

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er således klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

edgemo a/s
(advokat Kristian Højgaard Madsen, Aalborg)

mod

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S
(advokat Rasmus Holm Hansen, København)

Klagenævnet har den 13. februar 2019 modtaget en klage fra edgemo a/s.

edgemo a/s har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI) har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1 - 6 og svarskrift med bilag A - J.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande (redigeret):

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved den 3. oktober 2018 af hensyn til en anden tilbudsgiver at

udsætte kontraktens idriftsættelsestidspunkt med 2 måneder og undladt at orientere edgemo a/s forskriftsmæssigt om udsættelsen, idet denne forlængelse har medført, at edgemo a/s ikke har haft de samme tidsmæssige muligheder for at anmode producenter om produkttilpasninger.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at SKI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at tildele kontrakten til 4 tilbudsgivere, uanset tilbuddene fra disse tilbudsgivere ikke var konditionsmæssige.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere SKI's tildelingsbeslutning af 1. februar 2019.

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2018/S 112-254532 af 12. juni 2018, offentliggjort den 14. juni 2018, udbød SKI som begrænset udbud efter udbudsloven en rammeaftale angående levering af servere og storage samt løsninger relateret hertil til en anslået værdi af 700 mio. kr. Rammeaftalen er 2-årig med mulighed for forlængelse 2 gange 1 år og med op til 5 sidestillede leverandører.

Af udbudsbekendtgørelsen fremgår, at den forventede idriftsættelse af kontrakten var den 1. januar 2019. Rammeaftalen skulle fra denne dato indgå i det statslige indkøbsprogram og er forpligtende for de kommuner og regioner, som har tilsluttet sig aftalen.

Af udbudsbetingelsernes punkt 6 og rammeaftalens punkt 18 fremgår, at rammeaftalens ikrafttræden ikke var endeligt fastlagt.

Det er i udbudsbekendtgørelsens pkt. 1.3) Kommunikation, oplyst, at udbudsmaterialet er gratis, ubegrænset og fuldt tilgængeligt på www.ethics.dk.

Af udbudsbetingelsernes punkt 8, Tildelingskriterier og evaluering, fremgår, at tildelingskriteriet er det "Bedste forhold mellem pris og kvalitet" med underkriterierne "Sortiment" og "Pris", der hver vægter 50 %.

Af udbudsbetingelsernes punkt 9.3.1, Om vurderingen af konditionsmæssighed, fremgår, at følgende fejl medfører, at tilbuddet ikke er konditionsmæssigt:

- ”I. Såfremt tilbudsgiver ikke har tilbudt det mindste antal produkter pr. underproduktgruppe i henhold til kravene angivet i bilag 1 - bemærk venligst, at det mindste antal produkter for visse underproduktgrupper er 1.
- II. Såfremt tilbudsgiver ikke har tilbudt det mindste antal producentmærker pr. produkt- og underproduktgruppe i henhold til kravene angivet i bilag 1 - bemærk venligst, at det mindste antal producentmærker for visse produkt- og underproduktgrupper er 1.
- III. Såfremt tilbudsgiver ikke har tilbudt en pris for hver af de fire konsulenttyper under underproduktgruppen ”Timebaserede ydelser”).”

Af udbudsbetingelsernes punkt 9.3.1 fremgår om andre fejl bl.a.:

”...

Såfremt en fejludfyldning (fejl a – e) kan afhjælpes med proceduren i udbudslovens § 159, stk. 5 vil fejlen efter afhjælpning ikke blive anset som en fejl, og varelinjen (produktet/ydelsen) vil indgå i tilbudsevalueringen. Dermed indgår fejlen ikke i beregningen af samlede antal fejludfyldte varelinjer, jf. nedenfor.

Såfremt ovenstående fejl (fejl a – e) ikke kan afhjælpes med proceduren i udbudslovens § 159, stk. 5, vil den fejludfyldte varelinje (produktet/ydelsen) ikke blive anset for tilbudt, og dermed heller ikke indgå i tilbudsevalueringen. Varelinjer som udgår af evalueringen, indgår ikke i rammeaftalens endelige sortiment, og kan derfor ikke anskaffes under nærværende rammeaftale. Fejludfyldte varelinjer, der ikke kan afhjælpes med proceduren i udbudslovens § 159, stk. 5, indgår i en beregning af det samlede antal fejludfyldte varelinjer. Hvis det samlede antal fejludfyldte varelinjer overstiger 5 % af det samlede antal tilbudte varelinjer i tilbudsgiverens tilbud, dvs. den samlede sum af korrekte og fejludfyldte varelinjer, medfører det, at hele tilbuddet anses for ikke konditionsmæssigt.”

SKI modtog inden for fristen den 17. august 2018 12 ansøgninger om prækvalifikation, heriblandt fra edgemo a/s og ATEA A/S. Sidstnævnte selskab var ved dom af 27. juni 2018 afsagt af Retten i Glostrup fundet skyldig i bestikkelse.

Den 2. juli 2018 afgav ATEA A/S en redegørelse med henblik på ”Dokumentation af pålidelighed” (”self-cleaning”), og Kammeradvokaten afgav herefter den 7. september 2018 en vurdering heraf. Redegørelsen og vurderingen kan ses på SKI’s hjemmeside.

SKI prækvalificerede den 13. september 2018 8 ansøgere, heriblandt edgemo a/s og ATEA A/S, til at afgive tilbud.

Den 21. september 2018 blev fristen for at afgive tilbud – ”på foranledning af en række spørgsmål” – udsat til den 23. oktober 2018.

Den 3. oktober 2018 meddelte SKI på ski.dk, at ikrafttræden af rammeaftalen blev ændret fra den 1. januar til den 1. marts 2019. edgemo a/s rettede den 10. oktober 2018 henvendelse til SKI herom.

Den 11. oktober 2018 blev fristen for at afgive tilbud på foranledning af edgemo a/s udsat til den 29. oktober 2018.

Den ændrede ikrafttrædelsesdato blev herefter den 16. oktober 2018 oplyst direkte til tilbudsgiverne via udbudsportalen Ethics.

De 8 prækvalificerede virksomheder afgav alle tilbud.

I perioden fra tilbudsfristens udløb den 29. oktober 2018 til den 14. november 2018 sendte edgemo a/s en række mails til SKI, som SKI besvarede. Det blev i denne mailkorrespondance af edgemo a/s anført, at næsten alle virksomheder i tilbudsfeltet med stor sandsynlighed havde indsendt fejlbehæftede tilbud, og at dette bl.a. skyldtes en producentforpligtelse, som de fleste tilbudsgivere anvendte i deres tilbud. SKI tog under evalueringen konkret stilling til, hvorvidt der var indikationer/mønstre, der kunne understøtte teserne i henvendelsen fra edgemo a/s.

SKI anså på baggrund af en meget omfattende evaluering 4 af tilbuddene, herunder tilbuddet fra edgemo a/s, for ukonditionsmæssige. Da der kun var 4 konditionsmæssige tilbud, blev der ikke gennemført en evaluering efter tildelingskriteriet ”Bedste forhold mellem pris og kvalitet”, og SKI tildelte kontrakten til de konditionsmæssige 4 tilbudsgivere, ATEA A/S, Datacon

Enterprise Solutions A/S, KMD A/S og Proact Systems A/S. Dette blev meddelt tilbudsgiverne den 1. februar 2019.

Af afslagsskrivelsen til edgemo a/s fremgår, at tilbuddet fra edgemo a/s var behæftet med 3 fejl, der hver især medførte, at tilbuddet var ukonditions-mæssigt. edgemo a/s havde således ikke tilbudt det krævede antal konditi-onsmæssige produkter i 5 underproduktgrupper, havde ikke tilbudt det kræ-vede antal konditions-mæssige producentmærker i 6 underproduktgrupper og havde ikke tilbudt en pris for hver af de 4 konsulenttyper under under-produktgruppen Timebaserede ydelser.

På baggrund af henvendelser fra edgemo a/s og en anden tilbudsgiver har SKI på ny gennemgået tilbuddene særligt med henblik på nogle rejste pro-blemstillinger. Den samlede fejlprocent (samt angivelse af antal tilbudte va-relinjer) for de 4 vindende tilbudsgivere er herefter opgjort således:

ATEA A/S: 0,41 % (41.848 varelinjer)

Datacom: 2,66 % (11.445 varelinjer)

KMD A/S: 1,32 % (30.499 varelinjer)

Proact Systems A/S: 3,17 % (17.316 varelinjer).

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

edgemo a/s har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1, 2 og 3 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

SKI har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1, 2 og 3 gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har edgemo a/s overordnet gjort gældende, at SKI uberettiget den 3. oktober 2018 af hensyn til en anden tilbudsgiver har forlænget kontraktens idriftsættelsestidspunkt med 2 måneder og har und-ladt at orientere edgemo a/s forskriftsmæssigt om udsættelsen.

edgemo a/s har nærmere gjort gældende, at der blev afsagt dom i ATEA-sa-gen den 27. juni 2018. edgemo a/s var bekendt med, at der herefter blev fo-retaget en undersøgelse med bistand fra Kammeradvokaten. Denne under-søgelse blev efter det oplyste afsluttet den 7. september 2018.

edgemo a/s kunne frem til den 10. oktober 2018 forvente idriftsættelse af aftalen pr. 1. januar 2019, og edgemo a/s har ikke haft mulighed for at vurdere, at udbudsprocessen var sat på pause for at afvente en afgørelse vedrørende ATEA-sagen.

Idriftsættelsestidspunktet har væsentlig betydning for de produkter, der gennem tilbudsfasen er udvalgt til at indgå i aftalen. En betydelig del af produktsortimentet udgår i umiddelbar forlængelse af aftalens oprindelige ikrafttrædelse den 1. januar 2019, idet producenterne på dette tidspunkt lancerer nye produktlinjer for det kommende forår. Det har således væsentlig betydning, om der tilbydes kendte og aktuelle produkter, der skal kunne disponeres ved idriftsættelse af aftalen pr. 1. januar 2019, eller om det er produktsortiment pr. 1. marts, dvs. 2 måneder senere.

edgemo a/s arbejdede med at udfylde tilbuddets produktsortiment fra midten af august 2018 med forpligtigelse til leverance af sortimentet med virkning fra den 1. januar 2019.

Det er udtryk for forskelsbehandling, når én forhandlers interne forhold får betydning for den samlede proces.

Det er ligeledes i strid med ligebehandlingsprincippet, at den forventede udsættelse ikke blev oplyst over for alle tilbudsgivere før den 10. oktober 2018, idet det har stået SKI klart på et langt tidligere tidspunkt og sandsynligvis allerede i juni måned, at en udsættelse af idriftsættelsen ville blive påkrævet for det tilfælde, at SKI ville acceptere, at ATEA A/S var berettiget til at afgive tilbud.

Som følge af, at edgemo a/s først den 10. oktober 2018 blev bekendt med udsættelse af ikrafttrædelsestidspunktet, har selskabet ikke haft de samme tidsmæssige muligheder for at anmode producenterne om sortimentstilpasninger, der strækker sig ud over den oprindeligt annoncerede idriftsættelsesdato den 1. januar 2019, som ATEA A/S havde.

Der foreligger ikke anden begrundelse for udskydelse af idriftsættelsestidspunktet end hensynet til ATEA A/S.

Særligt vedrørende påstand 1 har SKI overordnet gjort gældende, at SKI i det hele har handlet i overensstemmelse med reglerne i udbudsloven, herunder ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2. Forlængelserne af udbudsprocessen har været berettigede og er gennemført i overensstemmelse med de udbudsretlige regler. Alle frister er udskudt med samme virkning for alle tilbudsgivere, og der er således ikke tale om en forskelsbehandling af tilbudsgiverne.

SKI har nærmere anført, at forlængelserne skete dels som følge af besvarelsen af spørgsmål under spørgsmål/svar-processen, dels som følge af en konditionsmæssighedsvurdering, der var mere omfattende end forudset ved udbudsprocessens tilrettelæggelse. Dette er helt almindeligt forekommende situationer ved udbud og i særdeleshed ved store og komplekse udbud som det omhandlede.

Da ATEA A/S efter dommen af 27. juni 2018 ansøgte om prækvalifikation, opstod spørgsmålet om, hvorvidt ATEA A/S skulle udelukkes fra deltagelse i udbuddet. Dette gjaldt både i forhold til det udbud, der er omfattet af denne sag, og i forhold til SKI's øvrige rammeaftaler samt Moderniseringsstyrelsens rammeaftaler.

ATEA A/S var omfattet af udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 2. I medfør af udbudslovens § 138, stk. 1, har en tilbudsgiver, som er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde, imidlertid mulighed for at foretage en såkaldt "self-cleaning", hvilket, hvis denne kan dokumenteres i tilstrækkeligt omfang, afskærer ordregiveren fra at skride til udelukkelse.

SKI var således ikke berettiget til at udelukke ATEA A/S fra udbudsprocessen uden videre. Samtidig havde SKI modtaget 12 anmodninger om prækvalifikation, men kunne kun prækvalificere 8 ansøgere. Der var derfor en oplagt saglig interesse i, at beslutning om prækvalifikation ikke blev endeligt truffet, før det var vurderet, om ATEA A/S' self-cleaning var tilstrækkelig. Havde SKI ladet ATEA A/S prækvalificere, og havde den efterfølgende self-cleaning ikke være tilstrækkelig, ville ATEA A/S have taget en plads fra en, der skulle være prækvalificeret i stedet. Prækvalifikationsbeslutningen blev truffet den 13. september 2018, efter ATEA A/S' pålidelighed var blevet vurderet den 7. september 2018.

SKI har således ikke forskelsbehandlet tilbudsgiverne, men har derimod givet ATEA A/S den mulighed for at foretage self-cleaning, som SKI har været forpligtet til i medfør af udbudslovens § 138, stk. 2.

Udskydelse af ikrafttrædelsesdatoen for rammeaftalen var en nødvendig og direkte følge af udskydelsen af udbudsprocessen. SKI meddelte således på sin hjemmeside den 3. oktober 2018, at ikrafttrædelsesdatoen blev flyttet med 2 måneder. Denne meddelelse var primært rettet til kunderne på rammeaftalen, da de skulle oplyses om, hvornår de kunne forvente at have mulighed for at foretage indkøb på rammeaftalen. Meddelelsen var imidlertid offentligt tilgængelig for alle. edgemo a/s var senest den 10. oktober 2018 opmærksom på ikrafttrædelsestidspunktet. Meddelelse om den ændrede ikrafttrædelsesdato blev givet direkte til tilbudsgiverne via udbudsportalen (Ethics) den 16. oktober 2018 som et svar på edgemo a/s' spørgsmål af 10. oktober 2018.

Som angivet i svaret den 16. oktober 2018 anerkender SKI, at det havde været ønskeligt, såfremt denne meddelelse var sendt ud til tilbudsgiverne på udbudsportalen den 3. oktober 2018. Dette ændrer imidlertid ikke på, at SKI kan ændre på tidspunktet for rammeaftalens ikrafttræden, uden at dette er i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling, jf. udbudslovens § 2.

SKI har meddelt udsættelsen med ikrafttrædelsen, da det stod klart, at en udsættelse var nødvendig, og hvor lang en udsættelse der var behov for. Der gælder ikke en generel forpligtelse til at meddele, at en udsættelse af et ikrafttrædelsestidspunkt vil blive nødvendig, så snart dette bliver konstateret. SKI har meddelt tilbudsgiverne ikrafttrædelsestidspunktet via udbudsportalen, og yderligere meddelelse har ikke været nødvendig.

Flytning af tidspunktet for rammeaftalens ikrafttræden fra den 1. januar til den 1. marts 2019 har ikke været af nævneværdig betydning for tilbudsafgivelsen. Ved vurderingen af tilbuddene blev der således ikke lagt vægt på, om det var nye produkter, der blev tilbudt, men derimod kun lagt vægt på tilbudsgivers *antal* tilbudte produkter og ydelser samt pris. edgemo a/s kunne således have afgivet tilbud med "ældre versioner", selvom der var lanceret nye versioner, uden at dette ville have påvirket tilbudsvurderingen, forudsat at produktet lever op til de tekniske krav. Endvidere kan "ældre versioner" tilgås i en periode, efter der lanceres nye versioner, og tilbudsgiverne

havde mulighed for at substituere produkter i sortimentet allerede måneden efter ikrafttrædelsestidspunktet, hvorfor heller ikke leveringsforpligtelsen i rammeaftalen ville udelukke, at der kunne bydes ind med ”ældre versioner”.

Særligt vedrørende påstand 2 har edgemo a/s gjort gældende, at tilbuddene fra de vindende tilbudsgivere indeholder fejlkonfigurationer og produkter, som ikke kunne medtages på aftalen, og produkter, der af producenterne var oplyst til ikke at være tilgængelige ved den udskudte idriftsættelsesdato. De afgivne tilbud var derfor ikke konditionsmæssige og skulle have været afvist.

edgemo a/s har nærmere gjort gældende, at selskabet modtog de relevante data vedrørende produktsortimentet fra producenterne umiddelbart inden tilbudsfristen og straks blev opmærksom på forholdet. Producenterne er de samme for alle afgivne tilbud. edgemo a/s anvendte i den forbindelse betydelige ressourcer på at ændre producenternes opstillinger og konfigurationer og altså tilpasse dem til udbuddets konkrete krav. edgemo a/s er bekendt med, at en del af de ændringer, som er udarbejdet i samarbejde med producenterne, via producenterne er tilgået øvrige prækvalificerede tilbudsgivere.

En længere række af ændringerne og tilpasningerne er imidlertid ikke tilgået producenterne og dermed ikke tilgået de øvrige tilbudsgivere, idet tilpasningerne blev foretaget af edgemo a/s umiddelbart før fremsendelse af tilbud og uden at involvere andre.

Som følge heraf er der et sikkert grundlag for at antage, at de øvrige tilbud er behæftet med væsentlige fejl og mangler, og som følge heraf skulle SKI have afvist disse tilbud som ukonditionsmæssige.

edgemo a/s har udarbejdet en oversigt, der identificerer fejl i 1.341 positioner. Fejlene består i, at produktet er placeret i en forkert kategori eller placeret i en kategori, der ikke er omfattet af aftalen. Endelig er der fejl, hvor der optræder dubletter.

Særligt vedrørende påstand 2 har SKI gjort gældende, at evalueringen af tilbuddene har været foretaget af et større team, herunder med deltagelse af flere eksterne it-specialister, der i perioden november til december 2018 har

gennemgået de enkelte tilbud. SKI har i svarskriftet nøje beskrevet evalueringens tilrettelæggelse og omfang.

edgemo a/s har ikke påvist, at de 4 vindende tilbud er ukonditionsmæssige. Påstanden herom er baseret på en antagelse, der ikke er underbygget, og er i det hele taget udokumenteret og i øvrigt forkert. edgemo a/s har oplyst at have modtaget fejlbehæftede data/varelinjer vedrørende produktsortiment fra to producenter, Dell EMC og Veritas, og gør gældende, at de 4 vindende tilbudsgivere har anvendt disse fejlbehæftede data/varelinjer, og at deres tilbud som følge heraf er ukonditionsmæssige.

Dette er ikke korrekt.

SKI har med ekstern konsulentbistand igen minutiøst gennemgået de data/varelinjer, som edgemo a/s og den anden tilbudsgiver, der også har rettet henvendelse, har anført var fejlbehæftede. Der er ved den fornyede gennemgang fundet yderligere fejl i tilbuddene hos de vindende tilbudsgivere, men omfanget har været ganske begrænset. edgemo a/s' antagelser om, hvilke yderligere fejl der må forventes i de øvrige tilbud, er derfor ikke rigtige, og det begrænsede antal konstaterede yderligere fejl har langt fra et omfang, der fører til ukonditionsmæssighed hos de vindende tilbudsgivere.

At der er konstateret et ganske begrænset antal supplerende fejl ændrer ikke på, at der fra starten har været foretaget en særdeles grundig tilbudsevaluering. Det er blot et udtryk for, at når der er tale om et overvældende stort antal varelinjer, der er indgået i tilbudsevalueringen, må det forventes, at der vil være enkelte fejl.

Den begrænsede mængde fejl medfører ikke, at de 4 vindende tilbud bliver ukonditionsmæssige. Det var i udbudsbetingelserne fastsat, at et tilbud først ville blive anset for ukonditionsmæssigt, når det samlede antal fejludfyldte varelinjer oversteg 5 %. Ingen af de 4 vindende tilbud har en fejlprocent på 5 %, heller ikke når de supplerende fejl tælles med. De 4 vindende tilbud er således konditionsmæssige, også efter den supplerende kontrol af de varelinjer, som de forbigåede tilbudsgivere har anset for potentielt kritiske.

Særligt vedrørende påstand 3 har edgemo a/s gjort gældende, at overtrædelserne skal medføre, at tildelingsbeslutningen annulleres.

Særligt vedrørende påstand 3 har SKI gjort gældende, at der intet grundlag er for at annullere tildelingsbeslutningen.

Ad uopsættelighed

edgemo a/s har anført, at tildeling af kontrakten til de 4 vindende tilbudsgivere vil ændre edgemo a/s' markedsposition væsentligt.

SKI har indledningsvis gjort gældende, at SKI ikke har overtrådt de udbudsretlige regler som påstået, og at de påståede forhold på ingen måde er af en så grov karakter, at der overhovedet ville kunne blive tale om, at kravene til uopsættelighed skulle lempes, jf. kendelse af 23. april 2015 i sag C-35/15 P (R), *Kommissionen mod Vanbreda Ris & Benefits*.

Det følger af fast EU-praksis og klagenævnspraksis, at det påhviler klageren at godtgøre, at klageren vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klageren skal afvente afgørelsen i hovedsagen, jf. bl.a. præmis 39 i Rettens kendelse af 2. juni 2005 i sag T-125/05 R, præmis 19 i Rettens kendelse af 5. oktober 2011 i sag T-422/11 R, præmis 15 i Rettens kendelse af 25. januar 2012 i sag T-637/11 R.

Det følger videre af praksis fra klagenævnet, at en klage som udgangspunkt ikke tillægges opsættende virkning, hvis klagers tilbud er ukonditionsmæssigt, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 13. april 2010, *KMD A/S mod Frederiksberg Kommune*, og kendelse af 21. december 2016, *Protector Forsikring Danmark mod Nyborg Kommune*.

edgemo a/s' tilbud er utvivlsomt ukonditionsmæssigt, hvilket heller ikke er anfægtet, og klagen kan derfor ikke tillægges opsættende virkning.

Anbringendet om ændring af markedsposition kan ikke tillægges afgørende betydning, idet manglende tildeling af en kontrakt er en almindelig kommerciel risiko for virksomheder, der deltager i en udbudsprocedure.

edgemo a/s har ikke på nogen måde godtgjort, at selskabet vil befinde sig i en situation, der kan ændre på virksomhedens markedsposition på uoprettelig vis, jf. også sag T-447/04 R, *Capgemini Nederland BV mod Kommissionen*, præmis 103.

edgemo a/s har ikke anført vægtige grunde, der understøtter, at selskabet ikke kan afvente, at der træffes afgørelse i sagen, eller fremført bevis for et alvorligt og uopretteligt tab. På denne baggrund er betingelsen om uopsættelighed ikke opfyldt.

Ad interesseafvejning

edgemo a/s har ikke anført anbringender til støtte for, at denne betingelse for at tillægge klagen opsættende virkning er opfyldt.

SKI har gjort gældende, at SKI har en betydelig interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning. Den udbudte rammeaftale bliver den eneste offentlige aftale på området. Rammeaftalen afløser således både SKI's frivillige aftale 02.03 Servere og storage, som udløber medio april 2019, samt Statens Indkøbs 2 aftaler for servere og storage, som udløb den 31. december 2018. SKI's kunder vil således ikke have mulighed for at indkøbe servere og storage på en fællesoffentlig aftale efter medio april måned, såfremt klagen tillægges opsættende virkning.

SKI skal sikre forsyningsikkerheden i forhold til sine kunder, og indkøb af servere og storage er helt afgørende for udførelse af den offentlige administration m.v.

Disse hensyn vejer tungere end edgemo a/s interesse i at få klagen tillagt opsættende virkning. Også en interesseafvejning tilsiger således i sig selv, at edgemo a/s' anmodning om opsættende virkning ikke tages til følge.

Klagenævnet udtaler:

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor.”

Betingelserne for at tillægge en klage opsættende virkning er efter klagenævnets praksis:

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

Hvis blot én af de tre betingelser ikke er opfyldt, tillægger klagenævnet ikke klagen opsættende virkning.

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet vedrørende påstand 1, at der ikke er grundlag for at fastslå, at SKI har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 i forbindelse med, at kontraktens ikrafttrædelsesdato blev udskudt fra den 1. januar til den 1. marts 2019.

ATEA A/S, som den 27. juni 2018 blev dømt for bestikkelse, og som ansøgte om prækvalifikation, var omfattet af reglerne om obligatorisk udelukkelse efter udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 2. At SKI har skullet overholde sin forpligtelse efter udbudslovens § 138, stk. 2, til at give ATEA A/S en passende frist til at dokumentere sin pålidelighed og herefter har skullet vurdere indholdet af dokumentationen, er ikke udtryk for, at udbudsprocessen, herunder idriftsættelsestidspunktet som anført i påstanden, på ulovlig vis har været tilrettelagt med særligt hensyn til en enkelt ansøger, nemlig ATEA A/S.

Klagenævnet bemærker i den forbindelse, at dommen var offentlig kendt, og at den ansøgende virksomheds udnyttelse af sin mulighed for self-clea-

ning med den forskydning af forskellige tidsfrister, dette måtte indebære, var påregnelig for alle aktører.

Den udskydelse af kontraktens ikrafttrædelsesdato på 2 måneder, som har været nødvendiggjort bl.a. også som følge af, at vurderingen af tilbuddenes konditionsmæssighed var mere omfattende end forudset ved udbudsprocessens tilrettelæggelse, er i øvrigt almindeligt forekommende, i særdeleshed ved store og komplekse udbud som det omhandlede.

SKI kunne som erkendt have meddelt kontraktens udskudte idriftsættelse på udbudsportalen allerede den 3. oktober 2018, hvor meddelelsen blev bragt på SKI's hjemmeside. Klagenævnet lægger til grund, at edgemo a/s senest den 10. oktober 2018 var opmærksom på, at kontrakten først skulle idriftsættes den 1. marts 2019. Den manglende overholdelse af det fastsatte om, at meddelelser vedrørende udbuddet skulle gives på udbudsportalen, har i øvrigt ikke haft konkret betydning, idet også bemærkes, at ligebehandlingsprincippet ikke herved er overtrådt.

Endelig har det forhold, at idriftsættelsestidspunktet blev udskudt til den 1. marts 2019, ikke påvirket edgemo a/s' muligheder for at sammensætte sit tilbud.

Der er således på det foreløbige grundlag ikke udsigt til, at klagenævnet ved en endelig afgørelse vil tage påstand 1 til følge.

Klagenævnet bemærker vedrørende påstand 2, at der heller ikke er grundlag for at antage, at klagenævnet ved en endelig afgørelse vil tage påstand 2 til følge. Efter den meget grundige redegørelse for evalueringen, som fremgår dels af evalueringsrapporten, dels af SKI's redegørelse i svarskriftet, har de 4 vindende tilbudsgivere alle afgivet konditionsmæssige tilbud, også når edgemo a/s' efterfølgende bemærkninger er taget i betragtning.

Da der således ikke er udsigt til, at påstand 1 og 2 vil blive taget til følge, er der ikke udsigt til, at påstand 3 om annullation af tildelingsbeslutningen vil blive taget til følge ved en endelig afgørelse.

Betingelse nr. 1 om fumus boni juris er derfor ikke opfyldt.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at tilbuddet fra edgemo a/s var ukonditionsmæssigt. Selskabet vil således ikke lide et alvorligt og uopretteligt tab ved at skulle afvente en endelig afgørelse. Betingelse nr. 2 om uopsættelighed er derfor heller ikke opfyldt.

På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes:

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Kirsten Thorup

Genpartens rigtighed bekræftes.

Dorthe Hylleberg
kontorfuldmægtig