

K E N D E L S E

Atea A/S
(advokat Sebastian Asbjørn Pedersen og advokat Lotte Hummelshøj,
København)

mod

Udenrigsministeriet
(advokat Rasmus Holm Hansen, København)

Intervenient:
TPA Solutions ApS
(advokat Martin Stæhr, Hellerup)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 066-157524 af 31. marts 2020 udbød Udenrigsministeriet som begrænset udbud efter udbudsloven en rammeaftale om kabling og adgangssikring.

Fire virksomheder indgav anmodning om prækvalifikation, og den 6. maj 2020 besluttede Udenrigsministeriet at prækvalificere Telesikring A/S, Atea A/S ("Atea") og TPA Solutions ApS ("TPA").

Atea og TPA afgav tilbud, og den 10. november 2020 besluttede Udenrigsministeriet at indgå kontrakt med TPA. Kontrakt blev herefter indgået den 27. november 2020.

Den 21. december 2020 indgav Atea klage til Klagenævnet for Udbud over Udenrigsministeriet. Klagen har været behandlet skriftligt.

Atea har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Udenrigsministeriet har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, og udbudslovens § 178, stk. 1, jf. stk. 2, ved at frafalde mindstekravet om, at leverandøren i hele rammeaftalens løbetid skal være certificeret el-installatør, certificeret TVO installatørvirksomhed registeret hos F&P og certificeret AIA installatørvirksomhed registeret hos F&P, idet mindstekravet udgør et grundlæggende element.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal erklære Udenrigsministeriets rammeaftale C: Kabling og adgangssikring udbudt ved udbudsbekendtgørelse nr. 2020/S 066-157524 for uden virkning i medfør af klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, og pålægge Udenrigsministeriet en alternativ sanktion i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 18, stk. 2, sammenholdt med § 19.

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

TPA har anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Udenrigsministeriet, hvilket klagenævnet ved brev af 21. januar 2021 har tilladt, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 5.

Sagens nærmere omstændigheder

Tildelingskriteriet var det ”bedste forhold mellem pris og kvalitet” med underkriteriet 1. Pris (45 %) og 2. Kvalitet (55 %) og delkriterierne:

- 1.1 Timepriser og fast vederlag (80 %)
- 1.2 Sortimentspris (20%) (begge ad 1. Pris)
- 2.1 Konsulenternes kompetencer (65 %)
- 2.2 Leverandørernes processer og systemunderstøttelse (25 %)
- 2.3 Sortimentsbredde (10 %) (alle ad 2. Kvalitet)

Af udbudsbekendtgørelsen af 2. april 2020 fremgår bl.a.:

”Del II: Genstand

...

II.2.4) Beskrivelse af udbuddet:

1) Baggrund for rammeaftale

Organisatorisk består ordregiver af selve ministeriet i København samt 103 repræsentationer i udenrigstjenesten. Ordregiver beskæftiger ca. 1350 medarbejdere, hvoraf ca. 850 er placeret i København, mens ca. 500 er placeret i udenrigstjenesten rundt omkring i verden på ordregivers repræsentationer.

Ordregivers organisation omkring kablings og adgangssikring er forankret i 3 faglige områder/afdelinger: IT, BVP og SEK. IT arbejder bl.a. med ordregivers soft- og hardwareløsninger, it-sikkerhed samt netværk, herunder kabling, både i Danmark og på danske repræsentationer i udlandet. BVP arbejder med borgerservice for danskere i udlandet, mens SEK arbejder med sikkerhed både i Danmark og på danske repræsentationer.

2) Udbudte ydelser

A. Teknisk bistand og support

Konsulentbistand omfatter teknisk bistand on-site i forbindelse med bygningstilpasninger, herunder eksempelvis montage af døre og vinduer, samling og opsætning af møbler samt mindre entreprenørlignende arbejder samt opsætning, tilpasning, vedligeholdelse og support af it-installationer, netværksinstallationer, elinstallationer og sikkerhedsinstallationer, herunder eksempelvis ITV, AIA, ADK, aflåsning og låsesystemer, nødstrøm (UPS), biometrioptageudstyr, video- og samtaleanlæg, fysisk skalsikring, perimetersikring, LAN, WLAN og stærkstrøms-forsyning til it-udstyr.

Vedligeholdelsesopgaver omfatter fejlfinding, fejlretning, reparation, opgraderinger, dokumentation og struktureret forebyggende vedligehold. Teknisk bistand og support omfatter også varetagelsen af de nødvendige opgaver, for at videreføre og sikre velfungerende adgange og sikkerhed hos ordregiver og på ordregivers repræsentationer. Ordregiver varetager selv 1. level og i et vist omfang 2. level support. Leverandøren forventes at levere en supportfunktion med 2. og 3. level samt beredskab, som understøtter ordregivers support-funktion.

B. Tilknyttede ydelser

Ud over ovenstående ydelser i punkt A, vil leverandøren også skulle bistå med tilknyttet rådgivning, samarbejdsrelaterede aktiviteter og hypercare. Samarbejdet med ordregivers kontaktperson vil ofte under igangværende

projekter være telefonisk eller digitalt pga. afstand og tidsforskelle, idet konsulentbistanden også omfatter stor rejseaktivitet til ordregivers repræsentationer, hvor leverandøren skal kunne agere som ordregivers repræsentant.

Rammeaftalen omfatter ligeledes køb af materialer til brug og opsætning hos ordregiver, både i form af eksempelvis kameraer, men også i form af kabler mv. til forbindelse og sikring af disse, fra et fuldt produktkatalog, der kan indgå i både leverandørens leverancer og til ordregivers egen opsætning.

Disse ydelser, samt ydelserne i punkt A, skal dokumenteres løbende og fyldestgørende efter anviste retningslinjer.

...

II.2.6) Anslået værdi

Værdi eksklusive moms: 121 060 719.00 DKK

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

Varighed i måneder: 48

Denne kontrakt kan forlænges: nej

...

II.2.11) Oplysninger om optioner

Optioner: ja

Beskrivelse af optioner:

Ordregiver har option på at øge rammeaftalens estimerede mængde med 25 %. Ordregiver kan øge rammeaftalens estimerede mængde 2 gange.

...

Del III: Juridiske, økonomiske, finansielle og tekniske oplysninger

III.1) Betingelser for deltagelse

III.1.2) Økonomisk og finansiell kapacitet

...

Som mindstekrav kræves en samlet årlig omsætning på mindst 100 000 000 DKK pr. år i de tre (3) seneste disponible regnskabsår. Såfremt ansøgeren baserer sig på andre enheders formåen, beregnes omsætningen som ansøgerens og disse andre enheders samlede omsætning i de 3 seneste disponible regnskabsår. Ved en sammenslutning af virksomheder (f.eks. et konsortium) beregnes omsætningen som virksomhedernes samlede omsætning i det seneste disponible regnskabsår. Ordregiver beregner omsætningen ud fra de afgivne oplysninger i de modtagne ESPD, del IV, afsnit B, underpunktet ”Samlet omsætning”. Selvom oplysningerne fremgår af separate ESPD’er, vurderes de således samlet. Som mindstekrav kræves en positiv egenkapital i det seneste disponible regnskabsår.”

Af udbudsbetingelserne fremgår bl.a.:

”6 VEJLEDNING TIL UDARBEJDELSE AF TILBUDSMATERIALE

...

6.2. Vejledning

...

6.2.1 Informationsmøde

Ordregiver afholder informationsmøde om udbudsforretningen på følgende tidspunkt:

17. juni kl. 10-12

Mødet vil blive afholdt hos Udenrigsministeriet, Asiatisk Plads 2, 1448 København. I tilfælde af fortsat begrænsning af forsamlingsfriheden afholdes mødet online.

På mødet vil Ordregiver bl.a. berøre følgende emner:

1. Krav til konditionsmæssighed
2. Frister
3. Opmærksomhedspunkter
 - a) Sikkerhedsgodkendelser
 - b) Indhold og optioner
 - c) Oplysningspligt om behandling af personoplysninger
 - d) Kompetencer
 - e) Kvalitet
 - f) Sortiment.

...

6.3 Tilbuddet indhold og disposition

...

Inden for de nedenfor angivne rammer har tilbudsgiver mulighed for at tage forbehold over for de dele af udbudsmaterialet, der ikke er grundlæggende elementer i udbudsmaterialet eller mindstekrav.

Der kan ikke tages forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet eller mindstekrav.

Ved et forbehold overfor grundlæggende elementer i udbudsmaterialet forstås et forbehold, som kan medføre væsentlig forvrejning af konkurrencen, såfremt forbeholdet tillades. Flere forbehold over for ikke-grundlæggende elementer i udbudsmaterialet kan samlet set medføre, at forbeholdene må anses som grundlæggende.

Et mindstekrav er et krav, der ubetinget skal opfyldes/overholdes, idet fravigelser fra kravet ikke accepteres. Tilbudsgiver skal være opmærksom på, at følgende bilag i sin helhed udgør mindstekrav:

...

- Rammeaftalen
- Bilag 1 Kravspecifikation

...

8 SKRIFTLIGE SPØRGSMÅL

Det er kun tilbudsgivere, der er blevet prækvalificeret, der kan stille skriftlige spørgsmål til udbudsmaterialet. Det bemærkes i den forbindelse, at det udelukkende er tilbudsgivers ansvar at sikre, at tilbuddet er komplet og udformet i overensstemmelse med retningslinjerne i udbudsmaterialet. Derfor er det ofte hensigtsmæssigt, at tilbudsgiver benytter sig af muligheden for at stille spørgsmål. Tilbudsgiver kan dermed afklare eventuelle uklarheder via skriftlige spørgsmål.

...

9 BEHANDLING OG VURDERING AF TILBUD MV.

9.1 Eneleverandøraftale

Tildeling af Rammeaftalen vil ske til den tilbudsgiver, der samlet set har opnået det højeste antal point, og dermed har afgivet det tilbud, der har det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

...

9.6 Kriterier for vurdering af tilbud

...

12. TIDSPLAN FOR UDBUDSFORRETNINGEN

Dato, evt. klokkeslæt	Aktivitet
...	...
3. september 2020, kl. 10.00	Frist for afgivelse af tilbud

”

Af rammeaftalen fremgår bl.a.:

” Udenrigsministeriet

...

og

[...] (navn)
[...] (adresse)
[...] (postnr./by)
[...] (CVR-nr.)
(i det følgende benævnt "Leverandøren")
...

13 UNDERLEVERANDØRER

Dette punkt gælder ikke underleverandører af Materialer.

Til levering af Ydelserne kan Leverandøren ikke uden Kundens skriftlige samtykke gøre brug af andre underleverandører end dem, der fremgår af underbilag 1B. Af underbilag 1B fremgår endvidere hvilke konsulent-ydelser, som de pågældende underleverandører må forestå.

Kunden kan ikke uden saglig grund undlade at give samtykke til anvendelse af en ny underleverandør.

Kunden kan i alle tilfælde rette direkte henvendelse til Leverandøren, selv om Leverandøren helt eller delvist har overladt opfyldelsen af kravene til en eller flere underleverandører.

Leverandørens anvendelse af underleverandører indebærer ingen begrænsning i Leverandørens ansvar for opfyldelse af kravene i Rammeaftalen, herunder kravene til forsikring mv.

Leverandøren hæfter for sine underleverandørers Ydelser på ganske samme måde som for sine egne forhold.

Leverandørens samarbejdspartnere og forhandlere er i Rammeaftalens forstand underleverandører

...

27 FORTOLKNING OG RAMMEAFTALESTYRING

27.1 Fortolkning og forrang

De spørgsmål og tilhørende svar, der har været i tilbudsprocessen, fremgår af bilag 7.

De til Rammeaftalen hørende bilag anses for en integreret del af Rammeaftalen. Henvi sning til Rammeaftalen eller til en bestemmelse heri omfatter også de til Rammeaftalen hørende bilag.

Såfremt der måtte være uoverensstemmelse mellem Rammeaftalens ordlyd og ordlyden af Rammeaftalens bilag, har selve Rammeaftalen forrang

frem for bilagene, hvorfor bestemmelser indeholdt i bilag, som strider mod Rammeaftalens bestemmelser, ikke tillægges retsvirkning.”

Tilbudsgiverne skulle i ”Underbilag 1B” oplyse sine underleverandører til opfyldelse af Rammeaftalen.

Af kravsspecifikationen, der ifølge rammeaftalen er bilag 1 til denne, fremgår bl.a.:

”Vejledning til besvarelse af bilag

...

Nærværende bilag 1 er et mindstekrav i sin helhed. Tilbudsgiver bør sikre sig, at indholdet af besvarelsen af bilaget ikke strider imod grundlæggende elementer i udbudsmaterialet i øvrigt, herunder Rammeaftalen.

...

3 SIKKERHEDSMÆSSIGE KRAV

Netværkssikkerheden i Kundens it-infrastruktur er opbygget i overensstemmelse med Kundens overordnede it-sikkerhedsmæssige politikker jf. bilag 5. Leverandøren vil blive informeret om de konkrete it-sikkerhedsmæssige politikker efter kontraktindgåelse.

Det understreges, at en del af Kundens Repræsentationer er sikkerhedsmæssigt vanskelige steder og der kræves generelt et højt sikringsniveau. Der kræves certificeringer på de opgaveområder, hvor sådanne forefindes i sikkerhedsbranchen.

Leverandøren skal under hele Rammeaftalens løbetid være certificeret:

- El-installatør
- TVO installatørvirksomhed registeret hos F&P
- AIA installatørvirksomhed registeret hos F&P.

Leverandøren, eller dennes underleverandør, skal senest 6 måneder fra kontraktstart og i den resterende del af Rammeaftalens løbetid være certificeret:

- ADK installatørvirksomhed registeret hos F&P
- Mekanisk installatørvirksomhed registeret hos F&P.

Se underbilag 1B for øvrige krav til Leverandørens konsulenter certificeringer og bilag 5 vedr. generelle sikkerhedskrav.”

Af referatet fra informationsmødet den 17. juni 2020 og ”Spørgsmål og svar” fra udbudsprocessen fremgår, at der ikke blev stillet spørgsmål til, hvordan certificeringskravet i kravsspecifikationens pkt. 3 (sikkerhedsmæssige krav) skulle forstås, eller hvordan mindstekravene herom kunne opfyldes.

Efter Udenrigsministeriets beslutning af 10. november 2020 om at tildele kontrakten til TPA, anmodede Atea den 12. november 2020 om aktindsigt i TPA’s tilbud og prækvalifikationsanmodning.

Den 17. november 2020 skrev Atea til Udenrigsministeriet:

”1. Mindstekravet i Kravsspecifikationens afsnit 3 om Sikkerhedsmæssige krav

Idet der henvises til udbudsbetingelsernes pkt. 6.3.2, har UM bestemt, at bl.a. Rammeaftalen og Kravspecifikationen i sin helhed udgør mindstekrav.

Det fremgår af Kravsspecifikationens afsnit 3 om Sikkerhedsmæssige krav bl.a., at ”Det understreges, at en del af Kundens Repræsentationer er sikkerhedsmæssigt vanskelige steder og der kræves generelt et højt sikringsniveau. Der kræves certificeringer på de opgaveområder, hvor sådanne forefindes i sikkerhedsbranchen.

Leverandøren skal under hele Rammeaftalens løbetid være certificeret:

- El-Installatør
- TVO installatørvirksomhed registeret hos F&P
- AIA installatørvirksomhed reoisteret hos F&P.

Leverandøren, eller dennes underleverandør, skal senest 6 måneder fra kontraktstart og i den resterende del af Rammeaftalens løbetid være certificeret:

- ADK installatørvirksomhed registeret hos F&P
- Mekanisk installatørvirksomhed registreret hos F&P.

Det er således et mindstekrav, at TPA, som leverandør, fra denne underskriver Rammeaftalen er certificeret TVO installatørvirksomhed registeret hos F&P og certificeret AIA installatørvirksomhed registeret hos F&P. Dette krav kan ikke opfyldes af eventuelle underleverandører, jf. ordlyden af mindstekravet.

Atea har noteret sig, at TPA på nuværende tidspunkt hverken er registeret som certificeret TVO installatørvirksomhed eller som certificeret AIA

installatørvirksomhed. Der henvises til Sikringsguiden.dk, som indeholder F&P's database over samtlige af landets certificerede TVO installatørvirksomheder og certificerede AIA installatørvirksomheder. TPA fremgår ikke på denne liste.

Atea pointerer i denne forbindelse, at registrering hos F&P som certificeret TVO installatørvirksomhed og certificeret AIA installatørvirksomhed er en langvarig proces, som kræver betydelige kompetencer og dokumentation. Der henvises endnu engang til Sikringsguiden.dk, hvor F&P kort har bekræftet en typisk certificeringsproces således:

”En typisk certificeringsproces

Du skal opbygge din virksomheds eget ISO 9001:2015 kvalitetsledelsessystem, det kan du med fordel gøre i samarbejde med en udbyder af kvalitetsledelsessystemer, således at alle relevante processer sikres indarbejdet i virksomheden.

Herefter skal du årligt foretage intern audit, der enten gennemføres af virksomhedens kvalitetsansvarlige, eller en certificeringsudbyder.

Endelig skal du hvert år, inden for den 3-årige certificeringsperiode, have ekstern audit, der gennemføres af en auditor fra et DANAK akkrediteret certificeringsorganet som gennemgår dit kvalitetsledelsessystem og hvis alt findes i orden vil certificeringsorganet efterfølgende udstede dit certifikat.”

Det bemærkes endvidere, at F&P, SikkerhedsBranchen, TEKNIQ Installatørernes Organisation, Finansrådet og Rigspolitiet sammen har udarbejdet en 7-siders kravspecifikation, der skal anvendes af virksomheder, der vil certificeres bare som AIA-installatørvirksomhed, og som skal indgå i en akkrediteret certificering, der udføres i henhold til gældende ISO 9001 standard.

Det er således Ateas klare synspunkt, at TPA hverken på nuværende tidspunkt overholder, eller indenfor en overskuelig fremtid vil kunne komme til at overholde mindstekravet om, at blive certificeret TVO installatørvirksomhed registeret hos F&P og/eller certificeret AIA installatørvirksomhed registeret hos F&P.

Jeg skal således på vegne Atea anmode om, at UM fremviser dokumentation for, at TPA er certificeret TVO installatørvirksomhed registeret hos F&P og certificeret AIA installatørvirksomhed registeret hos F&P, eller at UM oplyser på hvilket grundlag, UM anser det for sandsynligt, at TPA,

når denne underskriver Rammeaftalen, er certificeret TVO installatørvirksomhed registeret hos F&P og certificeret AIA installatørvirksomhed registeret hos F&P.”

Den 25. november 2020 svarede Udenrigsministeriet bl.a.:

”Udenrigsministeriet har gennemgået udbudsmaterialet og det er ministeriet vurdering, at formulering i Bilag 1, afsnit 3, ikke udelukker, at mindstekravene om, at leverandøren skal være certificeret el-installatør, certificeret TVO installatørvirksomhed registeret hos F&P, samt certificeret AIA installatørvirksomhed registeret hos F&P kan opfyldes ved underleverandører.

Det har aldrig været tiltænkt, at der skulle være begrænsninger i anvendelsen af underleverandøren i forbindelse med udførelse af Rammeaftale C: Kabling og Adgangssikring.

Dette følger direkte af Rammeaftalens punkt 13, hvorefter underleverandører kan anvendes, de skal bare oplistes eller efterfølgende godkendes. Det er endvidere angivet, at: ”Til levering af Ydelserne kan Leverandøren ikke uden Kundens skriftlige samtykke gøre brug af andre underleverandører end dem, der fremgår af underbilag 1B. Af underbilag 1B fremgår endvidere hvilke konsulentydelse, som de pågældende underleverandører må forestå.” ”Ydelser” er i den forbindelse defineret som: ”Ved Ydelser forstås konsulentydelse i form af teknisk bistand og support, herunder tilknyttede ydelser, som Leverandøren skal levere i henhold til Rammeaftalen, jf. bilag 1.”

Da der ikke i underbilag 1B er anført nogen begrænsninger i udførelsen ydelser som underleverandører må forstå, er udgangspunktet derfor, at underleverandører kan anvendes, særligt når der direkte henvises til bilag 1.

Det fremgår videre af Rammeaftalens punkt 27.1, at Rammeaftalen har forrang, derefter har hver bilag indbyrdes lige værdi. Ved konflikt skal Rammeaftalen derfor følges.

Når der videre står ”Leverandøren, eller dennes underleverandør” har formålet være at præcisere, at underleverandører også kan have certificeringerne (altså en uddybning af hovedreglen i Rammeaftalen om, at underleverandører generelt gerne må anvendes). Formålet med formuleringen har derfor ikke været at fastslå, at dette er det eneste sted, underleverandører kan anvendes.

Hvis dette skulle have været formålet, ville det betyde det, at underleverandører ikke kan anvendes nogen andre steder, medmindre de er specifikt nævnt. I den forbindelse er ”underleverandør” ikke nævnt andre steder i bilag 1, hvorfor det stride imod hele opbygningen af Rammeaftalen, hvis muligheden for anvendelse af underleverandører kun kunne ske i forhold til ADK installatørvirksomhed registeret hos F&P samt mekanisk installatørvirksomhed registeret hos F&P.”

Som nævnt indledningsvis indgik Udenrigsministeriet den 27. november 2020 kontrakt med TPA.

Den 28. november 2020 skrev Atea til Udenrigsministeriet:

”...
Vil du oplyse, om TPA nu er certificeret El-installatør, certificeret TVO installatørvirksomhed registreret hos F&P og certificeret AIA installatørvirksomhed registreret hos F&P?
...”

Den 9. december 2020 svarede Udenrigsministeriet samtidig med, at ministeriet besvarede en anmodning om aktindsigt fra Atea i TPA’s tilbud:

”...
Udenrigsministeriet kan oplyse, at den efterspurgte information er offentligt tilgængelig via følgende [link].

Autorisation som elinstallatør oppebæres således af El-Service ApS, Peiter Olsen El A/S og Installatøren A/S.

De efterspurgte certifikater hos Forsikring & Pension oppebæres af De Blå Låsesmede ApS.
...”

Der er fremlagt bl.a. støtteklæringer og ESPD fra Biometric Solutions A/S, De Blå Låsesmede ApS, El-service ApS, Installatøren A/S og Peiter Olsen El A/S, der alle støtter TPA med deres økonomiske, finansielle, tekniske og faglige formåen. Af alle fem ESPD’er fremgår under ”a) Angiv den økonomiske aktørs rolle i gruppen (leder, ansvarlig for specifikke opgaver osv.)”:

”Støttende underleverandør”

Under alle fem ESPD’er fremgår endvidere:

”b) Angiv de øvrige økonomiske aktører, der sammen deltager i udbuds-proceduren”:

TPA Solutions ApS samt støttende underleverandører: [Biometric Solutions A/S, De Blå Låsesmede ApS, El-Service ApS, Installatøren A/S, Peiter Olsen El A/S]
 ...”

Atea har fremlagt et udskrift af listen over samtlige af landets certificerede TVO og AIA installatørvirksomheder hos F&P. TPA fremgår ikke af denne liste. Atea og den tredje prækvalificerede virksomhed, Telesikring A/S, fremgår af listen.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Atea har gjort gældende, at mindstekravet om certificering som el-installatør og certificeret TVO og AIA installatørvirksomhed registreret hos F&P alene kan og skal opfyldes af leverandøren. Ved at Udenrigsministeriet har frafaldet mindstekravet, har ministeriet foretaget en ændring af et grundlæggende element i rammeaftalen, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, uden at gennemføre en ny udbudsprocedure, hvilket er i strid med lovens § 178, stk. 1.

Atea har nærmere anført, at der under kravsspecifikationens pkt. 3 ”Sikkerhedsmæssige krav” skelnes klart mellem mindstekrav, der *skal* opfyldes af *leverandøren* og mindstekrav, der skal opfyldes af *enten* leverandøren *eller* dennes underleverandører. Som mindstekravet er formuleret, hvor leverandøren er angivet alene i første del af mindstekravet, og der i den følgende del af mindstekravet klart er markeret en forskel i pligtsubjekterne, må det lægges til grund, at mindstekravet om, at leverandøren under rammeaftalens løbetid skal være certificeret el-installatør og certificeret TVO og AIA installatørvirksomhed registreret hos F&P, alene kan og skal opfyldes af leverandøren.

Som det fremgår af listen fra Sikringsguiden.dk over samtlige af landets certificerede TVO og AIA installatørvirksomheder, er TPA hverken certificeret TVO eller certificeret AIA installatørvirksomhed. Det er også bekræftet af Udenrigsministeriet ved brev af 9. december 2020.

TPA har i sit tilbud udtrykkeligt oplyst, at Biometric Solutions A/S, De Blå Låsesmede ApS, El-Service ApS, Installatøren A/S og Peiter Olsen El A/S er underleverandører, men som mindstekravet er formuleret, kan disse virksomheder ikke opfylde mindstekravet på vegne af TPA.

Ved at Udenrigsministeriet har indgået rammeaftale med TPA, selvom ministeriet har været vidende om, at TPA ikke opfylder mindstekravet om de relevante certificeringer, og nu har tilkendegivet, at mindstekravet også kan opfyldes af underleverandørerne, har Udenrigsministeriet de facto frafaldet og ændret mindstekravet og dermed ændret den udbudte rammeaftale.

Det følger af klagenævnets faste praksis, at det er ordregiver, der bærer risikoen for uklarheder i udbudsmaterialet, jf. herved bl.a. klagenævnets kendelse af 28. august 2019, Knud Erik Heissel A/S mod Sønderborg Affald A/S.

En ændring af en rammeaftale anses for at være en ændring af grundlæggende elementer, når den bevirker, at rammeaftalens karakter er væsentligt forskellig fra den oprindelige kontrakt. Såfremt andet ikke følger af udbudslovens §§ 179-183, anses en ændring altid for at være en ændring af grundlæggende elementer, når ordregiveren indfører betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte, giver mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede eller ville have tiltrukket yderligere deltagere til udbudsproceduren.

Registrering hos F&P som certificeret TVO installatørvirksomhed og certificeret AIA installatørvirksomhed er en langvarig proces, som kræver betydelige kompetencer og dokumentation.

Det kan tage op til et år og i visse tilfælde længere tid at blive certificeret el-installatør, certificeret TVO og AIA installatørvirksomhed registeret hos F&P. Der er derfor tale om et mindstekrav, som både økonomisk og tidsmæssigt er meget byrdefuldt. Udbudsbekendtgørelsen er offentliggjort den 2. april 2020, og tilbudsfristen var fastsat til den 3. september 2020. En periode på fem måneder betyder, at det ikke ville være muligt for potentielle tilbudsgivere at opnå de krævede certificeringer inden afgivelse af tilbud. Kredsen af tilbudsgivere ville derfor have været større, hvis mindstekravet ikke havde påhvilet leverandøren alene. Udenrigsministeriets frafald/ændring af mindstekravet og dermed ændring af kontrakten må på den baggrund antages at ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte og

givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede. Det ville højst sandsynligt have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren, jf. ordlyden af udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1, hvilket også understøttes af, at alene to tilbudsgivere afgav tilbud.

Atea har ikke bestridt, at der kan anvendes underleverandører på samtlige ydelser omfattet af rammeaftalen, men det er et mindstekrav, at leverandøren selv i rammeaftalens løbetid skal være certificeret el-installatør og certificeret TVO og AIA installatørvirksomhed registreret hos F&P. Der kan være mange grunde til at fastsætte et sådant mindstekrav, fx at sikre den nødvendige faglighed med hensyn til levering af ydelserne. Det er også i tråd med det anførte i kravsspecifikationens pkt. 3. "Sikkerhed" er således et væsentligt parameter for Udenrigsministeriet og er udtryk for et behov for at sikre, at de påkrævede kvalifikationer er til stede i hele rammeaftalens løbetid, hvor alene leverandøren er forpligtet over for Udenrigsministeriet. I praksis vil Udenrigsministeriet ikke være sikret, at det pågældende mindstekrav er opfyldt i hele rammeaftalens løbetid, hvis ikke leverandøren selv har de påkrævede certificeringer. En underleverandør vil eksempelvis kunne udgå som følge af konkurs, hvorefter mindstekravet ikke vil være opfyldt, før en ny er fundet. Udenrigsministeriet er heller ikke sikret samme minimum af økonomisk kapacitet hos underleverandører, som ministeriet er sikret hos leverandøren, jf. herved Udenrigsministeriets egnethedskrav til økonomisk og finansiel kapacitet.

Det har ikke været uklart for ansøgerne/tilbudsgiverne, at Udenrigsministeriet har fastsat det som et ufravigeligt mindstekrav, at leverandøren selv i rammeaftalens løbetid skal være certificeret el-installatør og certificeret TVO og AIA installatørvirksomhed registreret hos F&P. Både Atea og den tredje prækvalificerede virksomhed, Telesikring A/S, opfyldte samtlige certificeringer. Idet forholdet ikke har været uklart, har det heller ikke under udbudsprocessen givet anledning til spørgsmål.

Udenrigsministeriet er strengt forpligtet til at overholde de kriterier, ministeriet selv har fastsat, jf. herved EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013, Manova A/S. Dette princip gælder også, selvom kravet ikke følger af lov, men af udbudsmaterialet.

Atea har til støtte for det anførte henvist til præambelbetragtning nr. 107 til Europaparlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om

offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om udbudsreglerne, til praksis fra det norske klagenævn (KOFA) og til bl.a. klagenævnets kendelse af 19. maj 2020, Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik, og kendelse af 27. oktober 2020, Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen mod FynBus, Sydtrafik & Midttrafik.

Udenrigsministeriet har gjort gældende, at ministeriet ikke har frafaldet et mindstekrav om, at leverandøren skal være certificeret el-installatør samt certificeret TVO og AIA installatørvirksomhed registreret hos F&P, idet et sådant ikke har været fastsat.

Udenrigsministeriet har nærmere anført, at Ateas påstand forudsætter, at de sikkerhedsmæssige autorisations- og certificeringskrav i kravsspecifikationens pkt. 3 skal forstås sådan, at de ikke kan opfyldes ved brug af underleverandører. Der er ikke grundlag for at anlægge en sådan indskrænkende fortolkning, og alle krav i kontrakten kan opfyldes ved brug af underleverandører.

Autorisations- og certificeringskravene er fastsat for at sikre den nødvendige faglighed med hensyn til de ydelser, som er omfattet af rammeaftalen. I rammeaftalen eller i bilag 1B er der ikke anført begrænsninger med hensyn til, hvilke ydelser underleverandører må forestå. Udgangspunktet er derfor, at underleverandører kan anvendes til at udføre alle de ydelser, som er omfattet af rammeaftalen.

Udenrigsministeriet har flere steder i udbudsmaterialet eksplicit anført, at ydelserne kan leveres af underleverandørerne, selvom det reelt ikke var nødvendigt, da det gælder for alle ydelser. Udenrigsministeriet har bestridt, at tilbudsgiverne derved kan slutte modsætningsvis, sådan at de øvrige dele af det pågældende mindstekrav nødvendigvis skal opfyldes af leverandøren selv i strid med det generelle princip i rammeaftalen med bilag, herunder bilag 1B. De sikkerhedsmæssige mindstekrav til autorisation og certificering skal fortolkes i overensstemmelse med det samlede udbudsmateriale i sin helhed. Mindstekravene til el-installatør, TVO certificering og AIA certificering hos F&P må i lighed med de to øvrige certificeringskrav – ADK installatørvirksomhed registeret hos F&P og mekanisk installatørvirksomhed registeret

hos F&P og alle andre krav i rammeaftalen og de dertil hørende bilag, opfyldes ved, at leverandøren selv opfylder mindstekravet eller ved, at en eller flere af leverandørens tilbudte underleverandører opfylder mindstekravet.

Formålet med formuleringen "[...] eller dennes underleverandør" i kravspecifikationens pkt. 3 har ikke været at begrænse leverandørens mulighed for brug af underleverandører på andre områder. Skulle det have været formålet, ville det betyde, at underleverandører ikke kan anvendes nogen andre steder, medmindre de er specifikt nævnt. Det ville stride mod opbygningen af rammeaftalen, hvis muligheden for anvendelse af underleverandører kun var til stede med hensyn til ADK installatørvirksomhed samt mekanisk installatørvirksomhed registeret hos F&P. Rammeaftalen er opbygget sådan, at det står leverandøren frit for at gøre brug af underleverandører.

Der er hverken i mindstekravet eller i udbudsmaterialets beskrivelse af leverandørens mulighed for at bruge underleverandører holdepunkter for den fortolkning af mindstekravet, Atea gør gældende. Det understøttes af udbuddets beskaffenhed, hvoraf det tydeligt fremgår, at samtlige af de udbudte ydelser kan udføres af en eller flere godkendte underleverandører, jf. eksempelvis rammeaftalens pkt. 13. Der står heller ikke i underbilag 1B, at der er ydelser, der kun kan udføres af leverandøren selv. Det fremgår imidlertid af rammeaftalens pkt. 27.1, at rammeaftalen har forrang, således at det ved en konflikt er rammeaftalen, der skal følges. Af rammeaftalen fremgår det, at underleverandører generelt kan anvendes til udførelse af de i rammeaftalen omfattede ydelser, herunder opfyldelsen af kravene i rammeaftalen. Mindstekravet om el-installatør autorisation og certificeret TVO og AIA installatørvirksomhed hos F&P er ikke vigtigere end de to øvrige certificeringskrav i pkt. 3. Det harmonerer derfor ikke med de øvrige krav om autorisation og certificering eller med krav i udbudsmaterialet i øvrigt, at det alene skulle være leverandøren, som skal have el-installatør autorisation og være certificeret TVO og AIA installatørvirksomhed hos F&P.

Udenrigsministeriet er sikret de krævede autorisations- og certificeringskrav i 6 måneder fra kontraktstart og under hele rammeaftalens løbetid. Leverandøren vil ikke kunne udskifte en underleverandør, som ikke oppebærer en eller flere af de påkrævede autorisations- og certificeringskrav, hvis leverandøren ikke selv oppebærer disse. Leverandøren bærer som kontraktpart ansvaret for, at der kan leveres i overensstemmelse med kontraktens krav. Den

situation, hvor en underleverandør går konkurs, og leverandøren ikke selv har de påkrævede certificeringer, er ikke en udbudsretlig problemstilling.

Der er mange virksomheder, der er certificeret som TVO og AIA installatørvirksomheder hos F&P. Næsten 70 virksomheder i hovedstadsområdet oppebærer de to certifikater. Certificeringskravene kan derfor allerede af denne grund ikke anses for egnede til at afholde potentielle tilbudsgivere fra at afgive tilbud på rammeaftalen.

For det tilfælde at klagenævnet måtte lægge til grund, at autorisations- og certificeringskravet kan forstås som påstået af Atea, har Udenrigsministeriet gjort gældende, at det som minimum har været uklart ud fra formuleringen i kravspecifikationens pkt. 3, om dette kan opfyldes af en underleverandør i tråd med det resterende materiale. Udenrigsministeriet vil derfor næppe kunne håndhæve mindstekravet over for TPA under kontraktopfølgningen, og også af den grund giver det ikke mening at tale om, at mindstekravet er frafaldet. Det er ordregiver, der bærer risikoen for uklarheder i udbudsmaterialet, og disse kan ikke fortolkes til skade for tilbudsgiverne under kontraktopfølgningen, jf. herved klagenævnets kendelse af 15. februar 2018, Rengoring.com A/S mod Fredensborg Kommune.

Ad påstand 2

Atea har gjort gældende, at klagenævnet under henvisning til det, der er anført ad påstand 1, skal erklære rammeaftalen for uden virkning i medfør af klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, og pålægge Udenrigsministeriet en alternativ sanktion i medfør af lovens § 18, stk. 2, sammenholdt med § 19.

Atea har endvidere anført, at betingelserne i lovens § 17, stk. 3, for at opretholde kontrakten ikke er til stede. Ydelserne angår ikke væsentlige hensyn til almenhedens interesser.

Atea har i øvrigt anført, at der ikke er nedlagt påstand om annulation, fordi Udenrigsministeriet ved ikke at håndhæve mindstekravet om certificering af leverandøren, TPA, har foretaget en væsentlig ændring af kontrakten uden genudbud. Det er derfor korrekt at påstå uden virkning, også selvom der kunne have været nedlagt andre påstande. Derfor er der heller ikke grundlag for ministeriets anbringende om, at klagefristernes formål fortabes. Situationen i den foreliggende sag kan sammenlignes med situationen i klagenævnets

kendelse af 19. maj 2020, Alsvognen I/S mod Fynsbus m.fl., samt klagenævnets kendelse af 27. oktober 2020, Øens Taxa mod FynBus m.fl. Her blev et kontraktvilkår frafaldet, hvilket var en ændring i strid med forsyningsvirksomhedsdirektivet. Den processuelle fremgangsmåde i den foreliggende sag er den samme som i de nævnte sager.

Atea har endvidere henvist til KOFA's afgørelse af 30. juni 2015. I sagen udtalte det norske klagenævn, at indklagede havde en klar opfordring til at afdække, om den valgte leverandør udførte ydelserne i overensstemmelse med kontrakten. Klagenævnet fandt endvidere, at ordregiverens manglende håndhævelse af kontrakten udgjorde en væsentlig ændring, som indebar en ulovlig direkte anskaffelse.

Atea gjorde allerede den 17. november 2020 ministeriet opmærksom på TPA's manglende overholdelse af mindstekravet, og den manglende håndhævelse af kravet udgør således som nævnt, og som det fremgår af praksis, en væsentlig ændring af kontrakten.

Udenrigsministeriet har gjort gældende, at ministeriet ikke har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, samt udbudslovens § 178, stk. 1, jf. stk. 2, og at der derfor ikke er grundlag for at erklære rammeaftalen mellem TPA og Udenrigsministeriet for uden virkning.

For det tilfælde, at klagenævnet giver Atea medhold i den nedlagte påstand 1 og dermed erklærer rammeaftalen for uden virkning, har Udenrigsministeriet gjort gældende, at den økonomiske sanktion i medfør af lov om Klagenævnet for Udbuds § 19, stk. 1-3, jf. § 18, stk. 2, alene skal beregnes på baggrund af den faktiske værdi af rammeaftalen, da rammeaftalen hverken giver leverandøren krav på eller garanti for tildeling af et bestemt antal konkrete opgaver. Endvidere skal rammeaftalens optioner på at øge rammeaftalens estimerede mængde med 25 % ad to gange ikke indgå i beregningen af rammeaftalens værdi, da optionerne på nuværende tidspunkt ikke er udnyttet, jf. herved forarbejderne til § 19 samt den udbudsretlige litteratur.

Udenrigsministeriet har ikke haft anledning til at offentliggøre en profylaksebekendtgørelse, idet kontrakten er indgået på baggrund af et begrænset udbud. Ministeriet er ikke enig i Ateas forståelse af mindstekravet om certificering og har heller ikke i forløbet ændret opfattelse af kravet.

Atea har ikke nedlagt påstand om annullation inden udløbet af den fastsatte klagefrist. En tilbudsgiver kan i denne situation ikke vælge *ikke* at klage over tildelingsbeslutningen og i øvrigt påstå uden virkning med henvisning til ændringsreglerne. I modsat fald ville formålet med klagefristerne fortabes, og området for uden virkning ville blive udvidet markant og ud over det, der er forudsat ved klagenævnslovens § 17. Det gælder særligt, hvor tilbudsgiveren – som i Ateas tilfælde – problematiserer opfyldelsen af mindstekravet umiddelbart efter meddelelsen af tildelingsbeslutningen og inden for standstill-perioden.

Klagenævnet udtaler:

Ad påstand 1

I kravspecifikationens pkt. 3 er som sikkerhedsmæssige mindstekrav fastsat:

”[1. led] Leverandøren skal under hele Rammeaftalens løbetid være certificeret:

- El-installatør
- TVO installatørvirksomhed registeret hos F&P
- AIA installatørvirksomhed registeret hos F&P.

[2. led] Leverandøren, eller dennes underleverandør, skal senest 6 måneder fra kontraktstart og i den resterende del af Rammeaftalens løbetid være certificeret:

- ADK installatørvirksomhed registeret hos F&P
- Mekanisk installatørvirksomhed registeret hos F&P.”

Udenrigsministeriet har dermed valgt at fastsætte særskilte krav dels til leverandøren, jf. pkt. 3, 1. led, dels til leverandøren eller dennes underleverandør, jf. pkt. 3, 2. led.

Efter ordlyden må det lægges til grund, at kravet i 1. led retter sig mod selve leverandøren og dennes virksomhed. Kravet kan ikke opfyldes ved, at alene underleverandør(er) opfylder certificeringskravene.

Det ændrer ikke herved, at leverandøren har mulighed for at anvende underleverandører, og at disse skal leve op til en række krav i udbudsmaterialet.

Pkt. 3, 1. led, regulerer, herunder begrænser, ikke adgangen til at bruge underleverandører. Bestemmelsen fastsætter alene specifikke krav til leverandørens egne kvalifikationer og strider derfor ikke mod rammeaftalen og reglerne om adgang til at bruge underleverandører.

Det lægges herefter til grund, at der med bestemmelsen i kravspecifikationens pkt. 3, 1. led, klart og utvetydigt er fastsat som mindstekrav, at leverandøren i hele rammeaftalens løbetid selv skal være certificeret el-installatør, TVO installatørvirksomhed registreret hos F&P og AIA installatørvirksomhed registreret hos F&P.

Det forhold, at Udenrigsministeriet har haft en anden forståelse og finder kravet uhensigtsmæssigt, ændrer ikke herved, jf. også præmis 40 i EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013, Manova A/S, hvorefter det ”påhviler den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat.”

Udenrigsministeriet har på den baggrund handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, ved at tildele kontrakten til TPA Solutions ApS, uanset at virksomheden ikke opfyldte mindstekravet om certificering. Virksomhedens tilbud var derfor ukonditionsmæssigt og skulle have været afvist.

Atea A/S har gjort gældende, at Udenrigsministeriet har frafaldet mindstekravet, og at ændringsreglerne derfor finder anvendelse.

Ikke enhver tvist vedrørende forståelsen af et mindstekrav, som ikke falder ud til ordregiverens fordel, indebærer, at mindstekravet kan anses for ændret eller frafaldet.

I det foreliggende tilfælde har Udenrigsministeriet anvendt udbudsbetingelserne forkert i en situation, hvor der mellem Atea A/S og ministeriet har været en reel tvist om forståelsen og anvendelsen af mindstekravet, herunder også i lyset af den kontekst, som mindstekravet indgår i.

Derimod kan det ikke lægges til grund, at Udenrigsministeriet på nuværende tidspunkt har frafaldet mindstekravet og dermed ændret udbudsbetingelserne.

Den del af påstanden, der angår udbudslovens § 178, tages derfor ikke til følge.

Påstand 1 tager herefter til følge som nedenfor bestemt.

Ad påstand 2

Under hensyn til det, der er anført ad påstand 1, er der ikke grundlag for at erklære kontrakten for uden virkning og pålægge en alternativ sanktion.

Atea A/S har ikke nedlagt påstand om annullation af tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet kan derfor ikke træffe bestemmelse om annullation, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 1, 2. pkt., med den virkning, at kontrakten skal bringes til ophør, jf. udbudslovens § 185, stk. 2.

Imidlertid har klagenævnet nu fastslået, hvorledes mindstekravet om certificering af leverandøren skal forstås.

Hvis Udenrigsministeriet herefter måtte undlade at håndhæve mindstekravet i overensstemmelse med, hvordan det rettelig skal forstås, vil dette efter omstændighederne kunne indebære, at ministeriet må anses for at have frafaldet kravet og dermed foretaget en ændring omfattet af udbudslovens § 178.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 1

Udenrigsministeriet har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1, ved ikke at afvise tilbuddet fra TPA Solutions ApS som ukonditions-mæssigt, selvom virksomheden ikke opfyldte mindstekravet om, at leverandøren under hele rammeaftalens løbetid skal være certificeret el-installatør, certificeret TVO installatørvirksomhed registeret hos F&P og certificeret AIA installatørvirksomhed registeret hos F&P.

Påstand 2 tages ikke til følge.

Udenrigsministeriet skal i sagsomkostninger til Atea A/S betale 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Michael Ellehauge

Genpartens rigtighed bekræftes.

Tanja Bøtker Lindgren
specialkonsulent