a, 1b, 1c og 1d med tilhørende underafsnit, er der fastlagt generiske krav til kontraktens produkter. Den teknologiske udvikling kan begrunde, at de tekniske løsninger som er tilgængelige for at opfylde de generiske krav, jf. kontraktens bilag 1 med tilhørende underafsnit, ændres over tid. På baggrund af nedenstående retningslinjer kan parterne initiere, at et produkt, omfattet af denne kontrakt, udskiftes med et nyt produkt eller et nyt produkt tilføjes.

Ved udskiftning eller tilføjelse af produkter gælder kontraktens bestemmelser uændret.

...

Tilrettelæggelsen af udbuddet

Region Hovedstaden har oplyst, at der som led i forberedelsen af udbuddet blev gennemført en række analyser og undersøgelser af Center for IT, Me-

dico og Telefoni (CIMT), som er en intern afdeling i Region Hovedstaden, hvor regionens it-, medico- og telefonidrift er samlet. CIMT afgav den 1. juni 2016 et notat til Chefgruppen for Drift med overvejelser vedrørende det planlagte udbud. Endvidere afgav CIMT den 21. december 2016 et notat om begrundelse for indgåelse af rammeaftale vedrørende netværksudstyr på op til 7 år, hvoraf følgende fremgår:

”CIMT har siden 2012 investeret massivt i opgradering og løbende konsolidering af Regionens netværk.

Det har været vist sig nødvendigt at opgradere det samlede netværk, grundet et massivt investerings eftersleb teknologisk (før CIMT dannelsen) – og grundet den nye sundhedsplatforms samt nye forretningsmæssige behov, heri understøttelse for mere mobile arbejdsgange.

Region Hovedstaden har samlet set Danmarks største netværk målt i antal netværksenheder. Det er ikke muligt at få anlægsmidler, projektororganisationen og forretningen (klinikken) til at forestå en udskiftning i indkøbskontraktperioder under 7 år.

Der er samtidig et kontinuerligt større og større politisk ønske om at kunne tilbyde patienter og pårørende netværks adgang jf. Region H telemålbillede.

Der er indtil nu brugt et 3-cifret millionbeløb og CIMT er stadig ikke nået hele vejen rundt.

Det betyder at:

- Region Hovedstaden ikke kan tilbyde patienter den ønskede netværkskapacitet på alle lokaliteter.
- Region Hovedstaden stadig ikke understøtter de mobile arbejdsgange 100 % som strategisk er besluttet.
- Sundhedsplatformen netværksbehov endnu ikke er understøttet på alle lokaliteter.
- netværkskapacitet til understøttelse af forretningens stigende behov for større datamængder (røntgen, MR-scanninger mv.) er truet.

Derudover vil det nyoprettede Center for Ejendommens kommende investeringer i intelligent bygningsstyring skulle understøttes.

Investeringshorisonten for opgradering og standardisering af det samlede netværk er 7-8 år. Dette skyldes opgavens store omfang samt den omfattende planlægning der kræves for at gennemføre opgradering og konsolidering så forretningen og klinikken (regionens hospitaler) bliver

påvirket mindst muligt mens arbejdet pågår. Samtidig arbejder CIMT med en afskrivningsperiode for det omhandlende udstyr på 7-8 år.

På grund af standardisering og opgradering af Region Hovedstadens netværk vil det være teknisk uforsvarligt at gennemføre et udbud midt i en implementeringsperiode (de 7-8 år) da det vil indebære risiko for et producentskifte.

Et producentskifte vil medføre en risiko for produkter for forskellige producenter i samme miljø. Selvom det teoretisk vil være muligt med blandede producenter i samme miljø vil det medføre en stor risiko for, at netværket ikke vil kunne understøtte de for klinikken nødvendige stabile arbejdsgange. Pga. kritikaliteten af netværkets stabilitet kan Regionen ikke løbe den risiko et blandet miljø vil medføre.

Derfor er det essentielt at kontraktperioden maksimeres i forhold til det lovlige, dvs. 7 år.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Axxess A/S har gjort gældende, at Region Hovedstaden har handlet i strid med udbudslovens § 95, stk. 2, ved at udbyde den omhandlede rammeaftale med en varighed på 48 måneder og med option på at forlænge aftalen en eller flere gange med op til i alt 36 måneder (dvs. i alt potentielt 7 år), idet rammeaftaler som altovervejende hovedregel maksimalt kan have en varighed på 4 år. Udgangspunktet herom kan kun fraviges, hvis en længere varighed er begrundet i ”ekstraordinære tilfælde”. Region Hovedstaden har ikke løftet bevisbyrden for, at der foreligger sådanne ”ekstraordinære tilfælde”.

Undtagelsen om en længere varighed end 4 år er ifølge forarbejderne til udbudslovens § 95, stk. 2, forbeholdt tilfælde, hvor der f.eks. foretages betydelige investeringer, der afskrives over en længere periode, specialudvikles produkter over en lang periode, eller hvor sikkerhedsmæssige eller lignende overvejelser gør sig gældende. Endvidere vil ekstraordinære tekniske forhold mv. kunne begrunde længere løbetid.

Udbudsbetingelserne indeholder ikke en uddybning af, hvilke ekstraordinære tilfælde der berettiger til den længere løbetid for rammeaftalen, hvorfor der må være en formodning for, at sådanne ekstraordinære tilfælde ikke gør

sig gældende for rammeaftalen. Det er uden betydning, at der ikke blev stillet spørgsmål om rammeaftalens løbetid under udbuddet.

Der er med den omhandlede rammeaftale tale om et standardindkøb af netværkskomponenter. Ved et løbende indkøb af standard netværkskomponenter, der hver for sig repræsenterer en lille værdi og ikke skal specialudvikles, og hvor regionen selv sammensætter sine løsninger ud fra sit behov ved brug af hardware fra rammeaftalen, har regionen ikke et sagligt behov for en afskrivningsperiode på udstyret på mere end 4 år. Det forhold, at en ordregiver – her Region Hovedstaden – ønsker at opnå maksimale stordriftsfordele i form af billigst mulige priser på indkøb af standardkomponenter ved at udbyde en stor volumen, udgør ikke ekstraordinære forhold omfattet af udbudslovens § 95, stk. 2, 2. pkt.

Den normale afskrivningsperiode/levetid for netværksudstyr er 3-5 år. Der kan i den forbindelse blandt andet henvises til Region Midtjyllands Kasse- og regnskabsregulativ, hvoraf det vedrørende anvendt regnskabspraksis fremgår, at levetiden/afskrivningsperioden for netværksudstyr og større computere er 5 år. Endvidere anvender Moderniseringsstyrelsen levetider på 3-5 år på IT-udstyr, og Moderniseringsstyrelsen gennemførte i 2016 et udbud af en rammeaftale vedrørende varer, der er sammenlignelige med varerne i denne sag, med en løbetid på 4 år inkl. option på forlængelse. Endelig har CISCO oplyst, at der er en vis tendens til, at virksomheder afskriver visse former for netværks- og kommunikationsudstyr på mindre end 5 år.

Axcess A/S har endvidere anført, at jo mere fejlkritisk et miljø IT-udstyret skal fungere i, jo kortere levetid/afskrivningsperiode vil IT-udstyret have. Region Hovedstaden betegner selv miljøet som kritisk, hvorfor den forventede levetid og afskrivningsperiode må være kortere end i mindre kritiske miljøer. Det netværksudstyr, som sagen drejer sig om, kan derfor ikke have en afskrivningsperiode på 7-8 år. Afskrivningsperioden må være højst 4 år.

Region Hovedstaden har selv under udbuddet forudsat, at levetiden for komponenter omfattet af udbuddet som følge af den teknologiske udvikling er kortere end rammeaftalens løbetid på 7 år, jf. herved rammeaftalens pkt. 2.4 om udskiftning og tilføjelser af produkter.

Der kan således ikke med henvisning til afskrivningsperioden på netværksudstyret siges at foreligge sådanne ekstraordinære tilfælde, der kan berettige en længere løbetid end de 4 år, som fremgår af udbudslovens § 95, stk. 2.

Endvidere er det særdeles uhensigtsmæssigt at tilrettelægge et indkøb af netværkskomponenter som de omhandlede ud fra en rammeaftale på 7 år, da den teknologiske udvikling bevirker et hastigt prisfald på komponenter omfattet af rammeaftalen. Med en rammeaftale, der løber i 7 år, vil priserne være de samme under hele rammeaftalen og vil således ikke falde i takt med den reelle markedsværdi af komponenterne, der på grund af den teknologiske udvikling hurtigt forældes og dermed taber værdi.

Region Hovedstaden har som begrundelse for rammeaftalens løbetid på 7 år angivet, at det er uhensigtsmæssigt at udskifte producent midt under udskiftning af et netværk. Man vil altså undgå et ”blandingsmiljø”. Det bestrides, at dette konkret kan berettige en fravigelse af hovedreglen i udbudslovens § 95, stk. 2, om, at en rammeaftale maksimalt må have en løbetid på 4 år. De forstyrrelser, der eventuelt måtte kunne forekomme som følge af et ”blandingsmiljø”, er meget begrænsede og kan under alle omstændigheder alene have betydning for de enkelte netværk på de enkelte sygehuse/hospitaler. Det forhold, at sygehuse/hospitalerne hver især anvender forskellige producenter (f.eks. et sygehus anvender komponenter fra CISCO, og et andet anvender komponenter fra HP), vil ikke have nogen betydning for de enkelte netværk.

Rammeaftalens varighed på 7 år kan således ikke sagligt begrundes med, at der er behov for, at der alene vælges en enkelt producent, idet det ikke tager 7 år at implementere/købe ind til et enkelt netværk.

Efter regionens egne oplysninger blev der under den tidligere gældende rammeaftale på 4 år, som blev forlænget med 8 måneder, gennemført en udskiftning af LAN-udstyr på omkring 90 % af lokaliteterne i regionen. Det har således i praksis tidligere vist sig, at også regionens samlede indkøbsbehov kan opfyldes med en rammeaftale på 4 år.

Regionens anbringende vedrørende hensynet til at opnå en standardisering af netværket understøttes ikke af udformningen af selve udbuddet. Udbuddet er således opdelt i 4 dele, hvor del 3 vedrører tilkøb af HP-produkter, og del 4 vedrører tilkøb af CISCO-produkter. Der vil således i hele rammeafta-

lens løbetid blive tilkøbt udstyr fra forskellige producenter. Endvidere var udbuddet udformet således, at tilbudsgiverne kunne byde med én producent på del 1 og en anden producent på del 2. Hvis regionen havde et krav om, at udbuddet skulle føre til, at det samlede netværk blev leveret fra samme producent, så burde regionen have stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle byde med samme producent på del 1 og del 2. Dette har regionen ikke gjort, hvilket understøtter, at risikoen for et producentskifte ikke er et sagligt argument for, at rammeaftalen skal have en løbetid på 7 år.

Der kan således ikke med henvisning til de tekniske forhold siges at foreligge sådanne ekstraordinære tilfælde, der kan berettige en længere løbetid end de 4 år, som fremgår af udbudslovens § 95, stk. 2.

Det forhold, at indkøb af netværkskomponenterne sker til sundhedssektoren, kan heller ikke berettige en længere løbetid end 4 år.

Moderniseringsstyrelsen foretager udbud på vegne af både forsvar og politi, der i mindst lige så høj grad som sundhedsvæsenet må siges at udgøre ”kritisk national infrastruktur”, hvor sikkerhedsmæssige og lignende overvejelser potentielt kunne opfylde betingelserne for at udgøre ekstraordinære tilfælde omfattet af udbudslovens § 95, stk. 2. Det forhold, at der ved Moderniseringsstyrelsens udbud fra 2016, som er omtalt ovenfor, ikke var behov for, at rammeaftalen skulle løbe længere end 4 år, understøtter, at der heller ikke i denne sag, er et sagligt behov for en længere løbetid begrundet i sikkerhedsmæssige forhold.

Når der er tale om indkøb af standardkomponenter til et netværk, som skal fungere i et fejlkritisk miljø, tilsiger dette – ud fra sikkerhedsmæssige overvejelser – netop at der løbende sker udskiftning og opdatering af de omfattede komponenter, idet levetiden og afskrivningsperioden som anført ovenfor er kortere, jo mere fejlkritisk et netværksmiljø er.

Region Hovedstaden har navnlig anført, at beslutningen om at udbyde rammeaftalen med en løbetid på 7 år er truffet efter grundige faglige vurderinger, som bygger på CIMTs notater af 1. juni 2016 og 21. december 2016. Sagen involverer således prøvelse af faglige skøn, hvor klagenævnet bør udvise tilbageholdenhed, når der ikke er sandsynliggjort risiko for, at der har været inddraget usaglige hensyn eller lignende.

Afskrivningsperioden på netværksudstyret er 7-8 år. Det er derfor nødvendigt med en kontraktløbetid på i hvert fald 7 år for at kunne nå hele vejen rundt. Afskrivningsperioden er begrundet i netværkets størrelse og iboende kompleksitet ved indgreb i det eksisterende udstyr, da udskiftningen af netværk skal ske under hensyntagen til ikke at forstyrre hospitalsdriften. CIMT må regne med den fulde udskiftning, allerede fordi CIMT ikke kan vide, hvor og hvornår der skal ske udskiftning efter driftsbudgetteringen. Endvidere er det hensigten med rammeaftalen, at CIMT selv forestår design og opbygningen af netværket, hvorfor indkøbene skal kunne ske når som helst over rammeaftalens periode, således at CIMT ikke er nødsaget til at opretholde et varelager af netværksudstyr, der kan dække de næste 7 års forbrug. Desuden ville sådan en ordning kunne føre til værdispild i form af risiko for anskaffelse af et for stort varelager, der over tid kunne blive teknisk forældet og dermed værdiløst. Udbuddet er udformet således, at Region Hovedstaden er sikret adgang til samme komponenter, der opfylder kravsspecifikationen, over hele indkøbsperioden, og udbuddet er af betragtelig størrelsesorden, så mængderabatsatser bliver presset til det yderste. Desuden er det nærliggende for den omhyggelige tilbudsgiver at indregne forventet prisfald over perioden i sit tilbud, og regionens aftale er sikret i forbindelse med prisfald ved rabatsats i forhold til en global prisliste.

Axcess A/S fejlfortolker afskrivningsperiodebegrebet i lovbemærkningerne til udbudslovens § 95. Der er tale om en afskrivningsperiode forstået som levetid på udstyret. Regnskabsmæssige afskrivninger er en helt anden sag. Oplysningen fra CISCO om tendensen til, at virksomheder afskriver visse former for netværks- og kommunikationsudstyr på mindre end 5 år, kan ikke tillægges nogen værdi. Det kan heller ikke tillægges vægt, at Moderniseringsstyrelsen i et udbud har fastsat løbetiden for en rammeaftale til 4 år, da Moderniseringsstyrelsens udbud ikke tager hensyn til særlige forhold, der kan gøre sig gældende i andet end et almindeligt kontorlandskab, eksempelvis ved hospitalsdrift som i denne sag.

Løbetiden på rammeaftalen er begrundet i tekniske forhold, idet det grundlæggende er de tekniske krav til effektiv og ressourcebesparende netværksplanlægning, der nødvendiggør løbetiden af rammeaftalen. Det er med de nuværende teknologiske muligheder hensigtsmæssigt at vælge en enkelt producent, når man skal planlægge og implementere sit netværk, for således at skabe en homogen standard for det enkelte netværk. Forstyrrelserne, som et ”blandingsmiljø” kan forårsage, kan undgås, hvis man i planlægningsfa-

sen lægger sig fast på en enkelt producent for at smidiggøre netværksinfrastrukturen og mobiliteten i arbejds gange. Da netværksudstyr ikke er 100 % generisk hardware, giver det i praksis vanskeligheder at udbygge et eksisterende netværk med komponenter fra en anden producent. Dette medfører, at netværket bliver producentbundet, indtil netværket som helhed er udskiftningsmodent, hvorefter netværksplanlæggeren på ny kan vurdere, hvordan netværket optimalt sammensættes. Dette er også baggrunden for opdelingen af dette udbud i del 1 og 2 samt del 3 og 4, hvor del 3 og 4 har været producentbundet, hvorimod del 1 og 2 er udbudt efter funktionskrav. Det er et fundamentalt princip for optimal konkurrenceudsættelse – og dermed også et af udbudsrettens overordnede formål – at der tilstræbes udbud efter funktionalitetskrav frem for producentbundne udbud. Region Hovedstadens erfaringer viser, at netværkets levetid er 7-9 år. I det omfang rammeaftalens varighed ikke passer med netværkets levetid, vil der grundet de tekniske netværksforhold således skulle overføres suppleringskøb til en efterfølgende aftale. Disse køb vil være producentbundne, og konkurrenceudsættelsen af erhvervelsen af disse komponenter vil ikke være den samme som ved det forrige udbud. De afgørende faktorer, der nødvendiggør en længere varighed, er derfor: Netværkets levetid, netværksudstyrets tekniske kompatibilitetsbegrænsninger i ”blandingsmiljø”, magtforholdet mellem producenterne og leverandørerne (tilbudsgiverne), og at hospitalsdriften kræver en høj grad af standardisering for at sikre driftssikkerhed og derfor ikke kan tåle ”blandingsmiljø”.

Det er korrekt, at der i forrige aftaleperiode blev nået en udskiftning af 90 % af LAN-udstyret. Aftalen vedrørte kun LAN-udstyr, og som konsekvens af prioriteringen af LAN-udskiftning blev kun 10 % af WLAN-udstyret udskiftet. Det vil sige, at på 4 år og 8 måneder blev omkring halvdelen af netværket udskiftet. Den tidligere aftale taler således ikke imod, at der nu er grundlag for en løbetid på 7 år.

Klausulen i rammeaftalens pkt. 2.4 om udskiftning og tilføjelser af produkter til rammeaftalen er ikke udtryk for, at netværkets levetid vil være udløbet, inden rammeaftalen udløber. Klausulen er en standardklausul og er velbegrundet, da rammeaftalen dermed ikke forhindrer regionen i at kunne købe nyere – og dermed formentlig bedre – komponenter, mens rammeaftalen gælder. Det er kun ved del 1 og 2, der kan udskiftes komponenter ved behov, og der vil være tale om komponenter, der er producentkompatible

med de øvrige enheder, hvilket i det hele styrker konkurrenceudsættelsen af del 3 og 4 af udbuddet.

Stabil hospitalsdrift er kritisk national infrastruktur og bør ikke forstyrres uden god begrundelse, når det kan undgås. Det har ikke betydning for udbuddet i denne sag, at politi og forsvar er omfattet af Moderniseringsstyrelsens udbud, som Axxess A/S henviser til.

Der blev ikke stillet spørgsmål til rammeaftalens varighed under udbudsprocessen, hvilket indikerer, at der for tilbudsgiverne ikke har været nogen åbenlys fejl eller mangel ved udbuddet. Dette må tages til indtægt for, at varigheden i hvert fald ikke har været åbenlyst ugrundet.

Sammenfattende gøres det gældende, at Region Hovedstaden har haft et sagligt og tilstrækkeligt grundlag for at udbyde rammeaftalen med en varighed, der potentielt overstiger 4 år, idet varigheden skyldes netværkstekniske forhold og et altovervejende hensyn til ikke at skabe driftsforstyrrelsen på hospitalerne indenfor regionen. Der foreligger således ekstraordinære tilfælde for indgåelse af en rammeaftale med en varighed på mere end 4 år, jf. udbudslovens § 95, stk. 2, 2. pkt. Udbuddets tilrettelæggelse skaber en forøget konkurrenceudsættelse af aktørerne i netværksbranchen, herunder særligt producentniveauet, som grundet tekniske afhængigheder i flere tilfælde har kunnet afsætte netværksudstyr uden horisontal konkurrence fra andre producenter, da offentlige aftagere har været bundet til deres produkt-sortiment for at beskytte allerede foretagne netværksinvesteringer. Konkurrenceudsættelse af økonomiske aktører skaber den effektive konkurrence, der er formålet i udbudslovens § 1, og som derfor bør tillades.

Ad påstand 2

Axxess A/S har gjort gældende, at Region Hovedstaden som anført i påstand 1 har handlet i strid med udbudslovens § 95, stk. 2, og at der er tale om en væsentlig overtrædelse af udbudsreglerne, hvorfor der skal ske annullation af regionens tildelingsbeslutning af 27. juni 2017.

Region Hovedstaden er ikke kommet med særskilte bemærkninger til denne påstand.

Klagenævnet udtaler:Ad påstand 1

Efter udbudslovens § 95, stk. 2, kan en rammeaftale højst have en løbetid på 4 år. I ekstraordinære tilfælde kan en rammeaftale indgås for en længere periode.

Af forarbejderne til bestemmelsen (lovforslag nr. L 19 af 7. oktober 2015) fremgår følgende:

”Bestemmelsens *stk. 2* indebærer, at en rammeaftale maksimalt kan have en løbetid på 4 år. Den maksimale løbetid på 4 år er en hovedregel, der efter § 95, stk. 2, kan fraviges i ekstraordinære tilfælde. Vurderingen af, om der foreligger sådanne ekstraordinære forhold, må i overensstemmelse med principperne i § 2 ikke være baseret på usaglige hensyn.

Ekstraordinære tilfælde, der kan begrunde længere løbetid, kan f.eks. foreligge, hvis ansøgerne eller tilbudsgiverne har brug for at indkøbe udstyr, hvis afskrivningsperiode er længere end 4 år, og hvor det konkrete behov for udstyret kan opstå til enhver tid under rammeaftalens samlede løbetid. Endvidere vil ekstraordinære tekniske forhold m.v. kunne begrunde længere løbetid.

Det kan desuden begrunde en løbetid på mere end 4 år, at leverandørernes indtjeningsperiode vil blive afkortet som følge af den tid, der skal bruges på udvikling af den udbudte opgave, eller at der af ordregiveren og/eller leverandøren vil skulle foretages betydelige investeringer, hvor afskrivningsperioden går ud over de 4 år.

Som eksempel herpå kan nævnes en aftale vedrørende specialudvikling af komplicerede ydelser, hvor alene selve udviklingsperioden må forventes at have en løbetid på 3 år. Endvidere vil sikkerhedsmæssige og lignende overvejelser kunne indgå i vurderingen, f.eks. hvor der er tale om kritisk national infrastruktur.”

Den udbudte rammeaftales varighed er angivet til 48 måneder med mulighed for forlængelse en eller flere gange med op til i alt 36 måneder, dvs. en varighed på potentielt 7 år. Region Hovedstaden har bevisbyrden for, at der foreligger ekstraordinære tilfælde, som kan begrunde en sådan varighed.

Klagenævnet finder, at regionen ikke har påvist sådanne ekstraordinære omstændigheder, at rammeaftalen kan indgås for en længere periode end 4

år. Klagenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at rammeaftalen omfatter indkøb af standard netværkskomponenter, hvor regionen selv sammensætter sine løsninger ud fra sit behov ved brug af hardware fra rammeaftalen. Rammeaftalen afløser en tidligere kontrakt af væsentlig kortere varighed, og udformningen af udbuddet, herunder opdelingen i 4 dele, synes at forudsætte, at det er muligt at gennemføre udbud med henblik på at få andre leverandører, og at det i den forbindelse kan sikres, at det indkøbte er kompatibelt med det eksisterende netværksudstyr.

Påstand 1 tages derfor til følge.

Ad påstand 2

Den overtrædelse af udbudslovens § 95, stk. 2, som er begået ved fastsættelsen af rammeaftalens længde, må anses for at være af væsentlig betydning.

Påstand 2 om annulation af tildelingsbeslutningen tages derfor til følge.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Region Hovedstaden har handlet i strid med udbudslovens § 95, stk. 2, ved at have udbudt en rammeaftale med en varighed på over 4 år, uden at der foreligger ekstraordinære tilfælde.

Ad påstand 2

Region Hovedstadens beslutning af 27. juni 2017 om at indgå kontrakt med Datacon A/S annulleres.

Region Hovedstaden skal i sagsomkostninger til Axxcess A/S betale 20.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Hanne Aagaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig