

K E N D E L S E

Struensee & Co. I/S
(advokat Michael Lund Nørgaard, København)

mod

Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S
(Kammeradvokaten v/ advokat Jens Bødtcher-Hansen)

Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S (herefter SKI) iværksatte ved udbudsbekendtgørelse 2015/S 175-318327 af 7. september 2015, som ændret ved udbudsbekendtgørelse 2015/S 181-327911 af 10. september 2015, et begrænset udbud efter udbudsdirektivet (direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter) om en rammeaftale ”Rammeaftale 17.13 om udførelse af Managementkonsulenttydelser”. Rammeaftalen var opdelt i tre selvstændige delaftaler. Den anslåede værdi af de tre delaftaler tilsammen var 250 mio. kr. Tildelingskriteriet var fastsat til ”det økonomisk mest fordelagtige bud”.

SKI modtog anmodninger om prækvalifikation fra 29 ansøgere fordelt på 17 enkeltstående virksomheder og 12 konsortier, der igen bestod af i alt 41 virksomheder. Herunder anmodede Struensee & Co. I/S (herefter Struensee & Co) om prækvalifikation i et konsortium bestående af Struensee & Co, Prokura P/S (herefter Prokura) og Agnus Consulting A/S (herefter Agnus) med Struensee & Co som kontaktperson.

Ved 3 e-mails af 20. november 2015 modtog Struensee & Co. meddelelse om, at konsortiet hverken var prækvalificeret på delaftale 1, 2 eller 3.

Den 7. december 2015 indgav Struensee & Co klage til Klagenævnet for Udbud. Struensee & Co anmodede samtidig om, at klagen blev tillagt opsættende virkning.

Ved delkendelse af 12. januar 2016 besluttede klagenævnet ikke at tillægge klagen opsættende virkning. Klagenævnet udtalte i den forbindelse, at betingelsen om, at klagen skal have noget på sig ("fumus boni juris") ikke var opfyldt for så vidt angår to påstande (påstand 3 og 4), og at betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt.

SKI har herefter indgået rammeaftalen, der for så vidt angår delaftalerne 1 og 2 er trådt i kraft den 1. april 2016. Delaftale 3, der var genstand for en klagesag ved klagenævnet, jf. nævnets kendelse af 27. juni 2016 i sagen Konsortiet QVARTS P/S og Copenhagen Economics A/S mod SKI, trådte i kraft den 1. maj 2016.

Struensee & Co har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at SKI har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, ved at udbyde en rammeaftale på en sådan måde, at konkurrencen på levering af managementkonsulentytelser til det offentlige marked i Danmark hindres, begrænses eller fordrejes ved reelt at reservere rammeaftalen til store rådgivningsvirksomheder og dermed diskriminere mindre virksomheder i konkurrencen om offentlige kontrakter på managementkonsulent området.

Påstand 2

Klagenævnet skal konstatere, at SKI har handlet i strid med udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3, ved ikke at sikre, at antallet af ansøgere der opfordres til at afgive tilbud, er tilstrækkeligt til at sikre en reel konkurrence om rammeaftalen.

Påstand 3

Klagenævnet skal konstatere, at SKI har handlet i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have sammenblandet kriterierne "Omsætning" og "produktionskapacitet",

idet SKI ved begge kriterier reelt vurderer tilbudsgivers samlede størrelse inden for delaftalens ydelsesområde.

Påstand 4

Klagenævnet skal konstatere, at SKI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved under vurderingen af ansøgningerne om prækvalifikation at have undladt at bedømme ”uddannelsesmæssige kvalifikationer” efter kriteriet ”Produktionskapacitet”, som efter sin ordlyd både vedrører (i) antallet af konsulenter og (ii) konsulenternes uddannelsesmæssige kvalifikationer.

Påstand 5

Klagenævnet skal annullere SKI’s beslutning om prækvalifikation.

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

Sagens nærmere omstændigheder

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.5, som ændret ved ændringsbekendtgørelsen, fremgik blandt andet:

”SKI udbyder rammeaftale 17.13 om managementkonsulentytelser.
 Rammeaftalen omfatter levering af managementkonsulentytelser.
 Rammeaftalen er opdelt i 3 delaftaler. Hver delaftale er en selvstændig rammeaftale, og der er således reelt tale om 3 rammeaftaler.
 De 3 delaftaler er:
 Delaftale 1: Strategi- og organisationsudvikling:
 Strategi- og organisationsudvikling dækker over virksomhedens/organisationens behov for at få afdækket og analyseret strategiske udfordringer i virksomhedens/organisationens omverden og få analyseret dens ressource grundlag med henblik på at få udarbejdet og implementeret en velfunderet strategi og en organisationsstruktur, der understøtter strategien.
 Delaftale 2: Effektivisering og forretningsprocesser:
 Effektivisering og forretningsprocesser dækker over virksomhedens/-organisationens behov for øget effektivisering af dens kerne- og støtteprocesser i lyset af den direkte sammenhæng mellem optimering af de interne processer og de finansielle resultater. I forbindelse hermed dækker delaftalen ligeledes over behovet for at afdække, vurdere og vælge samt bistå udlicitering.
 Delaftale 3: Analyser/evalueringer:

Analysere/evalueringer dækker over virksomhedens/organisationens behov for at tilvejebringe/understøtte et beslutningsgrundlag, der gør det muligt at foretage tilpasning og udvikling af det analyserede område med henblik på at optimere effektiviteten og/eller kvaliteten af områdets output.

...

Denne udbudsbekendtgørelse ... angår kun opgaver, som skal løses til fast pris, hvor priser fastsættes og opgaver tildeles efter fornyet konkurrenceudsættelse (miniudbud)."

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.3, som ændret ved ændringsbekendtgørelsen, fremgik, at hver af de tre delaftaler havde en varighed på 48 måneder fra tildeling, og at de ikke kunne forlænges.

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.1.2 fremgik blandt andet:

"Forventet antal økonomiske aktører: 30

Objektive kriterier for valg af de begrænsede antal kandidater: ...

1) Omsætning: Det vægtes positivt, at ansøger har den største omsætning inden for delaftalens ydelsesområde.

2) Produktionskapacitet: Det vægtes positivt, at ansøgeren har den bedste produktionskapacitet bedømt på grundlag af antallet af konsulenter og opgørelsen over deres uddannelsesmæssige kvalifikationer, og

3) Faglig kvalitet: Det vægtes positivt, at ansøgeren har de bedste foranstaltninger til at sikre, at de faglige kvalifikationer hos ansøgerens konsulenter opretholdes, herunder i forbindelse med personaleafgang og -tilgang. I bedømmelsen vægter nr. 1 med 30 %, nr. 2 vægter med 40 % og nr. 3 vægter med 30 %.

SKI agter at prækvalificere 10 ansøgere på hver delaftale."

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.4, som ændret ved ændringsbekendtgørelsen, fremgik, at SKI påtænkte at indgå 3 delaftaler med 7 leverandører for hver delaftale. Endvidere fremgik blandt andet:

"Der er tale om en frivillig rammeaftale, det vil sige, at delaftalerne ikke etablerer et eksklusivt forhold mellem Rammeaftalens leverandører og SKI's kunder. SKI's kunder er således ikke forpligtede til at anvende delaftalerne til at foretage deres indkøb.

En leverandørs bistand i henhold til leveringsaftale baseret på rammeaftale 17.13 vil overordnet bestå i, at kunden i henhold til leveringsaftalen med leverandøren engagerer den eller de person(er), som leverandøren råder over, til [at] yde kunden bistand inden for den

pågældende delaftales specifikke ydelsesområde i den periode og i relation til de opgaver eller problemstillinger, som kunden har beskrevet i kundens opgavebeskrivelse.”

Af pkt. II.2.3, som ændret ved ændringsbekendtgørelsen, fremgik, at aftalen ikke kunne forlænges.

Af bekendtgørelsens pkt. III.2.3 om ”Teknisk kapacitet” fremgik blandt andet:

”Oplysninger og formaliteter, som er nødvendige for at vurdere om kravene er opfyldt:

1) Produktionskapacitet:

Erklæring om ansøgernes gennemsnitlige antal konsulenter det seneste disponible regnskabsår opdelt på den/de delaftale(r), som ansøgningen om prækvalifikation omfatter, samt oplysninger om konsulenternes generelle uddannelsesmæssige kvalifikationer. Der efterspørges en opgørelse over konsulenternes uddannelsesmæssige kvalifikationer. Ansøgeren skal ikke vedlægge CV’er for konkrete konsulenter.”

I udbudsbekendtgørelsens pkt. IV.2.1 var tildelingskriteriet fastsat til ”det økonomisk mest fordelagtige bud”. I tilknytning hertil var det fastsat i ændringsbekendtgørelsen, at evalueringen ville ske pr. delaftale. Der var ikke i udbudsbekendtgørelsen fastsat nærmere underkriterier til tildelingskriteriet.

Af udbudsbekendtgørelsens pkt. VI, som ændret ved ændringsbekendtgørelsen, om ”Supplerende oplysninger”, fremgik blandt andet, at ansøgninger om prækvalifikation kun kunne ske gennem SKI’s udbudssystem ETHICS. Af det skema, som ansøgerne skulle udfylde i ETHICS-systemet vedrørende udvælgelseskriteriet ”Produktionskapacitet”, fremgår blandt andet, at ansøgerne skulle besvare følgende 3 spørgsmål:

”E. Produktionskapacitet

Erklæring om ansøgerens gennemsnitlige antal konsulenter det seneste disponible regnskabsår opdelt på den/de delaftale(r), som ansøgningen om prækvalifikation omfatter, samt oplysninger om konsulenternes generelle uddannelsesmæssige kvalifikationer. Der efterspørges en opgørelse over konsulenternes uddannelsesmæssige kvalifikationer. Ansøgeren skal ikke vedlægge CV’er for konkrete konsulenter.

En konsulent kan kun tælle én gang. Såfremt en eller flere konsulenter har arbejdet med opgaver der vedrører flere af delaftalerne skal konsulenten anføres på den delaftale hvor konsulenten har arbejdet mest inden for det seneste år.

Angiv antal konsulenter i felterne nedenfor

Delaftale 1: Strategi- og organisationsudvikling

E1. Antal konsulenter

Hvor mange konsulenter med en teoretisk baggrund som kandidat/Ph.D rådes over til løsning af opgaver inden for delaftalens ydelsesbeskrivelse

Hvor mange konsulenter med en teoretisk baggrund som bachelor rådes over til løsning af opgaver inden for delaftalens ydelsesbeskrivelse

Hvor mange konsulenter med anden uddannelse rådes der over til løsning af opgaver inden for delaftalens ydelsesbeskrivelse”

Omsætningen for de tre delaftaler over 4 år var anslået til 250 mio. kr., jf. udbudsbekendtgørelsens pkt. VI.3 om ”Yderligere oplysninger”, hvor det ligeledes var anslået, at omsætningen for de to første aftaler ville udgøre hver 40 %, mens den tredje ville udgøre 20 %. Det var herved anført, at der var tale om et skønnet forbrug opgjort på baggrund af historiske data og kundernes forventede forbrug.

Struensee & Co anmodede som nævnt om prækvalifikation i et konsortium bestående af Struensee & Co I/S, Prokura og Agnus med Struensee & Co som kontaktperson. Konsortiets samlede ydelsesspecifikke omsætning på de tre delaftaler var 75 mio. kr. på hver delaftale. Konsortiet oplyste, at det i relation til hver delaftale havde tilknyttet 55 konsulenter.

Ved 3 e-mails af 20. november 2015 modtog Struensee & Co besked om, at konsortiet hverken var prækvalificeret på delaftale 1, 2 eller 3. Det er oplyst, at begrundelserne herfor i det væsentlige var enslydende.

Heraf fremgik blandt andet med udgangspunkt i e-mailen vedrørende delaftale 3:

”Angående omsætning har Deres virksomhed den [delaftale 1: 15.], [delaftale 2: 15.], [delaftale 3: 8.] største omsætning blandt de virksomheder/konsortier, der har anmodet om prækvalifikation.

Angående produktionskapacitet, har Deres virksomhed den [delaftale 1: 17.], [delaftale 2: 16.] [delaftale 3: 13.] største produktionskapacitet blandt de virksomheder/konsortier, der har anmodet om prækvalifikation.

Angående faglig kapacitet, har det været vægtet positivt, at ansøgeren har de bedste foranstaltninger til at sikre, at de faglige kvalifikationer hos ansøgerens konsulenter opretholdes, herunder i forbindelse med personaleafgang og -tilgang. På baggrund heraf kan vores vurdering sammenfattes på følgende vis:

...

På baggrund af den samlede vurdering efter den beskrevne evalueringsproces er det SKI's vurdering at jeres virksomhed ikke er blandt de 10 bedst egnede virksomheder. Jeres virksomhed er derfor ikke blevet prækvalificeret.”

Endvidere indeholdt de enkelte e-mails en liste over de virksomheder, der var blevet prækvalificeret til hver enkelt delaftale.

Følgende virksomheder blev prækvalificeret til at afgive tilbud på delaftale 1:

- Deloitte Statsautoriseret Revisionspartnerselskab
- EY Nordic
- KMPG P/S
- McKinsey & Company
- PA Consulting Group
- Pluss-Epinion-Teknologisk Institut-CEFU
- PriceWaterhouseCoopers Statsautoriseret Revisionspartnerselskab
- Konsortiet QVARTS P/S og Copenhagen Economics A/S
- Rambøll Management Consulting A/S
- Roland Berger Strategy Consultants AB

Følgende virksomheder/konsortier blev prækvalificeret til at afgive tilbud på delaftale 2:

- Accenture A/S
- CONEXUS
- Deloitte Statsautoriseret Revisionspartnerselskab
- EY Nordic
- Implement Consulting Group
- KMPG P/S
- McKinsey & Company
- PA Consulting Group
- PriceWaterhouseCoopers Statsautoriseret Revisionspartnerselskab
- Rambøll Management Consulting A/S

Følgende virksomheder blev prækvalificeret til at afgive tilbud på delaftale 3:

- Accenture A/S
- CONEXUS
- Deloitte Statsautoriseret Revisionspartnerselskab
- EY Nordic
- McKinsey & Company
- PA Consulting Group
- Pluss-Epinion-Teknologisk Institut-CEFU
- PwC-Oxford Research A/S-CEBR (CBS) & SDU (IVØ)
- Konsortiet QVARTS P/S og Copenhagen Economics A/S
- Rambøll Management Consulting A/S

Som det fremgår heraf, blev følgende virksomheder prækvalificeret i relation til alle tre delaftaler:

- Deloitte Statsautoriseret Revisionspartnerselskab
- EY Nordic
- McKinsey & Company
- Rambøll Management Consulting A/S
- PA Consulting Group
- PriceWaterhouseCoopers Statsautoriseret Revisionspartnerselskab, for så vidt angår delaftale 3 dog som en del af et konsortium.

I en e-mail af 27. november 2015 oplyste SKI blandt andet følgende efter en opregning af de enkelte udvælgelseskriterier som fastsat i udbudsbekendtgørelsen:

”Der er til brug for evalueringen anvendt en 10 point skala, hvor Struensee-Prokura-Agnus har opnået følgende point:

Delaftale:	Omsætning:	Produktionskapacitet:	Faglig kvalitet:	Total:
1	1,81	2,36	8	3,89
2	1,69	2,00	8	3,71
3	1,76	2,31	8	3,85

”

SKI har oplyst, at tildeling af konkrete ordrer på rammeaftalen ved de miniudbud, som var fastsat i udbudsbekendtgørelsen, sker ved anvendelse af følgende kriterier:

- Projektforslag 40-50 %
- Projektpris 30-40 %
- Konsulentteam 20-30 %

Oplysninger om undersøgelser vedrørende SKI's kunders ønsker og erfaringer med rammeaftaler om managementkonsulenttydelser

SKI har oplyst, at virksomheden inden gennemførelsen af udbuddet gennemførte ”en specifik markedsundersøgelse i form af en bred dialog” med følgende respondenter: Odense Kommune, Aarhus Kommune, Region Sjælland, Udenrigsministeriet, Københavns Kommune, Erhvervs- og Vækstministeriet, Forsvarsministeriet, Miljø- og Fødevareministeriet, Rigspolitiet/Justitsministeriet og Region Hovedstaden.

Af en ekstraheret udgave af undersøgelsen, der er dateret august 2015, fremgår blandt andet:

”4.4 Erfaringer med nuværende rammeaftale

...

Antal tildelte	Kunderne synes 10 leverandører er (for) meget i forhold til opgaven med tilbudsevaluering
----------------	---

...

5. Kundernes behov og indkøbsadfærd

...

5.3. Kundernes indkøbsadfærd

Kundernes indkøbsadfærd er betegnet ved følgende:

Nu-og-her behov:	I mange situationer har kunderne behov for konsulentassistance med kort varsel
...	...
Deadlines:	Oftentimes har kunderne kritiske deadlines med hensyn til, hvornår en opgave skal være løst. Derfor har det betydning om konsulenten kan levere inden for den givne deadline.

”

SKI har endvidere oplyst, at virksomheden under klagesagen har gennemført en stikprøveundersøgelse vedrørende erfaringer med manglende deltagelse i miniudbud. SKI har i den forbindelse oplyst, at undersøgelsen er gennemført ved kontakt af ”10 vilkårlige kunder, der i 2015 har gennemført 11 miniudbud” på den tidligere rammeaftale 17.13. 9 af de adspurgte har svaret på, hvor mange tilbud de modtog ved miniudbud, heraf 1 kunde, der havde aflyst miniudbuddet, inden modtagelse af tilbud. Resultatet var, at der i gennemsnit blev modtaget 2,9 tilbud pr. miniudbud ud af 10 mulige tilbud. Det laveste antal tilbud var 1 tilbud, mens det højeste antal var 5 tilbud.

Oplysninger om tilgrænsende SKI-rammeaftaler om managementkonsulent-ydelser

Det fremgår af sagen, at SKI har tre overordnede rammeaftaler vedrørende managementkonsulent-ydelser. Det drejer sig om:

- 17.10 Rammeaftalen angår managementkonsulentbistand i form af ”konsulentkøb” / ”bodyshopping” til mindre projekter. Den er opdelt på 5 delaftaler: med hver 8 leverandører. Kundens tildeling sker ved miniudbud på grundlag af CV og pris.
- 17.11 Rammeaftalen angår managementsupportydelser. Den er opdelt på 5 delaftaler 1) strategi og organisationsudvikling, 2) forretningsprocesser og effektivisering, 3) analyser/ evalueringer, 4)

systemer og styring og 5) Human Ressources). Hver delaftale er indgået med 10 leverandører. Kundens tildeling sker ved direkte tildeling. Anvendelse af rammeaftalen er frivillig for SKI's kunder. Aftalen blev udbudt i juni 2015 med en samlet anslået værdi på 400-600 mio. kr. over 2 år.

Til sammenligning hermed den omtvistede aftale:

- 17.13. Den omtvistede aftale. Den er opdelt på 3 rammeaftaler med forventeligt 7 leverandører på hver. Anvendelse af rammeaftalen er frivillig for SKI's kunder. Kundens tildeling sker ved miniudbud på grundlag af projektforslag, CV og pris.

Der er tale om et genudbud af en tidligere rammeaftale fra 2012, der var opdelt i 5 delaftaler med forskellige ydelsesområder, herunder blandt andet Human Ressources, der ikke omfattes af den nyudbudte aftale.

Om forholdet mellem de tre aftaler fremgår på SKI's hjemmeside blandt andet:

”Rammeaftalen [17.13] læner sig tæt op af rammeaftale 17.10 Managementkonsulentbistand og 17.11 Managementsupport i forhold til de ydelser, der er på aftalerne. Men hvor 17.10 dækker konsulentkøb (bodyshopping) til mindre projekter, er 17.13 velegnet til større projekter, hvor du ønsker, at leverandøren byder ind med en løsning på projektet til en fast pris.

I forhold til 17.11 Managementsupport, så byder leverandøren på denne aftale ikke ind med et løsningsforslag på din opgave. Her finder du din leverandør ved direkte tildeling, hvor du evaluerer leverandørerne på, hvem der vil være bedst til at løse din opgave ud fra de metoder, værktøjer og sektorindsigt, som de bød ind med på rammeaftalen. Alle vilkår ligger fast, og prisen afregnes efter medgået tid.

Skal du bruge konsulenter inden for systemer og styring eller human resources, kan du anvende rammeaftale 17.11 Managementsupport og 17.10 Managementkonsulentbistand til dette køb.”

Oplysninger om markedet for managementkonsulenttydelser til det offentlige

Det fremgår af sagen, at DI Videnrådgiverne har opgjort den indenlandske omsætning af managementrådgivning i 2014 til 14,4 mia. kr.

DI Videnrådgiverne har endvidere opgjort, at 65 % af rådgivernes kunder er private kunder, mens gennemsnitligt 35 % af kunderne kommer fra den offentlige sektor.

SKI har på baggrund af disse tal skønnet det samlede årlige offentlige indkøb af managementkonsulenttydelser til 5,2 mia. kr., svarende til 36 % af 14,4 mia. kr.

Struensee & Co har i den forbindelse indhentet en udtalelse fra DI Videnrådgiverne, der efter det foreliggende har oplyst følgende:

”I DI Rådgivernes Brancheanalyse 2015 fremgår det, at omsætningen af managementrådgivertydelser er 17,2 mia. kr. i 2014. Tallet er fra Danmarks Statistik. SKI sammenholder dette tal med et tal for andelen af virksomheder, der sælger til det offentlige marked. Det er ikke korrekt, idet den andel, der sammenlignes med, ikke opgør i forhold til værdi men i forhold til andelen af virksomheder, der sælger til det offentlige marked. Tallet på 5,2 mia. kr. er derfor misvisende.

I beretning til statsrevisorerne om statens brug af konsulenter anføres, at statens brug af konsulenttydelser (ej-it) opgøres til 1,862 mia. kr. Dette er imidlertid ikke alene managementtydelser, men dækker også over rådgivning fra ingeniører og arkitekter, rådgivning fra kommunikationsvirksomheder og markedsanalysevirksomheder mv. En opgørelse fra Finansministeriet (se notatet om Statens brug af konsulenter på Rådgivernes hjemmeside <http://raadgiverne.di.dk/SiteCollectionDocuments/Foreningssites/viden.di.dk/Statens%20brug%20af%20konsulenter%202015.pdf> viser, at staten langt overvejende bruger private rådgivere til udførelsen af specifikke opgaver, hvor den strategiske rådgivning og analysearbejde udgør en mindre del. Strategisk analyse og rådgivning vedr. organisering og overvågning (herunder analysearbejde) – hvor managementtydelser er en del - udgør omkring 25 pct. af statens samlede forbrug af rådgivere (som er på 1,862+1,747 mia. kr. – se rigsrevisionens rapport). Statens forbrug af managementkonsulenttydelser ligger derfor maksimalt på 25 pct. af (1,862+1,747 mia. kr.) – men da der er andre virksomheder end managementkonsulenter, der leverer ydelser vedr. strategisk analyse og rådgivning vedr. organisering og overvågning er dette tal overvurderet.”

Ifølge Rigsrevisionens beretning af juni 2014 til Statsrevisorerne, pkt. 62, køber staten årligt for 1,862 mia. kr. ”Konsulentydelse (ej it)”, mens der bruges 1.747 mia. kr. på ”It-Konsulentydelse”.

Opgøres det årlige statslige indkøb som 25 % af (1,862 mia. kr. + 1,747 mia. kr.), svarer dette til 902 mio. kr. årligt.

Kommissionens Explanatory Note – Framework Agreements – Classic Directive af 14. juli 2005

I Kommissionens Explanatory Note – Framework Agreements – Classic Directive af 14. juli 2005 fremgår blandt andet:

“The limitation of the duration of framework agreements and the competition provisions may help avoid or limit the problems associated with the presence of dominant suppliers. However, this may not be sufficient due to the limits of Community Competition rules. Other initiatives could therefore prove useful, even necessary, e.g. a division into lots of an appropriate size with a prohibition of tendering for all the lots – which could moreover be a useful instrument for promoting the participation of SME’s in public procurement under framework agreements.”

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Struensee & Co har navnlig gjort gældende, at SKI har handlet i strid med bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, idet rammeaftalen usagligt er udbudt med den følge, at den begrænser konkurrencen på området for managementkonsulentydelse til få, meget store konsulenthuse, hvorved rammeaftalen reelt bliver konkurrencebegrænsende. Der må i den forbindelse tillige lægges vægt på, at SKI har gennemført et andet udbud om managementkonsulentydelse (direkte tildeling), som har et identisk ydelsesområde. Dette udbud har en forventet omsætning på 850 mio. kr., og også dette udbud favoriserer de store konsulenthuse. Den nu udbudte rammeaftale har en værdi af 250 mio. kr., og udgør således alene og navnlig sammen med det andet udbud en betragtelig del af markedet af offentlige indkøb af managementkonsulentydelse – potentielt hele markedet. Næsten alle offentlige myndigheder kan benytte rammeaftalen, og den kan derfor på grund af sin horisontale karakter have voldsomme, negative konkurrence-

mæssige virkninger. SKI har som ordregiver derfor pligt til at sikre, at rammeaftalen ikke skaber risiko for dominerende leverandører, samt at rammeaftalens leverandører er sammensat, så det afspejler markedet.

Hensynet til at leverandørerne råder over de nødvendige og tilstrækkelige ressourcer til at betjene SKI's mange kunder, som SKI har henvist til, kunne også opnås ved at tildele kontrakt til flere leverandører end 7. Der må herved lægges vægt på, at de aftaler, der indgås i henhold til en rammeaftale, typisk er af mindre størrelse, idet det ellers bedre kan betale sig for de ordregivende myndigheder at afholde et særskilt udbud. Dermed angår rammeaftalen typisk aftaler, som er særligt interessante for små og mellemstore virksomheder. SKI havde endvidere slet ikke undersøgt, om det var rigtigt, at der tidligere havde været udfordringer med at få tilknyttede leverandører til at byde på alle miniudbud, hvilket er kritisabelt.

Udbuddet er designet, således at der reelt ingen eller kun begrænset konkurrence er i selve tilbudsfasen, da der prækvalificeres 10 virksomheder, hvoraf de 7 tildeles kontrakt. Rammeaftalen tildeles derfor reelt uden en lige og åben konkurrence om, hvem i markedet der har det økonomisk mest fordelagtige tilbud, jf. tillige påstand 2. Dertil kommer, at 70 % af udvælgelseskriterierne, nemlig "Omsætning" og "Produktionskapacitet", er udtryk for, hvor stor virksomheden er, og prækvalifikationen er således reelt alene en bedømmelse af virksomhedernes størrelse, jf. tillige påstand 3. Spredningen i pointtildelingen var ikke lige så stor på det faglige element i evalueringen, som på de kvantitative elementer, så den reelle vægt af de kvantitative elementer har derfor været større end de angivne 70 %. Udbuddet bliver dermed reelt begrænset til en kvalifikationsliste, der består af få, store leverandører, som har den største andel af markedet, uden at dette er sagligt begrundet.

Det bestrides, at konsortiedannelser kan fremme konkurrencen på aftalerne. Det skyldes, at det efter konkurrencereglerne ikke er lovligt at danne konsortier til afgivelse af bud på offentlige opgaver, hvis virksomhederne hver især kunne have budt på opgaven, og da denne betingelse må antages at være tilfældet for de fleste af de konkrete aftaler, der indgås i henhold til den udbudte rammeaftale.

SKI har navnlig gjort gældende, at det omtvistede udbud ikke medfører, at markedet for offentlige managementkonsultentydelse i Danmark hindres,

begrænses eller fordrejes, og SKI har derfor ikke overtrådt bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2. Ordregivende myndigheder har et betydeligt skøn med hensyn til fastlæggelsen af et udbud, og grænserne for dette skøn er ikke overskredet. SKI's fastlæggelse af grundlaget for udbuddet, herunder de fastsatte udvælgelseskriterier, er sket på grundlag af et sagligt skøn baseret på virksomhedens omfattende og mangeårige kendskab til markedet og under hensyntagen til kundernes ønsker og behov. Der er i den forbindelse lagt vægt på SKI's erfaring med, at ikke alle konsulentvirksomheder på en rammeaftale afgiver tilbud under det efterfølgende miniudbud, bl.a. fordi de ikke har kapacitet til at varetage de udbudte opgaver. SKI havde endvidere – selv om virksomheden ikke var forpligtet til dette – foretaget en markedsundersøgelse, der viste, at der ofte er tale om opgaver, der skal løses med kort varsel og med kritiske deadlines. Disse forhold tilsiger således en vis størrelse af virksomhedernes produktionskapacitet. Dertil kommer, at der er tale om tunge rammeaftaler, der kræver økonomisk robusthed. Det var således af hensyn til kundernes forsyningssikkerhed sagligt, at SKI fastsatte, at der skulle lægges vægt på omsætningens størrelse samt produktionskapacitet.

Det er ikke korrekt, at rammeaftalen reserveres til store rådgivningsvirksomheder, idet også små virksomheder kan komme i spil, f.eks. ved på sædvanlig vis at danne konsortier, ved brug af støtteerklæringer eller som underleverandører til større virksomheder. SKI prækvalificerede da også to konsortier af mindre virksomheder. En konsortiedannelse er ikke i sig selv i strid med konkurrencereglerne, hvis fordelene ved samarbejdet overstiger de konkurrencemæssige betænkeligheder, og det er i øvrigt uden betydning for klagesagen, om de konkrete konsortier var lovlige eller ulovlige i henhold til konkurrencereglerne. Små virksomheder har ikke fortrinsstilling efter de udbudsretlige regler, og der gælder ikke en udbudsretlig pligt til at åbne markedet særligt for sådanne virksomheder.

Rammeaftalen omfatter ikke en betragtelig del af markedet – faktisk kun en meget begrænset del. Dertil kommer, at der også må tages hensyn til markedet for managementkonsulenttydelser til private og til hele det europæiske marked, som udbudsreglerne tager afsæt i, og at der er tale om en frivillig rammeaftale, der ikke giver de vindende tilbudsgivere eneret på levering af managementkonsulenttydelser. Rammeaftalen er endvidere – i overensstemmelse med anbefalingerne i Kommissionens Explanatory Notes (2005) – opdelt i 3 delaftaler. Udbuddet må endvidere ses i sammenhæng

med de øvrige rammeaftaler om managementkonsulenttydelser, som SKI har udbudt. Der er tale om i alt 13 ikke forpligtende delaftaler med enten 10 eller 7 leverandører på en forholdsmæssig lille del af markedet.

Udbuddet har ikke medført, at konkurrencen er reduceret til en kvalifikationsliste, idet de prækvalificerede virksomheder efterfølgende konkurrerede om at få tildelt ordren. Rammeaftalen er ikke konkurrencebegrænsende, men styrker derimod konkurrencegrundlaget. De konkrete aftaler vil endvidere blive konkurrenceudsat ved gennemførelse af miniudbud.

Ad påstand 2

Struensee & Co har navnlig gjort gældende, at SKI ikke har prækvalificeret et tilstrækkelig stort antal ansøgere til at sikre en reel konkurrence om rammeaftalen, jf. udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3. Ved begrænsede udbud har lovgiver fastsat et mindste antal på 5 ansøgere ud fra en forudsætning om, at kontrakten kun tildeles én tilbudsgiver. Der må derfor gælde en formodningsregel om, at der skal prækvalificeres minimum 5 gange så mange ansøgere som det forventede antal vindende tilbudsgivere. Da SKI for hver delaftale forventer at tildele kontrakten til 7 tilbudsgivere, burde SKI have prækvalificeret omkring 35 ansøgere til hver delaftale. Da SKI imidlertid kun har prækvalificeret 10 ansøgere til hver delaftale, således at forholdet mellem antallet af prækvalificerede og vindende tilbudsgivere er 10:7, er der ikke skabt en tilstrækkelig reel konkurrence om kontrakten.

SKI har navnlig gjort gældende, at der ved prækvalificering af 10 ansøgere er sikret en reel konkurrence om rammeaftalen, og at SKI således ikke har overtrådt bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3. Da rammeaftalen vil blive tildelt 7 tilbudsgivere, og da der ved tildeling af konkrete opgaver i henhold til rammeaftalen kun vil være én tilbudsgiver, er det rette forhold ikke 10:7, men derimod 10:7:1. Forholdet er fastsat ved et sagligt skøn med henblik på at skabe balance mellem på den ene side hensynet til at sikre en tilstrækkelig konkurrence om rammeaftalen og på den anden side hensynet til ressourceforbruget hos tilbudsgiverne. SKI skønnede herved, at forholdet 10:7:1 var tilstrækkeligt til at sikre et godt konkurrencefelt. Grænserne for dette skøn er ikke overskredet.

Der gælder ikke et krav om, at forholdet skal være minimum 5:1, som anført af Struensee & Co. I relation til udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog er det efter direktivet f.eks. tilstrækkeligt med et forhold på 3:1. Da der ved de efterfølgende miniudbud vil være en konkurrence mellem 7 tilbudsgivere, der blandt andet konkurrerer på pris, vil der herved være en stærk konkurrencesituation. Da det fastsatte forhold således ikke var ulovligt, kan Struensee & Co ikke få medhold i påstanden.

Ad påstand 3

Struensee & Co har navnlig gjort gældende, at SKI har sammenblandet udvælgelseskriterierne, idet kriterierne ”Omsætning” og ”Produktionskapacitet” i realiteten er udtryk for det samme – nemlig hvor mange konsulenter inden for et ydelsesområde ansøgeren har tilknyttet. Selskabet har nærmere anført, at der ved levering af konsulenttydelser typisk afregnes efter, hvor mange timer der leveres, og at en fuldtidsansat konsulent typisk kan levere op til 7 timer om dagen. Omsætningen i en konsulentvirksomhed er dermed afhængig af antallet af konsulenter i virksomheden.

SKI har navnlig gjort gældende, at SKI ikke har overtrådt udbudsreglerne som påstået. Udvalgselskriterierne ”Omsætning” og ”Produktionskapacitet” dækker for det første ikke over det samme forhold, idet en virksomhed godt kan have mange medarbejdere uden at have en høj omsætning. Det omvendte gælder også, da omsætningens størrelse også er afhængig af prisen for den leverede ydelse og den anvendte afregningsform. Udvalgselskriteriet ”Omsætning” belyser navnlig ansøgerens robusthed, mens ”Produktionskapacitet” belyser størrelsens af produktionsapparatet. Det er for det andet ikke i strid med udbudsreglerne at lægge vægt på indbyrdes forbundne forhold, hvilket f.eks. forekommer, hvis der lægges vægt på omsætningen og antallet/størrelsen af referencer. SKI har for det tredje udøvet et sagligt og korrekt skøn, som der ikke er grundlag for at tilsidesætte.

Ad påstand 4

Struensee & Co har navnlig gjort gældende, at SKI har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2 ved at have undladt at anvende hele kriteriet ”Produktionskapacitet”. Dette kriterium omfattede to dele. For det første var det fastsat, at det ville

vægte positivt, at en ansøger har den bedste produktionskapacitet bedømt på antallet af konsulenter. For det andet ville det vægte positivt, at ansøgerne havde den bedste produktionskapacitet bedømt på grundlag af en opgørelse over konsulenternes uddannelsesmæssige kvalifikationer. Det fremgår imidlertid af de begrundelser, som Struensee & Co fik for afslaget på prækvalifikation, at SKI alene havde lagt vægt på størrelsen af produktionskapaciteten, og at der således alene var tale om en kvantitativ afgørelse. Fordelingen mellem de to dele af kriteriet var ikke fastsat i udbudsbekendtgørelsen, og delelementet vedrørende konsulenternes uddannelsesmæssige kvalifikationer burde derfor have vægtet med 50 % af vægten af underkriteriet ”Produktionskapacitet”.

SKI har navnlig gjort gældende, at SKI ved gennemførelsen af prækvalifikationen anvendte udvælgelseskriteriet ”Produktionskapacitet” i overensstemmelse med det, der var fastsat i udbudsbekendtgørelsen som suppleret af de tre spørgsmål, som ansøgerne skulle besvare i ETHICS-systemet. Struensee & Co har da heller ikke godtgjort, at SKI skulle have handlet i strid med dette.

Ad påstand 5

Struensee & Co har navnlig gjort gældende, at SKI har overtrådt udbudsreglerne som anført i påstandene 1-4, og at prækvalifikationsbeslutningen på den baggrund skal annulleres.

SKI har navnlig gjort gældende, at SKI ikke har overtrådt udbudsreglerne som anført i påstandene 1-4, og at prækvalifikationsbeslutningen på den baggrund ikke skal annulleres.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

Efter bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, sidst pkt., må de ordregivende myndigheder ikke ”misbruge rammeaftaler eller anvende dem på en sådan måde, at konkurrencen hindres, begrænses eller fordrejes”. Der er hverken efter ordlyden af denne bestemmelse eller de præambelbetragtninger, der knytter sig til den, grundlag for at udlede en pligt for ordregiverne til at sikre, at rammeaftalens leverandører bliver sammensat,

så de afspejler markedet eller til at sikre, at rammeaftalen ikke skaber risiko for dominerende leverandører.

Hertil kommer, at SKI, der har et vidt skøn ved tilrettelæggelsen af udbudsproceduren og har opdelt kontrakten i 3 delaftaler, prækvalificerede 10 ansøgere til hver delaftale og i den forbindelse blandt andet lagde vægt på ansøgernes omsætning og produktionskapacitet i relation til de efterspurgte ydelser. Dette er objektive, ikke-diskriminerende, saglige og sædvanlige kriterier set i forhold til SKI's ønske om at sikre virksomhedens kunders forsyningssikkerhed, herunder i forhold til opgaver med korte og kritiske deadlines. Små og mellemstore virksomheder, der ønskede at deltage i udbuddet, kunne endvidere på sædvanlig vis i tilsvarende situationer styrke deres ansøgning ved at indgå samarbejder, således som dette også var tilfældet for den fælles ansøgning fra Struensee & Co, Prokura og Agnus og en række andre virksomheder. SKI modtog anmodninger fra 29 ansøgere, fordelt på 17 enkeltstående virksomheder og 12 konsortier, der omfatter i alt 41 virksomheder. Blandt disse prækvalificerede SKI to konsortier bestående af blandt andet mindre virksomheder, og prækvalifikationen har således ikke medført, at rammeaftalen reelt er reserveret til store rådgivningsvirksomheder, selv om den måde, udbuddet er tilrettelagt på, har ført til prækvalifikation af navnlig større virksomheder og derfor efterfølgende indgåelse af kontrakt med samme. Det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at SKI agtede at indgå kontrakt med 7 leverandører for hver delaftale, og at kundernes tildeling af kontrakter i henhold til rammeaftalerne skulle efter udbudsbekendtgørelsen ske ved miniudbud på grundlag af konkurrence om blandt andet pris.

Udbuddet vedrørende den frivillige rammeaftale har herefter ikke i sig selv medført, at konkurrencen er blevet hindret, begrænset eller fordrejet, jf. udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, sidste pkt.

Det, som Struensee & Co i øvrigt har anført, herunder om SKI's rammeaftale 17.11 om managementsupportydelser, kan ikke føre til en anden vurdering.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 2

Kravet i udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3, om, at der skal prækvalificeres mindst 5 ansøgere, er åbenbart opfyldt, idet ordregiver prækvalificerede 10 ansøgere på hver af de 3 delaftaler. Kravet om at antallet af ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud, er tilstrækkelig stort til at sikre reel konkurrence, er desuden opfyldt i forhold til indgåelsen af selve rammeaftalen, også selv om kontrakt indgås med 7 ud af 10 prækvalificerede.

Påstanden tages ikke til følge.

Ad påstand 3 og 4

I klagenævnets delkendelse af 12. januar 2016 fastslog nævnet vedrørende betingelsen om ”fumus boni juris”:

” ...

For så vidt angår påstand 3 bemærker klagenævnet, at der efter det, der i udbudsbetingelserne er anført om indholdet af udvælgelseskriterierne ”Omsætning” og ”Produktionskapacitet”, ikke er grundlag for at anse disse for at være i strid med principperne om ligebehandling eller gennemsigtighed i udbudsdirektivets artikel 2. På det foreliggende, foreløbige grundlag er der herefter ikke udsigt til, at klagen vil blive taget til følge.

For så vidt angår påstand 4 bemærker klagenævnet, at det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at det ved vurderingen af ansøgningerne i relation til udvælgelseskriteriet ”Produktionskapacitet” ville ”vægtes positivt, at ansøgeren har den bedste produktionskapacitet bedømt på grundlag af antallet af konsulenter og opgørelsen over deres uddannelsesmæssige kvalifikationer”. Som kriteriet er formuleret skal der lægges vægt på størrelsen af ansøgernes produktionskapacitet bedømt på det anførte grundlag, hvilket ikke er i strid med det, der er anført i SKI’s e-mail af 20. november 2015. Det kan ikke på det foreløbigt foreliggende grundlag lægges til grund, at SKI skulle have undladt at inddrage de kvantitative oplysninger om konsulenternes uddannelsesmæssige kvalifikationer i denne opgørelse. Der er herefter heller ikke udsigt til, at klagenævnet vil tage denne påstand til følge.

...”

Struensee & Co er ikke siden delkendelsen fremkommet med yderligere anbringender til støtte for disse påstande.

Af de grunde, der er anført i nævnets delkendelse, tager klagenævnet herefter ikke påstandene til følge.

Ad påstand 5

Da klagenævnet ikke har taget påstandene 1-4 til følge, er der heller ikke grundlag for at tage den nedlagte annullationspåstand til følge.

Herefter bestemmes:

Klagen tages ikke til følge.

Struensee & Co. I/S skal betale sagens omkostninger for klagenævnet til Statens og Kommunernes Indkøbsservice med 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelse af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Nikolaj Aarø-Hansen

Genpartens rigtighed bekræftes.

Anne-Mette Schjærning
specialkonsulent