

Klagenævnet for Udbud

(Katja Høegh, Allan Åge Christensen, Suzanne Helsteen)

J.nr.: 2011-0024071

5. december 2011

K E N D E L S E

Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S
(advokat Eivind Einersen, København)

mod

Erhvervsskolen Nordsjælland
(advokat René Offersen, København)

I begyndelsen af januar 2011 henvendte indklagede, Erhvervsskolen Nordsjælland, sig til 4 ud af de 8 virksomheder, som var udvalgt som leverandører på Statens og Kommunes Indkøbsservice A/S' (»SKI«) rammekontakt 02.12 Kopi og Print – delaftale 1 om multifunktionsmaskiner og printere, om en udskiftning af indklagedes samlede kopi/printløsning. Ordren ville efter det af indklagede oplyste blive tildelt ved direkte tildeling.

De 4 virksomheder, som indklagede efter en indledende undersøgelse mente kunne levere den ønskede løsning, var

- Canon Business Center Nordsjælland
- Konica Business Solutions Denmark A/S (klageren)
- XP Digital A/S og
- Ricoh Danmark A/S

Efter udsendelse den 7. januar 2011 af en liste med minimumskrav afholdt indklagede den 11. og 12. januar 2011 møder om »teknisk afklaring« med leverandørerne. Den 14. januar 2011 besluttede indklagede at tildele ordren til Canon Business Center Nordsjælland. Beslutningen blev annulleret den 17. januar 2011. Den 24. januar 2011 udsendte indklagede på ny listen med minimumskrav – hvoraf nogle var blevet fjernet - og anmodede de 4 leverandører om at bekræfte, at de kunne overholde minimumskraverne. Den 26. januar 2011 meddelte indklagede de 4 leverandører, at indklagede havde besluttet at tildele kontrakten til Canon Business Center Nordsjælland.

Den 17. februar 2011 indgav klageren klage til Klagenævnet for Udbud over indklagede. Klageren fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagenævnet i medfør af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 12, stk. 1, skulle beslutte, at klagen skal have opsættende virkning. Den 4. marts 2011 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning, idet betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Klagenævnet angav samtidig som sin foreløbige vurdering, at betingelsen om »fumus boni juris« var opfyldt. Klagenævnet lagde herved vægt på:

»at det af udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, følger, at grundlaget for såkaldt »direkte tildeling« af kontrakter baseret på en rammeaftale med flere aktører, som er den metode, indklagede har anvendt, skal være »de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen, uden at der iværksættes en ny konkurrence«. Efter den beskrivelse, indklagede selv har givet af den procedure for direkte tildeling, indklagede har anvendt, har indklagede til de minimumskrav, som følger af rammeaftalen, tilføjet 12-14 yderligere krav. Efter den beskrivelse, indklagede har givet af kravene, har de nye minimumskrav karakter af »nye vilkår«. På det foreliggende grundlag er det derfor klagenævnets vurdering, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, ved at foretage direkte tildeling som sket med fastsættelse af 12-14 nye minimumskrav, jf. herved til dels klagerens påstand 2.«

Indklagede indgik kontrakt med Canon Business Nordsjælland den 7. marts 2011.

Klagen har været behandlet på skriftligt grundlag.

Klageren har nedlagt følgende endelige påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, ved at tildele ordren ved direkte tildeling uden iværksættelse af fornyet konkurrence på grundlag af en rammekontrakt, som giver frit valg mellem gennemførelse af miniudbud og direkte tildeling.

Påstand 2 (subsidiær i forhold til påstand 1)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, ved at tildele ordren til Canon Business Center Nordsjælland ved direkte tildeling, selvom ikke alle vilkårene for ordren var fastsat i rammekontrakten, idet et antal af indklagedes mindstekrav ikke fremgik af rammekontrakten.

Påstand 3 (subsidiær i forhold til påstand 1 og 2)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, ved den 26. januar 2011 at gennemføre direkte tildeling efter den 17. januar 2011 at have gennemført en evaluering af tilbuddene i henhold til rammeaftalens tildelingskriterier.

Påstand 4 (subsidiær i forhold til påstand 1 og 2)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og/eller forbuddet mod hindring, begrænsning eller fordrejning af konkurrencen i artikel 32, stk. 2, sidste punktum, ved at fastsætte mindstekrav under den direkte tildeling, som kun én blandt de parallelle leverandører på rammeaftalen kunne opfylde.

Påstand 5 (subsidiær i forhold til påstand 1 og 2)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, litra b, ved efter annullationen af den første tildelingsprocedure den 24. januar 2011 at have undladt at fastsætte en tilstrækkelig lang frist for besvarelse, idet fristen for svar på, om leverandørerne på rammeaftalen kunne opfylde indklagedes mindstekrav, blev fastsat til den 26. januar 2011.

Påstand 6 (subsidiær i forhold til påstand 1 og 2)

Klagenævnet skal konstatere, at indklagede har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 og/eller forbuddet mod hindring, begrænsning eller fordrejning af konkurrencen i udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, sidste punktum, ved at tildele ordren den 14. januar 2011, det vil sige før udløbet af fristen den 26. januar 2011 for leverandørerne på rammeaftalens svar på, om de kunne opfylde indklagedes mindstekrav under den direkte tildeling.

Påstand 7

Klagenævnet skal annullere indklagedes beslutning om at tildele kontrakten til Canon Business Center Nordsjælland.

Påstand 8

Klagenævnet skal erklære den mellem indklagede og Canon Business Center Nordsjælland indgåede kontrakt for uden virkning for allerede foretagne og fremtidige leverancer, subsidiært for fremtidige leverancer, og påbyde indklagede at bringe kontrakten til ophør.

Klageren har tilkendegivet senere at ville nedlægge påstand om erstatning.

Indklagede har vedrørende påstand 1 – 8 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge.

Klagenævnet har den 15. marts 2011 meddelt indklagedes kontraktpart, Canon Business Center Nordsjælland, og SKI, at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 6, stk. 4.

Canon Business Center Nordsjælland har ikke besvaret klagenævnets henvendelse. SKI har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen. Ved brev af 12. april 2011 har klagenævnet meddelt tilladelse til, at SKI intervenserer i sagen. SKI har alene udtalt sig om påstandene 1-3.

Sagens nærmere omstændigheder

SKI Rammefortale 02.12

Rammefortalen om Kopi og Print blev indgået af SKI efter et EU-udbud efter udbudsdirektivet. Der blev for så vidt angår delafortale 1 om multifunktionsmaskiner og printere indgået aftale med 8 parallelle leverandører, herunder Canon Business Center Nordsjælland og klageren.

I rammefortalen angives:

»4.3 Procedure for bestilling

Kundens bestilling af Ydelser skal foretages ud fra det priskoncept, jf. punkt 5.1, som Kunden vælger at anvende for anskaffelsen. Såfremt konkurrencen mellem Rammekontraktens Leverandører ikke fornyes, skal Kunden vælge den Leverandør på Rammekontrakten, der ud fra objektive kriterier er den bedst egnede i forhold til Kundens konkrete behov.

...

5.1 Priser – generelt

...

For delafortalerne 1, 4 og 5 gælder at priserne er faste nettopriser gennem hele Rammekontraktens løbetid,

...

5.1.1 Ordrespecifik markedspris (»miniudbud«)

I stedet for priskonceptet beskrevet ovenfor, kan enhver kunde bede om en ordrespecifik markedspris som beskrevet i Kontraktbilag 08.

...«

Underbilag 01.1 Krav, som er kontraktbilag 01 til rammekontrakten indeholder kravspecifikationen til delafortale 1, multifunktionsmaskiner og printere. I indledningen angives om formålet med aftalen:

»Delaftale 1 skal tilvejebringe den offentlige sektor et bredt sortiment af multifunktionsmaskiner i kontorsegmentet med tilhørende ydelser og tilbehør. Dermed understøtter delafortalen sektorens behov for at sammensætte kopi- og printløsninger, der er tilpasset helt specifikke behov.

Delaftale 1 er en fler-leverandøraftale forventeligt med imellem 4-8 leverandører. Tilbudsgiver byder ind med det bredest mulige sortiment inden for de nedenfor angivne rammer. Det er dog ikke en betingelse, at en tilbudsgiver kan dække hele sortimentet inden for disse rammer, men et bredt sortiment tillægges positiv betydning i tilbudsevalueringen.

Dette bilag har til formål at beskrive rammerne for, hvilke multifunktionsmaskiner og printere, der skal tilbydes i delaftale 1. Bilaget beskriver endvidere de tekniske og miljømæssige krav til multifunktionsmaskiner og printere samt kravene til installation, uddannelse og service.«

Kravspecifikationen er på 64 sider og indeholder en række tekniske krav vedrørende:

- Kapacitet, medier, input, duplexfunktion, IT-interface, log-in-baseret udskift i relation til henholdsvis multifunktionsmaskiner og printere
- Service
- Installation,
- Brugeruddannelse
- Follow-me printstyring med nærmere krav til levering, installation, service og dokumentation heraf
- Udvidet installation
- Digital workflow samt levering, installation, service, brugeruddannelse, service og dokumentation knyttet hertil
- Printmanagementsystem med nærmere krav til levering, installation, service og dokumentation heraf
- Miljø

I rammeaftalebilag 08 afsnit 1 angives om »direkte tildeling« (en tildeling uden genåbning af konkurrencen):

»Kunderne både kan og skal anvende direkte tildeling i alle situationer, hvor samtlige betingelser for anskaffelsen er fastlagt ved Rammeaftalen med tilhørende Rammeaftalebilag. Ved direkte tildeling må der ikke ændres i de tekniske krav, priser, takster og øvrige betingelser, der gælder for Leverandørens Ydelser under Rammeaftalen.

Ved tildeling af Leveringsaftale uden genåbning af konkurrencen skal Kunder foretage deres valg af leverandør på baggrund af det konkrete behov. Behovet skal opgøres på et sagligt grundlag og ud fra ikke-diskriminerende, saglige og objektive kriterier.

Kunden skal i den forbindelse anvende det tildelingskriterium, der gælder for Rammeaftalen.

Følgende tildelingskriterium skal anvendes: Økonomisk mest fordelagtige tilbud

Følgende underkriterier og delkriterier gælder for Rammeaftalen og skal ligeledes anvendes af Kunden i forbindelse med tildeling af Leveringsaftale ved direkte tildeling; ligeledes skal nedenstående prioritering fastholdes:

Pris/rabat – 40 %

Sortiment – 20 %

Kvalitet 15 %

- Tekniske forhold
- Funktionalitet
- Kapacitet
- Service
- IT

Miljø – 15 %

Tillægsydelser – 10 %«

I afsnit 2 i bilaget angives om SKI's kunders bedømmelse af de tilbudte priser ved tildeling foretaget med genåbning af konkurrencen (»miniudbud«):

»Kunden skal genåbne konkurrencen ved et Miniudbud, hvis et eller flere af følgende behov er gældende:

- Behov for bestemt geografisk dækning
- Behov for bestemt leveringssikkerhed
- Behov for fastpris eller maksimal pris, hvor der ellers ville være afregning efter forbrug
- Behov for supplerende bonus eller bod
- Behovet omfatter ydelser, der ikke er omfattet af de faste vilkår og priser i rammeaftalen (men tilbudt og medtaget på Rammeaftalens sortiment)
- Den konkrete mængde/værdi overstiger væsentligt det højeste rabattrin på volumenrabatskalaen
- Garantiperioden afviser fra den garanti, der er indeholdt i Leverandørens priser
- Krav til leveringskvalitet afviger fra de i Rammeaftalen fastsatte standarder

Ved sådanne anskaffelser under Rammeaftalen skal SKIs Kunder via et Miniudbud bede om en ordrespecifik markedspris på de konkrete

enkeltstående eller successive Ydelser i relation til det pågældende behov.

Følgende procedure skal følges:

Kunden opgør sit anskaffelsesbehov og anmoder skriftligt på grundlag heraf om at modtage tilbud indenfor en tilstrækkelig tidsfrist.

Kunden skal anmode om løsningsforslag fra alle leverandører på Rammeaftalen, der er i stand til at levere det, der ønskes leveret (de »egnede« leverandører).

...

Ved tildelingen blandt de egnede leverandører kan ikke anvendes kriterier, der ikke fremgår af nedenstående oversigt over underkriterier; ligesom der ikke kan slettes eksisterende kriterier.

Leverandørens tilbud, der skal være skriftligt og angive Leverandørens løsningsbeskrivelse samt en konkret ordrespecifik markedspris. Hvis Leverandøren ikke kan tilbyde en lavere pris end den under Rammeaftalen aktuelt gældende pris på tidspunktet for forespørgslen, kan Leverandøren afgive et tilbud, hvor Leverandøren vedstår sin pris og afslå at give yderligere rabat miniudbuddet.

Kunden skal efterfølgende vurdere de indkomne tilbud som angivet nedenfor.

2.1. Tildelingskriterium, underkriterier og delkriterier

Kunden skal vurdere de indkomne tilbud ud fra tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige tilbud«.

Ud fra nedenstående regler samt det konkrete saglige behov skal Kunden i sit Miniudbud evaluere indkomne tilbud i overensstemmelse med nedenstående kriterier. Kunden skal i sin anmodning om tilbud angive den vægtning Kunden vil anvende ved sin tilbudsvurdering. Nedenstående prioritering af kriterierne skal fastholdes:

Kunden skal således anvende følgende underkriterier og delkriterier:

Pris/rabat

Sortiment

Kvalitet

- Tekniske forhold
- Funktionalitet
- Kapacitet
- Service
- IT

Miljø«

SKI har udarbejdet en »Udbudsretlig Vejledning – Direkte tildeling« til sine kunder. I vejledningen anføres blandt andet:

»Forord

...

Formålet med denne vejledning er at stille et værktøj til rådighed, der kan hjælpe kunden til at overholde de udbudsretlige regler i forbindelse med direkte tildeling af en leveringsaftale under en SKI-rammeaftale,

...

SKI anbefaler, at kunden sætter sig ind i og følger vejledningens retningslinjer. Så er man sikker på at overholde de udbudsretlige regler om ligebehandling og gennemsigtighed.

...

Denne vejledning er udtryk for, hvordan SKI opfatter reglerne vedrørende direkte tildeling.

...

1. Hvornår kan kunden gennemføre et køb ved direkte tildeling?

Køb ved direkte tildeling forudsætter, at alle juridiske vilkår er fastlagt på forhånd, så der ikke sker en genåbning af konkurrencen, når leveringsaftalen tildeles en leverandør.

...

Med andre ord: Leveringsaftalen indgås på de allerede fastlagte vilkår.

Ved direkte tildeling kan kunden ikke indhente et nyt og/eller opdateret tilbud fra rammeaftalens leverandører forud for købet,. ... Man kan kun indhente et nyt og opgavespecifikt tilbud, hvis man gennemfører et miniudbud. Kunden kan dog i et begrænset omfang indhente supplerende oplysninger fra leverandørerne. Grænserne for en sådan teknisk afklaring er beskrevet nedenfor i pkt. 2.3.

...

2. Direkte tildeling

...

Da SKI er en indkøbscentral, der dækker et stort antal kunders behov, er evalueringsresultatet dog sjældent afgjort allerede ved tildeling af ram-

meaftalen. Det skyldes dels, at der er en lang række leverandører på de fleste SKI-rammeaftaler, som vil kunne opfylde det konkrete indkøbsbehov, og dermed har mulighed for at få tildelt leveringsaftalen – dels at sortimentet indeholder mange kombinationsmodeller og muligheder. Bredden er så omfattende, at en kundes behov sjældent opfyldes af samtlige leverandører, og ofte har kunden ikke brug for det fulde sortiment.

...

Køb ved direkte tildeling under en SKI-rammeaftale skal ske ved, at kunden tildeler leveringsaftalen til den leverandør, som ud fra kundens konkrete behov har det bedste tilbud i forhold til rammeaftalens tildelingskriterier. ... Vurderingen skal foretages på baggrund af en konkret evaluering af de enkelte leverandørers tilbud op imod de under- og delkriterier, der er anvendt ved indgåelsen af rammeaftalen.

...

2.1. Hvordan skal kunden opgøre sit behov?

...

Køb ved direkte tildeling er kendetegnet ved, at anskaffelsen sker på grundlag af allerede fastlagte vilkår. Derfor kan en meget snæver afgræsning af kundens behov og fastsættelse af en række restriktive mindstekrav komme i konflikt med den grundlæggende forudsætning om, at tildelingen skal ske på grundlag af allerede fastsatte vilkår. .. i forbindelse med opstilling af mindstekrav er det vigtigt at være opmærksom på, at de ikke samtidig ændrer vilkårene for kontrakten.

...

En (evt. kunstigt) snæver opgørelse af behovet kan komme i konflikt med kravet om gennemsigtighed og ligebehandling af leverandørerne.

...

2.3. Indhentning af oplysninger og teknisk afklaring

...

2.3.1. Kontrakt mellem kunde og SKI leverandør

Kunden har ret til foretage en såkaldt teknisk afklaring, som kan identificere de leverandører, der kan levere den vare eller tjenesteydelse, som kunden står overfor at skulle købe.

...

Det er afgørende, at den tekniske afklaring ikke forveksles med indhentning af et nyt tilbud.

...«

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledende udtalelse af 4. januar 2011 og SKI's opsigelse af rammeaftalen

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anførte i en vejledende udtalelse af 4. januar 2011 »om anvendelse af SKI's rammeaftale 17.07, herunder om

Lolland Kommunes tildeling af rådgivningsydelse« (altså en anden rammeaftale end rammeaftale 02.12 Kopi og Print, som denne klagesag vedrører):

»...

Tildeling af kontrakter på baggrund af rammeaftalen

Ifølge udbudsdirektivet artikel 32, stk. 2, 2. afsnit, skal kontrakter, der er baseret på en rammeaftale, indgås efter procedurerne i artikel 32, stk. 3 og 4.

...

Artikel 32, stk. 4, har følgende ordlyd:

”Når en rammeaftale indgås med flere økonomiske aktører, skal der være mindst tre, forudsat at der er et tilstrækkeligt antal økonomiske aktører, der opfylder udvælgelseskriterierne, og/eller et tilstrækkeligt antal antagelige tilbud, der opfylder tildelingskriterierne.

Tildeling af kontrakter baseret på en rammeaftale, der er indgået med flere økonomiske aktører, kan ske:

- **enten** på grundlag af de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen, uden at der iværksættes en fornyet konkurrence

- **eller**, hvis ikke alle vilkårene er fastsat i rammeaftalen, efter at der er iværksat en fornyet konkurrence mellem parterne på grundlag af de samme vilkår, der om nødvendigt præciseres, og i givet fald på andre vilkår, der anføres i udbudsbetingelserne i rammeaftalen, på følgende måde: [...] [Styrelsens fremhævning].[”]

...

Efter styrelsens opfattelse er det ikke i overensstemmelse med udbudsdirektivet, såfremt det følger af rammeaftalen, at der er frit valg mellem fremgangsmåderne ved tildelingen af kontrakter baseret på rammeaftalen.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens fortolkning af artikel 32 understøttes af, at Kommissionen i deres fortolkende note om rammeaftaler har udtalt følgende i note 23:

When the contracting authority has chosen to establish all the terms in the framework agreement itself, it no longer has the possibility of reopening the competition, given that Article 32(4), second subparagraph, second indent, reserves that

possibility exclusively for those cases “where **not** all the terms are laid down in the framework agreement.”

Af note 26 fremgår følgende:

”For framework agreements that do not establish all the terms, it is by definition impossible to award the individual contracts based on the agreement in accordance with the procedures provided for in the first indent of the second subparagraph of paragraph 4. In fact, in order to be able to award the contracts without reopening competition, all the terms must be established in the framework agreement itself, which by definition is not the case here.”

...

I forbindelse med udarbejdelsen af nærværende udtalelse har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen rettet henvendelse til EU-Kommissionen med følgende spørgsmål:

”Kan det i en rammeaftale fastsættes, at der ved tildeling af kontrakter baseret på rammeaftalen er frit valg mellem at foretage denne tildeling enten på grundlag af de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen (jf. art. 32, stk. 4, 2. afsnit, første pind) eller efter iværksættelsen af fornyet konkurrence (miniudbud, jf. art. 32, stk. 4, 2. afsnit, anden pind).

I samme forbindelse ønskes der en tilkendegivelse af, om det i en rammeaftale kan fastsættes, at parterne på rammeaftalen skal anvende miniudbud når ydelsen skal leveres på vilkår om fast pris eller maksimalpris, mens der er frit valg mellem miniudbud eller fastsatte vilkår, hvis der ønskes levering på baggrund af en timepris.”

EU-Kommissionen svarede følgende:

”For det første ønsker du at få tilkendegivet, hvorvidt ordregivende myndigheder kan fastsætte i en rammeaftale, at fremgangsmåden for tildeling af kontrakter baseret på rammeaftalen frit kan vælges af den ordregivende myndighed ved at anvende valgmulighederne i artikel 32, stk. 4, andet afsnit. Bestemmelsen gør det muligt at tildele kontrakter, der er baseret på en rammeaftale, enten på grundlag af vilkår, der er fastsat i rammeaftalen, eller ved at iværksætte en fornyet konkurrence mellem deltagerne i en rammeaftale. I samme forbindelse ønsker du at få tilkendegivet, om det i en rammeaftale kan fastsættes, at enkeltkontrakter baseret på en fast pris eller maksimalpris

tildeles ved iværksættelse af fornyet konkurrence, men hvis der er tale om en pris baseret på en timesats, kan myndigheden frit vælge mellem iværksættelse af en fornyet konkurrence og fastsættelse af vilkårene i selve rammeaftalen.

Som du så rigtigt påpeger, er udgangspunktet i direktivet fastsat i artikel 32, stk. 4, andet afsnit. Heri hedder det, at tildeling af kontrakter baseret på rammeaftaler kan ske enten på grundlag af de allerede fastsatte vilkår (dvs. uden at en fornyet konkurrence iværksættes) eller - hvis ikke alle vilkårene er fastsat i rammeaftalen - på grundlag af miniudbud. Uanset hvilken metode der vælges, skal den ordregivende myndighed fra begyndelsen beslutte, hvilke vilkår og betingelser der skal fastsættes i selve rammeaftalen, og hvilke der eventuelt kan holdes åbne og blive fastsat i et miniudbud. Deraf følger, at valget mellem de to metoder skal være truffet én gang for alle ved indledningen af proceduren, og den valgte metode skal derfor udtrykkeligt være fastsat i udbudsdokumenterne og i rammeaftalen.

Det betyder ikke, at det ved en rammeaftale er udelukket at anvende begge muligheder for tildeling af enkeltkontrakter. Men hvilken tildelingsprocedure der skal anvendes, må ikke overlades til den ordregivende myndigheds frie valg. Valget skal træffes på grundlag af objektive kriterier, der overholder principperne om ikke-diskriminering og gennemsigtighed. Og disse kriterier skal være fastsat i rammeaftalen. Det vil således være fuldt ud muligt at indgå en rammeaftale, der er opdelt i delkontrakter, og fastsætte, at kontrakter vedrørende en given delkontrakt vil blive tildelt efter allerede fastsatte vilkår, mens kontrakter vedrørende en anden delkontrakt vil blive tildelt efter et miniudbud. På samme måde kan det fastsættes, at for eksempel visse ydelser udføres til faste priser, der er fastlagt på forhånd, mens andre udføres til timepriser ganget med det nødvendige antal timer, som fastsættes ved et miniudbud. Hvad angår vareindkøb, kan man også forestille sig et system, hvor ”små” leverancer (op til en bestemt mængde) gennemføres på grundlag af allerede fastsatte priser, mens ”store” leverancer er omfattet af et miniudbud.”

...

2. Indkøb gennem indkøbscentraler

Ifølge udbudsdirektivet artikel 11, stk. 2, anses en ordregiver, der anskaffer sig tjenesteydelser gennem en indkøbscentral, for at have overholdt bestemmelserne i direktivet, forudsat at indkøbscentralen har overholdt disse.

...

Sammenfatning

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens samlede vurdering, at det ikke er i overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 32, at ordregivende myndigheder ved tildelingen af kontrakter baseret på en rammeaftale med flere leverandører kan have et frit valg mellem at tildele kontrakterne på grundlag af de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen eller efter iværksættelsen af fornyet konkurrence (miniudbud).

Det er dog samtidig styrelsens opfattelse, at udbudsdirektivet ikke i sig selv udelukker, at den samme rammeaftale kan tage højde for begge fremgangsmåder. Den ordregivende myndighed skal i rammeaftalens udbudsbetingelser og i rammeaftalens vilkår fastlægge, hvilken fremgangsmåde der anvendes ved den senere kontraktindgåelse.

På baggrund af det oplyste, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at rammeaftale 17. 07 indebærer, at de ordregivende myndigheder har frit valg mellem brug af miniudbud eller direkte tildeling i forbindelse med tildeling af de enkelte kontrakter under rammeaftalen, når myndighederne ønsker levering på baggrund af timepris. Det er dermed styrelsens vurdering, at rammeaftale 17.07 er i strid med udbudsdirektivet.«

SKI har efterfølgende opsagt blandt andet rammeaftale 02.12 Kopi og Print. Opsigelsen skete med virkning fra den 30. april 2011.

Tildelingen

Indklagede havde, inden indklagede tog kontakt til leverandørerne i begyndelsen af januar 2011, fastlagt kravene til sin fremtidige kopi/printløsning i et en »Beskrivelse af fremtidig kopi/printløsning« af 9. december 2010. Kravene var fastlagt på grundlag af en »optimeringsanalyse« af september 2010 udarbejdet af IKR.

I e-mails af 7. januar 2011 til de 4 leverandører (Canon Business Center Nordsjælland, klageren, Ricoh Danmark A/S og XP Digital A/S), som indklagede efter en indledende undersøgelse mente kunne levere de ønskede enheder, angav indklagede vedrørende et planlagt leverandørmøde:

»Til forberedelse af vores møde ... vedlægger vi hermed et Excel-ark som belyser vores minimumskrav i forhold til vores kommende indkøb af multifunktionsmaskiner og printere. Bemærk, at der i det vedlagte regneark er en del kommentarer til de enkelte celler – disse kommentarer kan være væsentlige for forståelsen af vores behov.

...

For god ordens skyld vil vi nævne at vores møde er en teknisk afklaring/leverandørforespørgsel i vores proces for indkøb på SKI rammeaftale 02.12, delaftale 1, via direkte tildeling. Denne proces har specifikke krav og vi har derfor indsat en standardtekst nedenfor som er gældende for vores møde:

Baggrund for forespørgsel

Erhvervsskolen Nordsjælland (herefter ESN) ønsker at indgå en Direkte Tildeling under SKI-ramme-aftale 02.12, delaftale 1, som nærmere beskrevet nedenfor. Leveringsaftalen ønskes indgået for en periode af 5 år. Tildeling af leveringsaftalen til en af rammeaftalens leverandører vil ske ved en direkte tildeling og dermed uden en genåbning af konkurrencen ved et miniudbud.

Den direkte tildeling vil ske på baggrund af en evaluering af leverandørernes oprindeligt indsendte tilbud i forbindelse med SKI' gennemførelse af det EU udbud, der dannede grundlag for rammeaftalen. Indkøbet vil således alene rette sig mod det sortiment og de priser, der lovligt kan leveres under rammeaftalen.

Da vi har haft vanskeligt ved at konstatere den enkelte leverandørs leveringsmulighed i forhold til at opfylde de konkrete behov i det vedhæftede regneark, bedes De på mødet og gerne skriftligt at oplyse hvorvidt De ønsker at foretage levering, om De kan opfylde de nedenfor angivne mindstekrav til anskaffelsen.

Vi vil indgå leveringsaftalen med den leverandør, som i forhold til en opfyldelse af de beskrevne behov har afgivet det økonomisk fordelagtigste tilbud i henhold til SKI-rammeaftalen.

Det skal understreges, at denne henvendelse ikke er en anmodning om nye priser eller indhentelse af et nyt tilbud. Formålet med denne henvendelse er udelukkende at få hjælp til at konstatere Deres mulighed for at levere de ønskede varer/tjenesteydelser.

...

Proces for indgåelse af leveringsaftalen.

Leveringsaftalen vil være baseret på de vilkår, der gælder efter rammeaftalen. Da vi har et behov for indgå leveringsaftalen hurtigt muligt, skal vi have modtaget eventuel yderligere besvarelser senest fredag den 14. januar 2011 kl. 12.00, idet leveringsaftalen forventes indgået hurtigst muligt herefter, jf. nedenstående tidsplan.

Emne	Seneste start	Senest afsluttet
Konkretisering af minimumskrav. De SKI-leverandører (ud af 8 mulige), som kan honorere minimumskravene udpeges	14-12-2010	23-12-2010
Drøftelser med de udpegede SKI-leverandører og saglig objektiv og ikke-diskriminerende vurdering af hver leverandør ud fra SKI's tildelingskriteriet for »Økonomisk mest fordelagtige tilbud«	03-01-2011	14-01-2011
Valg af kopi/print-leverandører	17-01-2011	18-01-2011
...		

«

Indklagede har oplyst, at 14 af de i excel-arket angivne minimumskrav var nye, medens de øvrige var minimumskrav, som allerede fremgik af kravspecifikationen til rammeaftalen.

De minimumskrav, som efter det oplyste lå ud over kravene i SKI-aftalen, var:

- 1) Mulighed for selvvalgt besked til brugere i display (besked om fejlmelding o.l.)
- 2) Drivere på dansk
- 3) Udskrift af testside via fjernadgang/intranet (http)
- 4) Genstart af enhed via HTTP-interface
- 5) Fejlbeskeder på maskinen skal være tilgængelig på webside 2
- 6) MIB skal være dokumenteret og tilgængelig
- 7) Fyldestgørende offentlig MIB og SNMP v2 og v3
- 8) Safecom seneste version – ekstern 3 port kontroller
- 9) Understøtte Microsoft Windows Server 2008 RX Microsoft Clustering Services (MSCS)
- 10) Understøtte SafeCom Cluster teknologi
- 11) Proaktiv service (forebyggende vedligehold baseret på informationer der sendes fra enheden til leverandøren og dennes serviceorganisation – dele skiftes ved kendt slitage/levetid og før driftsstop)
- 12) Hotline –dansk talende?
- 13) Automatisk toner bestilling ved skift af tonerkassette.
- 14) Toner sendes til lokation/enhedsansvarlig /superbruger.

De nye krav vedrørte ifølge indklagede:

Betalingsløsning (mulighed for at fortsætte en eksisterende betalingsløsning på skolen)	3 krav
---	--------

Overvågning (sikring af mulighed for hurtig fejlretning og dermed driftsstabilitet)	2 krav
---	--------

Fejlsøgning (sikring af hurtig identifikation af fejl gennem fjernadgang til enheden og mulighed for fjernbetjening evt. gennem leverandørens hotline)	4 krav
--	--------

Brugertilfredshed (proaktiv service i form af 1) udskiftning af slidte dele som endnu ikke har medført fejl på enheden samt 2) mulighed for bl.a. at oplyse brugere på skolen om nærmeste alternative enhed og forventet reparationstid samt 3) mulighed for spærring af enhed ved fjernadgang)	5 krav
--	--------

Der blev herefter i løbet den 11. og 12. januar 2011 afholdt møder med de pågældende med henblik på »teknisk afklaring«. Under møderne blev leverandørernes »score« inden for de valgte tildelingskriterier opgjort.

I et notat af 14. januar 2011 om tildeling til styregruppen for projektet blev det indstillet at tildele kontrakten til Canon Business Center Nordsjælland. Det fremgår af notatet, at vurderingen var sket på grundlag af de oprindeligt indsendte tilbud på rammeaftalen, idet det anføres:

»Da vi havde vanskeligt ved at konstatere den enkelte leverandørs leveringsmulighed i forhold til at opfylde de konkrete behov blev leverandørerne besøgt.

Leveringsaftalen vil blive indgået med den leverandør, som i forhold til at opfylde de konkrete behov har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud i henhold til SKI-rammeaftalen.

Med udgangspunkt i tildelingskriterierne Pris, Sortiment, Kvalitet, Miljø og Tillægsydelser blev de enkelte leverandører vurderet med nedenstående resultater:

[Angivelse af kriterier og vægtning samt pointtildeling til de enkelte leverandører. Canon Business Center Nordsjælland fik 123,11 point og dermed den højeste score]

Ad Pris)

Billigst med det sortiment vi stiller krav om.

...

Ad Sortiment)

- Der gives 1 point for hver af følgende 3 tilkøbsmuligheder: Duplex dokumentfremfører, kassette m/2 kassetter, Efterbehandler med hjørnehæftning
- Der fratrækkes 1 point hvis der skal tilkøbes software for at kunne opnå proaktiv service
- Der fratrækkes 1 point hvis der skal tilkøbes FDI-Interface.

Ad Kvalitet)

Tekniske forhold:

- Programmérbare funktioner, selvvalgt besked til display, scan/print-boks (personlig/offentlig)

Funktionalitet:

- Vurdering af software til understøttelse af drift, vedligehold og support, inkl. rapporter o.l.
- Vurdering af brugen af software til tilkald af teknikere, samt forebyggende vedligehold

Kapacitet:

- Antal teknikere i lokalområdet, samt tilkaldemetode og -tid

Service:

- Proaktiv service – forebyggende vedligehold som del af daglig drift (serviceaftalen)
- Reservedelshåndtering fra leverandør

IT:

- Samme vurdering som Funktionalitet

Ad Miljø)

...

Ad Tillægsydelser)

...«

Indklagede gav ved bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed af 17. januar 2011 meddelelse om at agte at indgå kontrakt med Canon Business Center Nordsjælland. Tildelingsbeslutningen angives i bekendtgørelsen at være truffet den 14. januar 2011.

Ved e-mails til leverandørerne af 24. januar 2011 og ved bekendtgørelse af 24. januar 2011 gav indklagede meddelelse om, at tildelingen var annulleret. I de pågældende mails oplyses, at der var en »fejl i forbindelse

med indhentningen af informationen til et delkriterie i vurderingen af leverandørerne.« Ved yderligere e-mails af samme dato til leverandørerne »genstartede« indklagede tildelingsproceduren. Indklagede angav samtidig:

»Til brug for dette har vi i første omgang brug for at få bekræftet de informationer vi fik oplyst på vores møde i forrige uge. Vi fremsender derfor et indsnævret skema med spørgsmål der alene har betydning for den tekniske afklaring. Skemaet er udfyldt med de informationer vi har fået på vores møder og det er disse informationer vi ønsker bekræftet til den videre proces.

...«

Indklagede vedlagde på ny et excel-ark med minimumskrav. Indklagede havde ladet 5 af de oprindelige 44 krav udgå. Der blev fortsat stillet de ovennævnte 14 i forhold til kravspecifikationen i SKI-aftalen nye minimumskrav.

Ved bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed af 26. januar 2011 gav indklagede meddelelse om at agte at indgå kontrakt med Canon Business Center Nordsjælland. Valget af Canon Business Center Nordsjælland blev begrundet som følger:

»...

Alle leverandører på rammeaftale 02.12, delaftale 1, er undersøgt i første omgang med henblik på om de kunne levere enheder i alle ønskede segmenter. Denne undersøgelse viste at 4 af de 8 leverandører kunne levere enheder i alle segmenter samt indfri ovenstående krav f.eks. til integration af nuværende betalingsløsning og sortiment i forhold til IKR analysen.

Der blev udarbejdet en række minimumskrav som blev stillet til den fremtidige løsning. Disse krav blev, som forberedelse til møde om teknisk afklaring fremsendt til de 4 leverandører som havde de ønsker de produkter. Herefter er leverandørerne besøgt med henblik på teknisk afklaring, hvor minimumskravene blev fremlagt.

Kun én leverandører levede op til alle minimumskrav og vi har derfor valgt at tildele kontrakten til Canon.«

Det er i bekendtgørelsen angivet, at tildelingsbeslutningen er truffet den 14. januar 2011. Ved e-mails af 26. januar 2011 meddelte indklagede resultatet af tildelingen til leverandørerne og anførte samtidig den ovenfor angivne begrundelse.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Klageren har gjort gældende, at det, når en rammeaftale er indgået med flere leverandører, er i strid med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, hvis rammeaftalen giver ordregiveren/giverne mulighed for frit at vælge mellem miniudbud og direkte tildeling. Som det også fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udtalelse af 4. januar 2011 om en rammeaftale, der for så vidt angår bestemmelserne om brug af direkte tildeling og miniudbud svarer til SKI rammeaftale 02.12, er der i rammeaftale 02.12 et sådant reelt frit valg, at aftalen strider mod artikel 32, stk. 4.

Indklagede har gjort gældende, at alle vilkår for de ønskede produkter var fastsat i rammeaftalen og indklagede skulle derfor anvende direkte tildeling, idet de to udbudsformer direkte tildeling og miniudbud gensidigt udelukker hinanden i rammeaftalen. Indklagede handlede derfor ikke i strid med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, ved den foretagne tildeling.

SKI har som intervenient anført, at påstand 1 rejser det principielle spørgsmål om, hvorvidt samme rammeaftale kan give mulighed for både direkte tildeling og miniudbud. I så fald er spørgsmålet endvidere, om udbudsdirektivet stiller krav om, at valget mellem de to former skal basere sig på kriterier, der i forvejen er angivet i rammeaftalen.

SKI har herom anført, at udbudsdirektivet ikke er til hinder for, at en rammeaftale giver mulighed for både direkte tildeling og miniudbud, hvilket er anerkendt af både Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Kommissionen samt i praksis fra både klagenævnet og den svenske Regeringsrätten. Det krav om kriterier for valget mellem direkte tildeling og miniudbud, som fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledende udtalelse af 4. januar 2011 og den heri gengivne udtalelse fra Kommissionen og svensk praksis følger ikke direkte af ordlyden af udbudsdirektivets artikel 32 og ej heller af de hidtidige fortolkningsbidrag til bestemmelsen. Der synes endvidere i de forskellige EU-lande at være varierende opfattelser af, om der kan stilles et sådant krav. De ordregivende myndigheder har derfor vanskeligt på forhånd kunnet indrette sig på denne nye praksis. Det har under alle omstændigheder højest kunne udledes, at der

skulle fastlægges »nogle principper for, hvordan den fornyede konkurrence skal ske« og »when it is indicated in advance that in certain circumstances a competition may be held«, jf. Fabricius og Offersen: EU's udbudsregler i praksis, 2. udgave fra 2006, side 89, og Sue Arrowsmith: The law of Public and Utilities Procurement, fra 2005, punkt 11.1-11.55, jf. tilsvarende klagenævnets kendelse af 10. januar 2011, KIDS Leg og Lær A/S mod K17. Under hensyn til den betydelige usikkerhed, det første spørgsmål giver anledning til, og de vidtgående konsekvenser en afgørelse kan have, bør klagenævnet udvise varsomhed med at fastlægge meget håndfaste konklusioner.

Ad påstand 2 (subsidiær til påstand 1)

Klageren har gjort gældende, at indklagede i sin udtalelse om opsættende virkning har erkendt, at indklagede har fastsat krav, som ikke fremgår af rammeaftalen. Ved at fastsætte sådanne nye krav til leverancen har indklagede handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, jf. herved også klagenævnets foreløbige vurdering i kendelsen om opsættende virkning af 4. marts 2011. Det bemærkes, at indklagede under hele tildelingsprocessen konsekvent har benævnt de krav, som ligger ud over, hvad der kræves i rammeaftalens kravspecifikation, »minimumskrav«. Indklagede har ageret i overensstemmelse hermed. Indklagede kan følgelig ikke som efterfølgende forsøgt under skriftvekslingen omdefinere disse minimumskrav til »ønsker«. Fastsættelsen af sådanne yderligere krav (uanset om de kaldes minimumskrav, krav eller ønsker) er under alle omstændigheder i strid med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, og i strid med rammeaftalens betingelser for anvendelse af direkte tildeling, jf. rammeaftalebilag 08, side 3, hvoraf fremgår »Ved direkte tildeling må der ikke ændres i de tekniske krav der gælder for Leverandørens Ydelser under Rammeaftalen.« og side 4: »Kunden skal genåbne konkurrencen ved et Miniudbud, hvis et eller flere af følgende behov er gældende: ... Krav til leveringskvalitet afviger fra de i Rammeaftalen fastsatte standarder.«

Indklagede har gjort gældende, at den direkte tildeling af kontrakten til Canon Business Center Nordsjælland er sket i overensstemmelse med rammeaftalens vilkår for direkte tildeling og udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4. De fastsatte »nye« krav var udtryk for skolens behov og var saglige, objektive og ikke-diskriminerende, og indklagede har ikke ændret i produkterne og aftalevilkårene i rammeaftalen. Kravene kunne lige så vel have

været benævnt »ønsker«. Det forhold, at kun Canon Business Center Nordsjælland kunne opfylde indklagedes behov, er ikke udtryk for forskelsbehandling.

SKI har som intervenient anført, at påstand 2 og påstand 3 giver anledning til et principielt spørgsmål, om hvordan valg af leverandør skal ske ved direkte tildeling, herunder

- om en direkte tildeling kan ske på baggrund af kundens konkrete behov,
- hvordan et sådant behov i givet fald skal opgøres, samt
- om direkte tildeling kan ske på baggrund af de ved tildelingen af rammeaftalen anvendte tildelingskriterier.

SKI har herom anført, at den i rammeaftale 02.12 angivne model for direkte tildeling, som indebærer, at ordren tildeles på baggrund af de i rammeaftalen fastsatte vilkår og til den leverandør, der vurderet ud fra leverandørens tilbud på rammeaftalen og på baggrund af de ved tildelingen af rammeaftalen anvendte tildelingskriterier vurderes bedst at kunne opfylde kundens behov, er i fuld overensstemmelse med udbudsdirektivets artikel 2 og artikel 32, stk. 4.

Det er således i note 24 til Kommissionens Explanatory Note - Framework Agreements – Classic Directive forudsat, at direkte tildeling sker på baggrund af ordregiverens konkrete behov, hvilket ligeledes er anerkendt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i styrelsens vejledning til udbudsdirektiverne fra 2006 i punkt 3.3.2.1 samt styrelsens udtalelse af 19. juli 2004 vedrørende en klage over SKI's rammeaftale for indkøb af personbiler m.v. og i klagenævnets praksis, jf. kendelser af 4. juli 2007, Dansk Taxi Råd mod Nordjyllands Trafikselskab, af 7. oktober 2010, Software Innovation A/S mod Transportministeriet, af 10. januar 2011, KIDS Leg og Lær A/S mod K17, og af 11. januar 2011, Lekolar A/S mod K17. I teorien gives udtryk for samme retsopfattelse. I klagenævnets kendelse af 26. april 2011, Comcare ApS mod Odense Kommune m.fl., fastslås det endvidere, at den valgte ydelse skal være beskrevet enten i kravspecifikationen til rammeaftalen eller i beskrivelsen af leverandørens tilbud på rammeaftalen. Udbudsdirektivet indeholder ikke herudover begrænsninger i, hvorledes ordregiverne (SKI's kunder) opgør deres behov, forudsat opgørelsen er saglig og ikke-diskriminerende. Kunden kan således fuldt lovligt først

opgøre sit behov og herefter sammenholde med de ydelser, som leveres af de enkelte leverandører på rammeaftalen, og tildele kontrakten til den, der bedst opfylder kundens behov. Kundens behov vil definatorisk udmønte sig i nogle krav til det, som skal leveres. Kunden har herved ret til at identificere de ydelser omfattet af rammeaftalen, der er beskrevet i kravspecifikationen eller de enkelte leverandørers tilbud, som lever op til kundens opgørelse af sit behov/sine krav. Da behov/krav ikke på forhånd kendes, vil kundens krav også i mange tilfælde adskille sig fra den kravspecifikation/opgørelse, som lå til grund for udbuddet af rammeaftalen. Når kunden ud fra sit behov/krav har identificeret de leverandører på rammeaftalen, som kan opfylde behovet/kravene, kan der herefter ikke blot anvendes den såkaldte »kaskademodel« ved den direkte tildeling. Det er også fuldt ud direktivmedholdeligt at anvende en model, hvorefter der anvendes forholdsvis fleksible kriterier ved tildelingen, blot disse kriterier er fastsat i rammeaftalen og er objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende. jf. klagenævnets ovennævnte kendelse af 4. juli 2007, Dansk Taxiråd mod Nordjyllands Trafikselskab. Der er derfor intet til hinder for, at direkte tildeling kan ske ved brug af de ved tildelingen af rammeaftalen anvendte tildelingskriterier.

SKI har som intervenient afholdt sig fra at tage stilling til indklagedes konkrete anvendelse af rammeaftalen og herunder til, om de krav, som indklagede har fastlagt, er udtryk for en saglig fastlæggelse af indklagedes behov for produkter, som omfattes af rammeaftalen, eller om kravene er udtryk for, at indklagede har stillet krav om produkter, der ikke har været beskrevet eller tilbudt under rammeaftalen.

Ad påstand 3 (subsidiær til påstand 1 og 2)

Klageren har gjort gældende, at uanset om klagenævnet måtte finde, at direkte tildeling kunne anvendes i henhold til rammeaftalen, kunne dette i hvert fald alene ske, hvis tildelingen kunne ske uden at foretage en evaluering af (nye) tilbud fra leverandørerne. Indklagede indhentede i forbindelse med den første udbudsproces tilbud og bedømte dem i henhold til rammeaftalens tildelingskriterier. Dette viser, at kontrakttildelingen forudsatte en evaluering, inden leverandøren blev valgt. Dermed kunne direkte tildeling ikke anvendes.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede ikke har foretaget en evaluering af tilbud, da kun Canon Business Center Nordsjællands produkt opfyldte indklagedes behov. Der er derfor ikke handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4.

SKI's bemærkninger fremgår ovenfor ad påstand 2.

Ad påstand 4 (subsidiær til påstand 1 og 2)

Klageren har gjort gældende, at det ikke er sagligt begrundet, at indklagede har opstillet så restriktive mindstekrav, at kun én leverandør kunne opfylde dem. Dette er så meget mere tilfældet, fordi indklagede indledningsvis havde fastslået, at alle de 4 leverandører, indklagede tog kontakt til, kunne levere de ønskede enheder i alle segmenter og indfri de behov, der fremgik af behovsanalysen fra IKR. De tre mindstekrav, som klageren ikke kunne opfylde (mulighed for selvvalgt besked til brugere i display, genstart af enhed via http-interface og automatisk toner bestilling ved skift af toner-kassette) afspejler, at indklagede må have set denne funktionalitet hos den valgte leverandør, og at valget af den pågældende dermed er dikteret af, hvad der kan leveres af denne leverandør, og ikke af det aktuelle behov hos indklagede. Det er således ikke sagligt begrundet at betinge valget af leverandør af kopimaskiner af, at leverandørerne kan opfylde netop disse behov.

Indklagede har gjort gældende, at det ikke er i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektivets artikel 2 eller artikel 32, stk. 2, at ordregiver opgør sine behov i forbindelse med en direkte tildeling. Kravene blev opgjort før den tekniske afklaring den 11. og 12. januar 2011. Kravene er udtryk for indklagedes konkrete behov. Den tilfældighed, at kun én leverandør lever op til kravene, er ikke udtryk for forskelsbehandling.

Ad påstand 5

Klageren har gjort gældende, at indklagede, da indklagede genstartede udbudsprocessen efter annullationen af den første tildeling, befandt sig i en situation, som omfattes af udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, 2. led, om fornyet konkurrence. Indklagede skulle derfor, jf. litra b, give en tilstrækkelig lang frist for indgivelsen af tilbud. Dette gælder navnlig henset

til de mindstekrav indklagede havde fastsat, som leverandørerne kun fik 2 dage til at angive, om de kunne opfylde. Da de ikke kunne opfyldes med klagerens standardprodukter, var det urealistisk at forestille sig, at klageren inden for 2 dage ville kunne tage stilling til, om det alligevel var muligt at levere de ønskede funktionaliteter.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede fremsendte de nye krav den 7. januar 2011, og at det fremsendte blot var en anmodning om en bekræftelse af tilbudsgivernes besvarelse den 24. januar 2011. Da klageren allerede den 24. januar havde svaret vedrørende samme krav, var en frist på 2 dage for besvarelsen tilstrækkelig. Indklagede har derfor ikke handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, litra b.

Ad påstand 6

Klageren har gjort gældende, at kontrakten, jf. den frivillige bekendtgørelse om den anden tildeling, allerede blev tildelt den 14. januar 2011. Det betyder, at den nye tildelingsprocedure, som blev genstartet den 24. januar 2011 med frist for tilbudsgivernes svar den 26. januar 2011, ikke har betydet, at der er sket en ny vurdering. Tværtimod var udfaldet givet på forhånd. Det bemærkes, at den første tildelingsprocedure som erkendt af indklagede i forbindelse med annullationen var fejlbehæftet. Den kunne derfor ikke danne grundlag for den anden tildelingsbeslutning.

Indklagede har gjort gældende, at tildelingsbeslutningen blev truffet den 26. januar 2011, som var datoen for leverandørernes svar på indklagedes anmodning om bekræftelse af 24. januar 2011. Det er således en fejl, at der i den frivillige bekendtgørelse vedrørende den anden tildeling som tildelingsdato står den 14. januar 2011, det vil sige samme dato som den første tildelingsbeslutning, som blev annulleret, blev truffet. Der skulle have stået 26. januar 2011 i stedet for 14. januar 2011 i den frivillige bekendtgørelse. Der er formentlig sket en fejlagtig genanvendelse af skabelonen til den frivillige bekendtgørelse vedrørende den første tildelingsbeslutning, som blev annulleret den 24. januar 2011.

Ad påstand 7

Klageren har gjort gældende, at indklagede groft har tilsidesat udbudsreglerne. Der skal derfor ske annullation af tildelingsbeslutningen.

Indklagede har gjort gældende, at da der ikke er grundlag for at tage påstand 1-6 til følge, skal der heller ikke ske annulation.

Ad påstand 8

Klageren har gjort gældende, at indklagede:

»ved at annullere den første udbudsproces mistede retten til at påberåbe sig den stand-still periode, som fandt anvendelse i denne proces [den første tildeling, hvorom der blev offentliggjort en frivillig bekendtgørelse om beslutningen om at tildele Canon Business Center Nordsjælland kontrakten].

Indklagede har ikke i forbindelse med den anden udbudsproces indført nogen frivillig stand-still periode, og klager har følgelig ikke haft noget incitament till at indgive klage inden for en ikke-eksisterende stand-still periode for denne udbudsproces.

Klager gør følgelig gældende, at § 4 ikke finder anvendelse i den konkrete sag.«

Klageren har endvidere anført, at tildelingsbeslutningen blev truffet, efter at indklagede havde modtaget klagen, og efter klagenævnet den 4. marts 2011 foreløbigt havde vurderet, at indklagede havde handlet i strid med udbudsreglerne, jf. til dels klagerens påstand 2. Der er således tale om klar, grov og bevidst krænkelse af udbudsreglerne. Annullationen skal også omfatte allerede foretagne leverancer, idet indklagede i beskrivelsen af sit behov, har gjort det klart, at formålet var få en »sammenhængende, integreret løsning« »med én leverandør«. Hvis indklagede får lov at beholde allerede modtagne leverancer fra Canon Business Center Nordsjælland, vil denne leverandør få en utilbørlig fordel, når indklagede i kraft af den forventede afgørelse om uden virkning skal foretage et nyt udbud. Der er desuden tale om standardvarer, som vil kunne tilbageleveres til Canon Business Center Nordsjælland i samme stand som ved leveringen.

Indklagede har gjort gældende, at indklagede i overensstemmelse med håndhævelseslovens § 4, stk. 1, har offentliggjort den skete tildeling den 26. januar 2011 ved frivillig bekendtgørelse og som krævet først har indgået aftale med Canon Business Center Nordsjælland mere end 10 dage efter offentliggørelsen. Kontraktindgåelsen skete således først den 7. marts 2011.

Det forhold, at der forudgående havde været en tildeling, som var blevet annulleret, kan ikke bevirke, at den frivillige bekendtgørelse ikke har virkning som angivet i lovens § 4, stk. 1. Den forkerte datoangivelse for tildelingsbeslutningen i bekendtgørelsen kan heller ikke ændre herpå, da klageren i kraft af indklagedes direkte meddelelse til klageren den 26. januar 2011 om tildelingsbeslutningen havde fået besked om den direkte tildeling. Endelig er det uden betydning, at klageren indgav klage over tildelingen. Standstillfristen var således udløbet, da kontrakten blev indgået.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

Efter ordlyden af udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, 2. afsnit, skal den ordregivende myndigheds tildeling af kontrakter baseret på en rammeaftale med flere leverandører ske »enten« på grundlag af fastsatte vilkår i rammeaftalen »eller« efter fornyet konkurrence. Herved må det, jf. tillige kravet om gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2, antages forudsat, at rammeaftaler med flere leverandører enten skal være udformet således, at alle vilkår er fastlagt i rammeaftalen, eller sådan, at de ikke alle er fastlagt på forhånd, idet der i sidstnævnte tilfælde forudsættes iværksat en ny konkurrence mellem de valgte leverandører – et »miniudbud«. Det må endvidere kræves, at det ved udbuddet af rammeaftalen klart fremgår af udbudsbetingelserne og rammeaftalen, hvilke vilkår og betingelser der er fastsat i selve rammeaftalen, og hvilke der er holdt åbne og kan blive fastsat i et miniudbud. I alle de tilfælde, hvor vilkårene er fastsat på forhånd, følger det herefter, at der ikke kan holdes miniudbud. Hvis en ordregiver, som kan trække på rammeaftalen, ønsker leverancer på vilkår, der ikke er omfattet af rammeaftalen – fordi de ikke er fastsat på forhånd eller fordi det ikke i rammeaftalen er foreskrevet, at konkurrencen kan genåbnes om disse vilkår – kan den konkrete anskaffelse ikke foretages under rammeaftalen. Den pågældende ordregiver må således i stedet afholde et nyt udbud. Det samme gælder, hvis ordregiveren ønsker at købe ydelser, som ikke er omfattet af rammeaftalen. Selvom det principielt ikke kan anses for udelukket, at der i samme rammeaftale er mulighed for at anvende både direkte tildeling og miniudbud, må dette forudsætte, at det klart og entydigt er foreskrevet, med hensyn til hvilke ydelser og under hvilke omstændigheder henholdsvis den ene og den anden procedure skal anvendes, og herunder også hvilke vilkår, der kan gøres til genstand for miniudbud. Dette kan eksempelvis være til-

fældet, hvis rammeaftalen er opdelt klart mellem standardydelse, som leveres på fastsatte vilkår til en i selve rammeaftalen angiven standardpris, medens miniudbud anvendes til mindre standardiserede ydelser. Klagenævnet finder i lighed med Kommissionen og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at rammeaftaler, som ikke klart og entydigt afgrænser, hvilke ydelser der kan tildeles direkte, henholdsvis skal gøres til genstand for miniudbud – og således med andre ord indebærer, at der er frit valg mellem direkte tildeling og miniudbud – er i strid med artikel 32, stk. 4, 2. afsnit.

Om valget mellem direkte tildeling og miniudbud fremgår det af rammeaftalens punkt 4.3, at kunden (den konkrete ordregiver) ved direkte tildeling skal vælge den leverandør, som ud fra objektive kriterier er den bedst egnede i forhold til kundens konkrete behov, og i punkt 5.1.1, at »enhver kunde [kan] bede om en ordrespecifik markedspris«. Ordvalget i punkt 5.1.1 indikerer, at kunden frit kan bestemme, om der ønskes anvendt miniudbud. Det fremgår imidlertid af rammeaftalebilag 08 afsnit 1, at der ikke er tale om sådant fuldstændig frit valg. Det angives således om valget mellem de to procedurer, at direkte tildeling »skal« anvendes »i alle situationer, hvor samtlige betingelser for anskaffelsen er fastlagt ved Rammeaftalen med tilhørende Rammeaftalebilag«, og at der ikke må ske ændringer i de tekniske krav, priser, takster og øvrige betingelser som ifølge rammeaftalen gælder for leverandørens ydelse. Det fremgår derefter af afsnit 2 i bilaget, at miniudbud »skal« anvendes, når kunden har et eller flere af en række nærmere beskrevne »behov«. Uanset anvendelsen af udtrykket »skal« finder klagenævnet ikke, at den foretagne afgrænsning opfylder de krav til klarhed, der må stilles i de tilfælde, hvor der i samme rammeaftale er mulighed for at anvende både direkte tildeling og miniudbud. I flere af de opregnede situationer, hvor miniudbud »skal« anvendes, er det således alene kundens »behov«, som styrer, hvilken procedure der skal anvendes, og dermed er det reelt op til den enkelte ordregiver, om der skal anvendes direkte tildeling eller miniudbud. Den konkrete ordregiver skal således blot definere for eksempel et behov for en anden pris end den, der følger af rammeaftalen sammenholdt med enkelte leverandørers tilbud, for at kunne afholde et miniudbud.

Allerede af denne grund må rammeaftalen anses for stridende mod udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4.

Hertil kommer, at der som anført i. kontraktbilag 01 i rammeaftalen tilstræbes bredde af sortimentet, som skal afdække behovene hos kunder med en række forskellige behov og herunder muligheden for, at leverandørerne afgiver tilbud med hver deres bredest mulige sortiment. Dette betyder, at det for den enkelte kunde kan være svært at overskue, hvilke ydelser der overhovedet er omfattet af rammeaftalen, herunder hvad der kan købes hos den enkelte leverandør. Denne uklarhed og det heraf følgende behov, den enkelte kunde kan have for at få afklaret, hvad rammeaftalen omfatter samlet og i forhold til de enkelte leverandører, samt den mulighed for »teknisk afklaring« som SKI's vejledning om direkte udbud i konsekvens heraf giver, indebærer, navnlig sammenholdt med den fornyede bedømmelse, som rammeaftalen foreskriver, tillige at proceduren med direkte tildeling risikerer at få karakter af en genåbning af konkurrencen. Dette bidrager yderligere til uklarheden i afgrænsningen mellem direkte tildeling og miniudbud – og bevirker i øvrigt også en uklarhed om, hvad rammeaftalen som sådan omfatter.

Også af denne grund strider rammeaftalen mod udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4. Rammeaftalen kunne dermed ikke i medfør af udbudsdirektivets artikel 11 danne grundlag for indklagedes tildeling af kontrakten til Canon Business Nordsjælland uden afholdelse af et udbud.

Påstanden tages herefter til følge.

Ad påstand 7

Som følge af karakteren af den overtrædelse, der er fastlagt ad påstand 1, tages påstanden om annulation af tildelingsbeslutningen til følge.

Ad påstand 8

Indklagede har den 26. januar 2011 offentliggjort en frivillig bekendtgørelse om beslutningen om at tildele kontrakten til Canon Business Nordsjælland og har ikke indgået kontrakt før den 7. marts 2011. Som følge heraf er der ikke grundlag for at erklære kontrakten for uden virkning. Det forhold, at datoen for tildelingsbeslutningen ved en fejl er angivet som den 14. januar 2011 i stedet for den 26. januar 2011 i den frivillige bekendtgørelse, kan ikke føre til et andet resultat.

Klagenævnet bemærker, at det i de specielle bemærkninger til § 4 i forslaget af 27. januar 2010 til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. (nr. 110/2009) er angivet:

»Såfremt Klagenævnet på et senere tidspunkt vurderer, at ordregiveren har foretaget en åbenbar urigtig vurdering med hensyn til udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke finder anvendelse, kan Klagenævnet erklære kontrakten for uden virkning«.

Bemærkningen vedrører efter sit indhold »uden virkning« sanktionen efter direktiv 2007/66/EF artikel 2 d og lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 17, og har dermed et andet og videre anvendelsesområde end den af Domstolen fastlagte praksis, jf. dom af 18. juli 2007 i sag C-503/04, Kommissionen mod Tyskland og dom af 13. april 2010 i sag C-91/08, Wall AG, hvorefter det i særlige tilfælde påhviler medlemsstaterne at bringe kontrakter, som er indgået i strid med udbudsreglerne, til ophør.

Det i lovbemærkningen anførte er ikke kommet til udtryk i lovteksten. Det modsvares heller ikke af tilsvarende angivelser i Europarlamentet og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af kontrol-direktiverne, hvor det tværimod i betragtning 26 i præamblen er angivet:

»For at undgå retsusikkerhed, der kan opstå på grund af retsvirkningen »uden virkning«, bør medlemsstaterne indføre en undtagelse fra retsvirkningen »uden virkning« i tilfælde, hvor den ordregivende myndighed eller ordregiveren finder, at kontrakter indgået uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende er tilladt i henhold til direktiv 2004/18/EF og 2004/17/EF og har anvendt en minimumsstandstill periode, der giver mulighed for effektive retsmidler. Den frivillige offentliggørelse, der udløser denne standstill-periode, medfører ikke nogen udvidelse af de forpligtelser, der følger af direktiv 2004/18/EF og 2004/17/EF.«

Henset til ordlyden af lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 4 og den EU-retlige baggrund i direktiv 2007/66/EF finder klagenævnet, at den pågældende lovbemærkning ikke hjemler en efterfølgende tilsidesættelse af en ordregivers vurdering af tilladeligheden af at indgå kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Klagenævnet har derfor ikke taget stilling til, om indklagede har foretaget »åbenbart urigtig vurdering« af pligten til at afholde udbud efter udbudsdirektivet ved ind-

gåelsen af kontrakten med Canon Business Center Nordsjælland uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Indklagede har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 4, ved at tildele ordren ved direkte tildeling uden iværksættelse af fornyet konkurrence på grundlag af en rammekontrakt, som giver frit valg mellem gennemførelse af miniudbud og direkte tildeling.

Indklagedes beslutning af 26. januar 2011 om at indgå kontrakt med til Canon Business Center Nordsjælland annulleres.

Indklagede, Erhvervsskolen Nordsjælland, skal i sagsomkostninger til klageren, Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S, betale 25.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Klagen tages ikke til følge vedrørende påstand 8.

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Joan Bach
kontorfuldmægtig