

K E N D E L S E

Staples Denmark ApS  
(advokat Majse Jarlov, Hellerup)

mod

Aalborg Kommune  
Brønderslev Kommune  
Læsø Kommune  
Nordjyllands Beredskab I/S og  
Nordjyllandsværket A/S  
(advokat Thomas Thorup Larsen og  
advokat Maria Haugaard, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2016/S 086-151685 af 28. april 2016, offentliggjort den 3. maj 2016, udbød Aalborg Kommune, Brønderslev Kommune, Læsø Kommune, Nordjyllands Beredskab I/S og Nordjyllandsværket A/S som offentligt udbud efter direktiv 2004/24/EU en rammeaftale med én leverandør om levering af kontorartikler og skoleartikler. Rammeaftalen var opdelt i 2 delaftaler, delkontrakt 1 om kontorartikler og delkontrakt 2 om skoleartikler. Der kunne afgives tilbud på en eller begge delaftaler. Delkontrakternes varighed var 24 måneder med mulighed for forlængelse. Delkontrakternes værdi blev anslået til henholdsvis 4.600.000 kr. og 200.000 kr.

Tildelingskriteriet var ”bedste forhold mellem pris og kvalitet”. For delaftale 1 var fastsat underkriterierne ”Pris”, ”Kvalitet og funktion” og ”Sortiment”, der vægtedes henholdsvis 40 %, 50 % og 10 %.

Tilbudsfristen var fastsat til den 6. juni 2016, og rammeaftalen forventedes at træde i kraft 15. juli 2016. Aalborg Kommune var den udbudsansvarlige myndighed.

Ved tilbudsfristens udløb havde Staples Denmark ApS (i det følgende Staples), Lyreco Danmark A/S (i det følgende Lyreco) og 2 andre virksomheder afgivet tilbud. Efter evaluering af tilbuddene meddelte Aalborg Kommune den 19. august 2016, at rammeaftalen på delaftale 1 var tildelt Staples, som kommunen ville indgå kontrakt med, hvis der ikke indkom klager i standstill-perioden.

Der blev ikke klaget over udbuddet, men den 12. september 2016 annullerede Aalborg Kommune udbuddet af delaftale 1. Det er oplyst, at Lyreco, der hidtil havde haft kontrakten, havde varslet en klagesag i anledning af tildelingsbeslutningen.

Aalborg Kommune (og Brønderslev Kommune) havde første gang indgået kontrakt om levering af kontorartikler med Lyreco den 26. juli 2011 efter udbud. Kontrakten var 2-årig og løb fra 1. september 2011. Kontrakten var uden udbud blevet forlænget med et år den 21. marts 2013 fra 1. september 2013 (første forlængelse), og blev uden udbud forlænget med et år den 18. august 2014 med virkning fra 1. september 2014 (anden forlængelse). Den 25. august 2015 blev kontrakten på ny forlænget uden udbud med et år til udløb den 31. august 2016 (tredje forlængelse).

Den 3. oktober 2016 forlængede Aalborg Kommune igen kontrakten uden udbud med virkning fra 1. september 2016 til udløb den 31. januar 2017 (fjerde forlængelse). I modsætning til de tidligere forlængelser blev kontraktens priser justeret. Samme dag - den 3. oktober 2016 - indgav Staples klage til Klagenævnet for Udbud over annullationen af udbuddet af 28. april 2016.

Parterne kommenterede nogle spørgsmål, som klagenævnet havde stillet, i supplerende processkrifter af 12. marts 2018 og 25. april 2018. Klagenævnets henvendelse medførte, at Staples nedlagde nye endelige påstande.

### Påstande

Staples endelige påstande er følgende:

#### Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Aalborg Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved i september 2016 at have aflyst et offentligt EU-udbud af delaftale 1 vedrørende en rammeaftale om kontorartikler på et usagligt grundlag.

#### Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Aalborg Kommune har handlet i strid med udbudslovens § 171, stk. 1, samt udbudslovens § 171, stk. 6, ved at give en mangelfuld og utilstrækkelig begrundelse for sin annullation af udbuddet af delaftale 1.

#### Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Aalborg Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at have indgået kontraktforlængelser med Lyreco Danmark A/S vedrørende levering af kontorartikler uden gennemførelse af et forudgående EU-udbud.

#### Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal erklære Aalborg Kommunes indgåede kontraktforlængelser med Lyreco Danmark A/S vedrørende levering af kontorartikler m.m. for uden virkning i medfør af Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1, nr. 1, samt pålægge Aalborg Kommune en økonomisk sanktion i medfør af Lov om Klagenævnet for Udbud § 18, stk. 2, nr. 2.

Aalborg Kommune m.fl. har påstået, at Staples' påstande ikke tages til følge.

### Sagens nærmere omstændigheder

Lyreco's kontrakt med Aalborg Kommune (og Brønderslev Kommune) om levering af kontorartikler blev første gang udbudt af Aalborg Kommune (og Brønderslev Kommune) som en 2-årig rammeaftale ved udbudsbekendtgørelse af 18. marts 2011. Kontrakten skulle træde i kraft 1. juli 2011 med udløb 30. juni 2013. Aalborg Kommune indgik imidlertid først den 26. juli 2011 kontrakten med Lyreco med virkning fra 1. september 2011 til 31. august 2013. Af en intern protokol hos Aalborg Kommune fremgår, at begyndelsestidspunktet for rammeaftalen var blevet udskudt til 1. september, da "der stadig manglede noget dokumentation", og den hidtidige rammeaftale, der var indgået med Redoffice, blev forlænget med 2 måneder til udløb med udgangen af august 2011.

Rammeaftalen med Lyreco blev den 21. marts 2013 forlænget med ét år til udløb den 31. august 2014 (den første forlængelse) og den 18. august 2014 til udløb den 31. august 2015 på uændrede vilkår (den anden forlængelse). Den 25. august 2015 blev kontrakten (uden udbud) forlænget på uændrede vilkår "indtil kontraktstart på nyt udbud, dog senest den 31. august 2016" (den tredje forlængelse).

En ny rammeaftale blev udbudt ved udbudsbekendtgørelse af 23. december 2015, men dette udbud blev annulleret den 20. januar 2016 "på baggrund af en politisk beslutning". Rammeaftalen blev genudbudt (andet udbud) ved udbudsbekendtgørelse 2016/S 031-049747 af 11. februar 2016, men Aalborg Kommune annullerede den 13. april 2016 udbuddet, da kommunen efter en gennemgang af vareprøverne ikke havde fundet nogen af de modtagne tilbud konditionsmæssige.

Rammeaftalen blev på ny udbudt den 28. april 2016 (tredje udbud), offentliggjort den 3. maj 2016. De ordregivende myndigheder er anført som Aalborg, Brønderslev og Læsø kommuner, Nordjyllands Beredskab I/S og Nordjyllandsværket A/S. Det er dette udbud, der er genstand for klagen. Udbudsbetingelserne, der blandt andet omfattede en kravspecifikation og en tilbudsliste, indeholdt en nærmere beskrivelse af den evalueringsmetode, der ville blive anvendt ved evalueringen i forhold til underkriterierne "pris", "kvalitet og funktion" og "sortiment".

”Prisen” ville blive evalueret relativt ud fra en lineær pointmodel fra 0 – 10 point. Laveste tilbudspris ville blive tildelt 10 point. En pris, der svarede til laveste tilbudspris plus 50 %, ville blive tildelt 0 point. Øvrige tilbudspriser ville blive tildelt point ud fra en lineær interpolation mellem disse yderpunkter. Der er redegjort for alternative modeller, såfremt der blev modtaget tilbudspriser, der var højere end laveste tilbudspris plus henholdsvis 100 og 200 %.

I beskrivelsen af evalueringen i relation til underkriteriet ”Kvalitet og funktion” hedder det:

” ...

- Underkriteriet ”kvalitet og funktion” vil blive vurderet på baggrund af Tilbudsgivers fremsendte vareprøver.
- Vurderingen af kvalitet og funktionalitet vurderes af ordregivers brugergruppe
- Kontorartikler: produkterne skal være af en god og solid kvalitet.  
...”

Ved evalueringen i relation til underkriterierne ”Kvalitet og funktionalitet” og ”Sortiment” ville der blive anvendt en absolut model med en pointskala fra 0 – 10. Om pointmodellen for ”Kvalitet og funktionalitet” hedder det:

”Tilbuddene evalueres således efter en absolut model pr. vareprøve, hvor

- 0 opfylder kun netop forudsætningerne for at være konditions-mæssig
- 1 opfylder underkriteriet med ingen eller ganske få og relativt ubetydelige positive forhold
- ...
- 10 opfylder fuldt ud underkriteriet i alle henseender”

Som bilag 1.1. til rammeaftalen findes en kravspecifikation, hvori det blandt andet hedder:

”Nærværende bilag omhandler Ordregivers generelle krav og eventuelle overordnede krav til de enkelte produktgrupper. Krav der alene vedrører det specifikke produkt fremgår af Rammeaftalebilag 1.2 Tilbudsliste Varebetegnelse, der således er at betragte som en integreret del af den

samlede kravspecifikation.

...

Udbudsmaterialet anvender følgende terminologi omkring

- Mindstekrav:
  - Krav, som skal opfyldes for at deltage i konkurrencen.
  - Såfremt blot ét mindstekrav ikke er opfyldt, er tilbuddet ikke konditionsmæssigt og ordregiver er forpligtet til at afvise tilbuddet som ikke-konditionsmæssigt.
  - ...
  - Tilbudsgiverens garantere ved afgivelse af tilbud at samtlige mindstekrav kan opfyldes

Hvis de stillede mindstekrav ikke er opfyldt for de tilbudte varer, eller Tilbudsgiver opgiver ukorrekte oplysninger, betragtes tilbuddet som ikke-konditionsmæssig.

...

Nedenstående skema er således til at bekræfte, at et mindstekravet er opfyldt.

Tilbudsgiver angiver ved ja/nej om nedenstående mindstekrav

- Accepteres = ja
- Accepteres ikke = nej

Tilbudsgiver der ikke har anført andet, anses for at opfylde samtlige mindstekrav angivet i skemaet.

Krav Nr.	Krav	Generelle Krav	Tilbudsgivers accept (ved ja/nej)
1	Mindstekrav	<p>Det udbudte sortiment fremgår af tilbudslisten, bilag 1.2.</p> <p>Tilbudsgiver <u>skal</u> tilbyde min. 95% af samtlige positioner i tilbudslisten pr. delaftale.</p> <p>...</p> <p>Tilbud med færre antal positioner (under 95%) vil blive afvist.</p> <p>Tilbud med færre antal positioner vil blive erklæret ikke konditionsmæssig.</p> <p>Positioner der ikke udfyldes samt positioner, der ikke opfylder mindstekravene vil blive betragtet som ikke udfyldte positio-</p>	

		<p>ner. Ikke udfyldte positioner i tilbudslisten vil ved evalueringen blive prissat med laveste pris + 100%.</p> <p>...</p> <p>De positioner der ikke er udfyldt vil ved evalueringen af "Kvalitet og funktionalitet" samt "Sortiment" blive tildelt point 0.</p>	
--	--	---	--

..."

Aalborg Kommune underrettede ved brev af 19. august 2016 Staples om, at kommunen havde modtaget 4 tilbud på delaftale 1, hvoraf de 3 var fundet konditionsmæssige. Staples havde afgivet det "økonomisk mest fordelagtige tilbud" på delaftale 1 og havde ved evalueringen opnået en samlet score på 4,37, der fordelte sig med 4,0 på prisen, 0,37 på kvalitet og funktion og 0,00 på sortimentet. Kommunen ville derfor indgå kontrakt med Staples, medmindre der fremkom klager i standstill-perioden, der udløb 29. august 2016.

Tildelingsbrevet var vedlagt et vurderingsnotat, hvori det anføres:

"...

Samlet set opfylder de fremsendte vareprøver underkriteriet med ingen eller ganske få og relativt ubetydelige positive forhold [svarende til karakteren 1].

Brugergruppen har vurderet jeres vareprøver og følgende 6 af de tilbudte produkter er ikke konditionsmæssige, jf. mindstekrav nr. 1."

Herefter følger et skema med angivelse af 6 forskellige produkter, der ikke er blevet anset for konditionsmæssige og derefter et skema med 14 "produktgrupper" og en (verbal) vurdering, hvorefter brevet fortsætter:

"For kvalitet og funktion har I samlet set fået det næst højeste antal point. Vurderingen af kvalitet og funktion på produktgrupperne ... ligger lavere, da der er afgivet tilbud med en marginalt bedre kvalitet og funktion."

I den samlede konklusion i evalueringsnotatet anføres det:

"Den samlede løsning opfylder kriterierne til netop under en middel vurdering.

Prisen har været udslagsgivende for udfaldet, idet der er afgivet tilbud med en bedre samlet vurdering af kvalitet og funktion samt med bredere sortiment.”

Lyreco rettede den 25. august 2016 – i standstill-perioden – henvendelse til Aalborg Kommune med kritik af tildelingsbeslutningen og navnlig evalueringen i forhold til underkriterierne ”Kvalitet og funktion” og ”Sortiment”. Kommunen blev opfordret til snarest at fremsende en ny og udførlig redegørelse for tildelingsbeslutningen. Samtidig anmodede Lyreco om aktindsigt i Staples’ tilbud. Staples blev hørt om aktindsigtsanmodningen og afgav en udtalelse den 29. august 2016.

I brev af 12. september 2016 til tilbudsgiverne skrev Aalborg Kommune således om udbuddet vedrørende kontorartikler:

” ...  
Udbudsproceduren er blevet annulleret, da Ordregiver i forbindelse med tilbudsevalueringen er blevet opmærksom på, at evalueringsmetoden har vist sig at være uhensigtsmæssig.

Ordregiver forventer at genudbyde rammeaftalen inden for kort tid.  
...”

Efter at Staples i brev af 14. september 2016 havde anmodet om en nærmere begrundelse for annullationen, anførte Aalborg Kommune i brev af 15. september 2016, at annullationen af udbuddet ikke var i strid med ligebehandlingsprincippet, fordi kommunen havde en klar hensigt om at tildele kontrakten til Staples. Som en nærmere begrundelse for annullationen hedder det:

”I denne konkrete sag blev der foretaget en tildelingsbeslutning på baggrund af en tilbudsevaluering, som er i overensstemmelse med udbudsmaterialets pkt. 7. Den anførte model har vist sig uegnet, da den fulde skala ikke er anvendt i forhold til vurdering af de kvalitative kriterier, hvorfor de ikke er indgået med den beskrevne vægtning (kvalitet og funktion samt sortiment).

På ovennævnte baggrund er det vores vurdering, at der kan ske en aflysning af udbudsforretningen med henvisning til den ugenomsigtige tilbudsevaluering og den deraf følgende usikkerhed.”

I brev af 20. september 2016 fastholdt Staples, at annullationen fortsat fremstod uden saglig begrundelse, og bemærkede blandt andet, at der var tale om et genudbud, hvor evalueringsmetoden var helt identisk beskrevet. Staples henviste også til, at kommunen ikke havde annulleret sin tildelingsbeslutning vedrørende delaftale 2, selv om tildelingskriterierne, de vægtede underkriterier og den anvendte evalueringsmetode med tilhørende pointskala, var identiske.

I brev af 22. september 2016 afgav Aalborg Kommune en nærmere redegørelse for forløbet. Det hedder heri:

” ...

På trods af, at der ikke indkom nogen klager i standstill-perioden, så modtog Aalborg Kommune en henvendelse fra en forbigået tilbudsgiver, som varslede, at de fandt grundlag for at indgive en klage og som derfor fremsendte udkast til et klageskrift.

Dette fik Aalborg Kommune til at gennemgå den gennemførte tilbuds-evaluering og sammenholde dette med det beskrevne i udbudsmaterialet. I den forbindelse blev Aalborg Kommune opmærksom på, at der var nogle uhensigtsmæssigheder i forhold til den beskrevne evalueringsmetode for så vidt angår de kvalitative parametre samt den gennemførte evaluering.

I forhold til evaluering af underkriteriet ”kvalitet og funktion”, som vægtede hele 50 %, havde Aalborg Kommune oplyst, at der ville blive anvendt en pointskala fra 0–10, hvor 0 point blev tildelt tilbud, som kun netop opfyldte mindstekravene, mens 10 point blev tildelt tilbud, der fuldt ud opfyldte under- eller delkriteriet i alle henseender.

...

Aalborg Kommune har efterfølgende kunne konstatere, at denne skala ikke har været egnet til at vurdere de tilbudte produkter i denne konkrete udbudsproces, da de tilbudte produkter ofte alene netop opfylder mindstekravene og derfor ”netop forudsætningerne for at være konditionsmæssig”, men ved, at produkterne opfylder de stillede mindstekrav kan de også siges at opfylde underkriteriet fuldt ud i alle henseender, hvorfor der kan argumenteres for, at et produkt kan tildeles såvel 0 som 10 point.

Aalborg Kommune har anvendt den beskrevne pointmodel således, at der er givet 0 point til tilbud, der netop opfyldte de stillede krav, mens der også er givet 0 point til produkter, der ikke opfyldte forudsætningerne for at være konditionsmæssige.

Dette må siges at være uigennemsigtigt, da modellen derved ikke kan afspejle væsentlige forskelle i tilbuddene.

Tilsvarende har Aalborg Kommune fundet, at der er anvendt en pointmodel, som ikke var egnet til at evaluere tilbuddene i den konkrete udbudsforretning og derved har evalueringsmodellen ikke været egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Delaftale 2 blev indgået efter udløb af ordinær standstill-periode. De to delaftaler er evalueret uafhængigt af hinanden på baggrund af en anden tilbudsafgivelse fra de i denne udbudsproces deltagende tilbudsgivere.

...”

Den 3. oktober 2016 forlængede Aalborg Kommune uden udbud den gældende rammeaftale ”på uændrede vilkår, dog med de aftalte prisreguleringer, indtil den 31. januar 2017” (fjerde forlængelse). Af et notat af 29. november 2016 fra Brønderslev Kommune fremgår:

” ...

Vi er i øjeblikket uden aftale for kontorartikler, eftersom der er klaget over tildelingen til klageret for udbud. Der er lavet en midlertidig aftale med vores gamle leverandør, men priserne er mere end fordoblet i forhold til de priser vi havde på aftalen. Vi afventer en hurtig afgørelse på denne sag, så vi igen kan få en attraktiv aftale for kommunen.

...”

Den 19. december 2016 tilsluttede Aalborg Kommune og Brønderslev Kommune sig med virkning fra 1. januar 2017 SKI rammeaftale 05.02 for kontorvarer, som Lyreco var eneleverandør på. Rammeaftalen var trådt i kraft 1. oktober 2015 og kunne anvendes af alle SKI-abonnenter. Den 1. november 2017 tiltrådte Aalborg Kommune m.fl. en ny rammeaftale (SKI 50.55), der udløber oktober 2019, men med mulighed for forlængelse i yderligere 2 gange 1 år. Der kan indkøbes direkte hos Lyreco.

Det er oplyst, at den midlertidige aftale af 3. oktober 2016 blev opsagt til udgangen af året.

Ved udbudsbekendtgørelse af 23. december 2016, offentliggjort den 28. december 2016 (fjerde udbud), udbød Aalborg Kommune på ny rammeaftalen om kontorartiklerne med tilbudsfrist den 8. februar 2017. Den 6. februar 2017 annullerede kommunen udbuddet med henvisning til, at der var fejl i tilbudslisten.

Klagenævnet for Udbud har orienteret Lyreco om klagesagen og muligheden for at indtræde i sagen til støtte for Aalborg Kommune m.fl. Lyreco afgav en udtalelse den 16. december 2016, men ønskede ikke at indtræde i klagesagen. Lyreco anførte i udtalelsen, at den hidtidige kontrakt alene blev forlænget af pragmatiske årsager og for at undgå større transaktionsomkostninger. Priserne blev alene hævet for produkter, for hvilke priserne var under de dagældende indkøbspriser. Prisniveauet på den midlertidige aftale var lavere trods prisreguleringen end priserne i henhold til SKI rammeaftale 05.02 for kontorvarer.

### Parternes anbringender

#### Ad påstand 1 og 2

Staples har blandt andet anført, at det må lægges til grund, at Aalborg Kommunes annullation af udbuddet ikke er båret af saglige hensyn, men af et ønske om at tilgodese Lyreco for at formå denne tilbudsgiver til at undlade at indlede en klagesag. Den – mangelfulde – begrundelse, som Aalborg Kommune har givet for annullationen, vedrører forhold, som i samme grad gør sig gældende for delaftale 2. Hvis udbudsmaterialet har været mangelfuldt, gør dette sig gældende for begge delaftaler. Tildelingskriterierne, metoden for beskrivelsen af kravene og den anvendte pointmodel er identiske for de 2 delaftaler. Kommunen har erkendt, at den offentliggjorte evalueringsmodel lider af nogle åbenbare svagheder, men disse svagheder gør sig i samme grad gældende både for delaftale 1 og delaftale 2, og der er ikke anført anden begrundelse for at behandle de to delaftaler forskelligt end den varslede klage vedrørende delaftale 1. Det bestrides, at Aalborg Kommune på forhånd og før henvendelsen fra Lyreco har været bekendt med, at den beskrevne evalueringsmetode led af åbenbare svagheder.

Aalborg Kommune har ved evalueringen i forhold til de kvalitative tildelingskriterier ikke anvendt den samme systematik for pointtildelingen. Det fremgår således, at der vedrørende delaftale 2 er 10 vareprøver, der er tildelt 0 point, men kun vedrørende en enkelt vareprøve er der anført en begrundelse. Evalueringen fremtræder derfor vilkårlig og uigennemsigtig.

Aalborg Kommune har blandt andet anført, at kommunen ikke har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, og at kommunen ikke har foretaget en usaglig annullation af rammeaftalens delaftale 1. Der har været tale om to selvstændige udbudsprocesser, hvor det viste sig, at den beskrevne evalueringsmetode var uhensigtsmæssig ved evalueringen af tilbud på den ene delaftale (nr. 1), men ikke den anden (nr. 2). Ved evalueringen af tilbud på delaftale 2 blev der givet 0 point til vareprøver, som kun netop opfyldte forudsætningerne for at være konditionsmæssige, men der blev ikke givet 0 point til vareprøver, som ikke var konditionsmæssige. Der var indgået kontrakt på delaftale 2, da Aalborg Kommune modtog henvendelsen fra Lyreco.

En offentlig ordregiver har ikke pligt til at indgå en kontrakt, der har været i udbud. Det er derfor ikke ordregiveren, der skal bevise, at der har været en saglig grund til at foretage en annullation, men den part, der gør gældende, at annullationen har været usaglig. Aalborg Kommune konstaterede ved en fornyet gennemgang af den beskrevne evalueringsmetode og den foretagne evaluering, at den beskrevne skala (0 – 10 point) ikke var egnet til at vurdere de tilbudte produkter. Beskrivelsen indebar, at konditionsmæssige og ikke konditionsmæssige produkter ville opnå en identisk vurdering. Modellen var derfor uhensigtsmæssig og ikke egnet til at differentiere pointgivningen mellem produkter, der udbudsteknisk var meget forskellige. Alle 3 tilbudsgivere havde afgivet tilbud med ikke-konditionsmæssige produkter, uden at det havde indflydelsen på vurderingen.

### Ad påstand 3

Staples har bemærket, at påstand 3 er relevant i forhold til samtlige 5 deltagende myndigheder, selvom ikke alle myndigheder har været parter i de tidligere indgåede forlængelsesaftaler. Staples har anført, at de gennemførte kontraktforlængelser på i alt 1 år og 5 måneder som en direkte kontraktstil-

deling er sket i strid med udbudsreglerne og udtryk for en alvorlig overtrædelse heraf. 4 års-fristen for rammeaftalen må regnes fra 1. juli 2011, der er begyndelsestidspunktet for den udbudte og konkurrenceudsatte kontrakt. Den første kontraktforlængelse (31. august 2013 til den 31. august 2014) er uproblematisk. Ved den anden forlængelse overskrides 4 års fristen delvist med 2 måneder. For disse 2 måneder kan kontraktværdien opgøres til 500.000 kr., med udgangspunkt i kontraktværdien pr. år i den konkurrenceudsatte kontrakt på 3 mio. kr. Den skønsmæssige opgørelse af kontraktværdien skal baseres på den årlige kontraktværdi, som Aalborg Kommune har opgjort i forbindelse med udbuddets iværksættelse, dvs. 3 mio. kr. pr. år. Ved den tredje kontraktforlængelse (31. august 2015 til 31. august 2016) og den fjerde kontraktforlængelse (1. september 2016 til 31. januar 2017) overskrides 4 års fristen fuldstændigt. Værdien af disse forlængelseskontrakter må opgøres med hensyntagen til det estimerede volumen af den kontrakt, klagen vedrører, i det omfang forlængelsen falder inden for den konkurrenceudsatte kontrakt. Værdien af denne kontrakt er opgjort til 4,6 mio. kr. årligt, svarende til en månedlig omsætning på 383.333 kr. Værdien af den tredje kontraktforlængelse kan herefter opgøres til 3.200.000 kr. (10,5 x 250.000 kr. + 1,5 gange 383.333 kr.). Værdien af den fjerde kontraktforlængelse på 5 måneder kan tilsvarende opgøres til 1.916.665 kr. (5 måneder a 383.333 kr.).

Det kan hverken af ordlyden af tredje eller fjerde kontraktforlængelse udledes, at forlængelsen skulle være begrænset til alene at gælde for visse af de oprindeligt 5 deltagende myndigheder. Forlængelserne er hver gang sket på uændrede vilkår. Det er usandsynligt, at rækkevidden af tredje og fjerde kontraktforlængelse skulle være en helt anden end rækkevidden af de to første forlængelser. Kontrakternes værdi er derfor ikke under tærskelværdien. Alle aftaler omhandler levering af det samme sortiment som i den oprindeligt udbudte kontrakt.

Staples har endvidere til støtte for, at kontraktværdien skal baseres på den akkumulerede værdi af samtlige kontraktforlængelser, henvist til, at Aalborg Kommune har en forpligtelse til ikke at vælge en beregningsmetode, der har til formål at udelukke kontraktildelingen fra udbudslovens anvendelsesområde, jf. udbudslovens § 30, stk. 2, om, at en kontrakt ikke må opdeles for at udelukke udbuddet fra lovens anvendelsesområde. Omgåelses-

hensyn taler således klart imod, at kontrakforlængelserne skal anskues individuelt ved opgørelse af kontraktværdien. De tre tillægskontrakter skal derfor sidestilles med indgåelse af én rammeaftale gældende for perioden 1. juli 2015 til 31. januar 2017, hvor det er klart, at værdien af kontrakten overstiger tærskelværdien.

Det er ikke en formildende omstændighed, at klagesagen har været årsag til, at der opstod behov for at forlænge den eksisterende aftale. En ordregiver må tilrettelægge en udbudsproces, der sikrer, at en ny konkurrenceudsat aftale er indgået på det tidspunkt, hvor den eksisterende aftale ophører. Aalborg Kommune må selv bære ansvaret – og risikoen – for, at en mellemkommende klagesag forrykker en tidsplan.

Det fratager ikke overtrædelsens alvorlige karakter, at den seneste kontrakforlængelse blev bragt til ophør én måned før det aftalte ophørstidspunkt. Ophøret af kontrakten kan heller ikke medføre, at kontrakforlængelserne ikke skal erklæres for uden virkning, jf. klagenævnenslovens § 17, stk. 1, nr. 1. Klagenævnet skal erklære de ulovlige kontrakforlængelser for uden virkning med virkning fra den 31. december 2016. Aalborg Kommune har ikke opnået nogen beskyttelse imod sanktionen uden virkning, som er en lovbunden sanktion. Klagenævnet skal fastsætte en sanktion for den del af kontrakten, som allerede er udført, det vil sige for perioden 1. september 2015 til 31. december 2016 på grundlag af de indkøb, der er foretaget under den ulovlige rammeaftale.

Ved fastsættelsen af sanktionens størrelse, jf. klagenævnenslovens § 18, stk. 1, må der – i mangel af oplysninger om den aftalte prisregulering – tages udgangspunkt i det estimerede volumen i den rammeaftale, der er genstand for klagesagen, på 4,6 mio. kr. årligt, svarende til 5.616.665 kr. for perioden 1. juli 2015 til 31. januar 2017.

Der foreligger ingen undskyldende omstændigheder, som kan forklare eller forsvare kontrakforlængelserne. Kontrakforlængelsen den 25. august 2015 er sket lang tid før rammeaftalen blev udbudt den 23. december 2015. Behovet for en forlængelse af rammeaftalen i august må tages som udtryk for, at Aalborg Kommune ikke har planlagt genudbuddet med tilstrækkeligt hensyn til udløbstidspunktet for de aftaler, som genudbuddet skulle erstatte.

Der foreligger heller ikke andre undskyldende omstændigheder, f.eks. hensyn til forsyningssikkerheden eller væsentlige hensyn til borgernes sikkerhed og sundhed. Det er en skærpende og kvalificerende omstændighed, at forlængelserne tidsmæssigt er gået ud over den absolutte tilladelige længde af en rammeaftale, jf. udbudslovens § 95, stk. 2, der svarer til det tidligere udbudsdirektivs artikel 32.

Aalborg Kommune har bestridt, at kommunen har handlet i strid med udbudslovens § 55 ved at have indgået en midlertidig kontrakt med Lyreco uden gennemførelse af et EU-udbud. Den tidligere udbudte kontrakt blev indgået med virkning fra 1. september 2011. Det er ikke afgørende, at det i udbudsbetingelserne var anført, at kontrakten forventedes at blive indgået med virkning fra 1. juli 2011. Udbudsbetingelserne var ikke en del af den indgåede kontrakt, og det er derfor kontraktens indhold, der er afgørende. Der er ikke i udbudsbetingelserne sket en bindende fastlæggelse af kontraktens begyndelsestidspunkt. Udbudspligten er derfor afløftet i 4 år efter kontraktens indgåelse, dvs. indtil 31. august 2015. Det var alene Aalborg Kommune og Brønderslev Kommune, der indgik kontraktforlængelsen fra 1. september 2015 til 31. august 2016 (den tredje forlængelse), og kommunerne havde en klar forventning om, at kontraktværdien for denne periode ville være under tærskelværdien, hvorfor aftalen om forlængelsen ikke var udbudspligtig. Aalborg Kommune forventede, at der senest i begyndelsen af 2016 var gennemført et nyt udbud, og det beror på uforudsete hændelser, at det viste sig nødvendigt at forlænge Aalborg og Brønderslev kommuners kontrakt frem til den 31. januar 2017. Disse hændelser var dels en politisk beslutning om annulation, dels en efterfølgende annulation af genudbuddet på grund af, at der ikke var indkommet konditionsmæssige tilbud. Kontrakten blev ikke for denne periode genforhandlet, men der skete alene en prisregulering, således at Lyreco ikke leverede til priser under markedsværdi.

Det fastholdes, at ingen af de to forlængelseskontrakter efter Aalborg og Brønderslev kommuners skøn kunne opgøres til en værdi, der oversteg tærskelværdien. Det følger af udbudslovens § 29, at værdien skal anslås på tidspunktet for afsendelse af udbudsbekendtgørelse eller tidspunktet, hvor ordregiver indleder udbudsproceduren. Værdien skal anslås på grundlag af det samlede beløb, der efter ordregiverens skøn skal betales til leverandøren for gennemførelsen af kontrakten, jf. § 30, stk. 1. Aalborg Kommune for-

ventede ikke – ud fra sit bedste saglige skøn – at de indkøb, der blev foretaget frem til, at der blev gennemført et nyt udbud og indgået en kontrakt, ville overstige udbudslovens tærskelværdi, da de forventede indkøb fra 1. september 2016 til senest 31. januar 2017 var estimeret til ca. 710.000 kr. for Aalborg Kommune (svarende til 142.000 kr. om måneden) og for Brønderslev Kommune ca. 260.000 kr., svarende til 52.000 kr. om måneden. Det udøvede skøn, der var båret af et forsigtighedsprincip, tog udgangspunkt i forholdene på indgåelsestidspunktet og var baseret på de historiske indkøb, på det forventede forbrug i aftaleperioden og på markedets generelle prisniveau. Værdien af de to forlængelsesaftaler skal ikke lægges sammen, da de to kommuner ikke ved indgåelsen af den førstnævnte aftale (dvs. den tredje forlængelse) kunne forudse, at der ville blive behov for at indgå en yderligere forlængelsesaftale. Der har således ikke været tale om en (ulovlig) opdeling af kontrakten, jf. udbudslovens § 30, stk. 2.

#### Ad påstand 4

Staples har gjort gældende, at Aalborg Kommune har indgået udbudspligtige kontraktforlængelser med Lyreco uden gennemførelse af et forudgående EU-udbud, hvilket indebærer en alvorlig overtrædelse af udbudsreglerne. Aalborg Kommune har tilsidesat en central udbudsretlig forpligtelse, hvorfor konsekvensen er, at klagenævnet er forpligtet til at erklære Aalborg Kommunes kontraktforlængelsen med Lyreco for uden virkning.

Heraf følger, at den fjerde kontraktforlængelse skal bringes til ophør, og at Aalborg Kommune som compensation for de forudgående allerede gennemførte 3 kontraktforlængelser skal pålægges af betale en økonomisk sanktion, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 18, stk. 2, nr. 2.

Aalborg Kommune har gjort gældende, at klagenævnet ikke skal erklære de indgåede kontrakter med Lyreco Danmark A/S vedrørende kontorartikler m.v. for uden virkning for fremtidige leverancer, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, og klagenævnet skal heller ikke pålægge kommunen en økonomisk sanktion, jf. klagenævnslovens § 18, stk. 2, nr. 2 og nr. 3. Aalborg Kommune har ikke indgået udbudspligtige kontrakter med Lyreco uden at gennemføre et EU-udbud. De indklagede kommuner havde alle intentioner om snarest at få gennemført en udbudsforretning og få afløftet udbudspligten for en fremadrettet flerårig periode. Denne intention understøttes af, at

kontraktforlængelsen med den nuværende leverandør er af kort varighed. Der er – i givet fald – ikke tale om en alvorlig overtrædelse af udbudsreglerne, hvorfor klagenævnet ikke er forpligtet til at erklære kontrakten med Lyreco for uden virkning. Det vil endvidere være uproportionalt at erklære kontrakten for uden virkning af hensyn til almenhedens interesser.

Klagenævnet udtaler:

#### Ad påstand 1 og 2

Efter de udbudsretlige regler har ordregiveren ingen kontraheringspligt. Det følger af udbudslovens § 171, stk. 1 nr. 5, at en ordregiver, der annullerer en udbudsprocedure, i underretningen til tilbudsgiverne herom skal angive en begrundelse for, hvorfor udbudsproceduren er blevet annulleret, jf. § 171, stk. 6. Ved annullation af et udbud er den ordregivende myndighed alene forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende bestemmelser i almindelighed og forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed. Beslutningen om at annullere udbudsprocessen kan ikke anses for usaglig. Det er ikke i sig selv usagligt at annullere et udbud, fordi en forbigået tilbudsgiver har varslet en klagesag.

I den *første* begrundelse for annullationen, jf. brevet af 12. september 2016, henviste Aalborg Kommune til, at evalueringsmetoden havde vist sig at være uhensigtsmæssig, men kommunen oplyste ikke, hvori denne uhensigtsmæssighed bestod. I den *anden* begrundelse, jf. brevet af 15. september 2016, anførte kommunen, at annullationen ikke var i strid med ligebehandlingsprincippet og henviste til, at kommunen havde en klar hensigt om at indgå kontrakt med Staples. Bemærkningen skal formentlig forstås som en henvisning til, at kommunen ikke ved tildelingsbeslutningen havde haft til hensigt at favorisere Lyreco, som hidtil havde haft kontrakten, men udelukker ikke, at kommunen ved annullationen har ønsket at begunstige Lyreco ved at give selskabet mulighed for at afgive tilbud i forbindelse med et nyt udbud. I den *trede* begrundelse, også i brevet af 15. september 2016, henviste Aalborg Kommune til, at den anvendte model for tilbudsevalueringen havde vist sig uegnet, da ”den fulde skala ikke er anvendt i forhold til vurdering af de kvalitative kriterier, hvorfor de ikke er indgået med den beskrevne vægning (kvalitet og funktion samt sortiment).”

I den *fjerde* begrundelse, jf. brevet af 22. september 2016, henviste kommunen til, at man var blevet opmærksom på uhensigtsmæssigheder ved den beskrevne evalueringsmetode for så vidt angår de kvalitative parametre og den gennemførte evaluering. Denne begrundelse må anses for reel og dækkende for annullationen af udbuddet, jf. herved udbudslovens § 171, stk. 6. Begrundelseskravet må derfor anses for opfyldt, og der foreligger ikke omstændigheder, der i øvrigt kan begrunde, at beslutningen om at annullere udbuddet har været usaglig og dermed i strid med de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. udbudslovens § 2.

Klagen tages derfor ikke til følge for så vidt angår påstand 1 og 2.

### Ad påstand 3

Aalborg Kommune har henholdsvis den 18. august 2014 (anden forlængelse), den 25. august 2015 (tredje forlængelse) og den 3. oktober 2016 (fjerde forlængelse) indgået aftaler med Lyreco om forlængelse af den udbudsudsatte rammeaftale af 23. april 2011. Ved de to førstnævnte aftaler blev alene rammeaftalens udløbstidspunkt forlænget, mens der ved den sidste forlængelse tillige skete en ikke nærmere oplyst regulering af priserne.

Den første konkurrenceudsatte kontrakt, der blev indgået med Lyreco efter udbud om levering af kontorartikler m.m. til Aalborg og Brønderslev kommuner, skulle efter udbudsbetingelserne træde i kraft den 1. juli 2011, men kontraktindgåelsen blev forsinket med 2 måneder. Kontrakten blev herefter indgået den 26. juli 2011 med udløb den 31. august 2013. Kontrakten blev i overensstemmelse med den udbudte kontrakt forlænget to gange, henholdsvis den 18. august 2014 (anden forlængelse) til udløb den 31. august 2015 og den 25. august 2015 (tredje forlængelse) til udløb den 31. august 2016. Ved den anden forlængelse blev kontrakten således ikke forlænget ud over en samlet kontraktperiode på 4 år.

Ved den tredje forlængelse blev kontrakten den 25. august 2015 forlænget til 31. august 2016, ved den fjerde forlængelse den 3. oktober 2016 blev kontrakten forlænget til udgangen af januar 2017, men ophørte, da Aalborg Kommune den 19. december 2016 tilsluttede sig SKI's indkøbsaftale pr. 1. januar 2017. Den tredje og fjerde kontraktforlængelse har været udbuds-

pligtige, såfremt kontraktens værdi har oversteget tærskelværdierne, jf. udbudslovens § 6, stk. 1, og – for så vidt angår kontraktforlængelsen af 25. august 2015 – udbudsdirektivet 2004/18/EF, artikel 7.

I udbudsbekendtgørelsen af 18. marts 2011 og i kontrakten af 26. juli 2011 er Aalborg Kommune anført som ordregivende myndighed, men den udbudte kontrakt var en aftale om levering af kontorartikler til alle institutioner og kontorer i Aalborg og Brønderslev kommuner. I udbudsbekendtgørelsen blev ordrens samlede mængde eller omfang anslået til 3 mio. kr.

Aalborg Kommune er ikke fremkommet med oplysninger til belysning af omfanget af de indkøb, der har været foretaget i henhold til den udbudsudsatte kontrakt af 26. juli 2011 og de ikke udbudsudsatte forlængelsesaftaler. Kommunen er heller ikke fremkommet med oplysninger om, at der i forbindelse med forlængelsesaftalerne er foretaget en vurdering af værdien af disse aftaler, som har medført, at de ikke blev anset for udbudspligtige.

På den baggrund må værdien af kontraktforlængelserne ske med udgangspunkt i den stipulerede værdi af den kontrakt, der blev udbudt i 2015, og værdien af kontrakten af 25. august 2015 med en varighed på 12 måneder kan opgøres til 4,6 mio. kr. og værdien af kontrakten af 3. oktober 2016 med en varighed på 5 måneder opgøres til  $(5/12 \text{ af } 4,6 \text{ mio. kr.}) = 1.916.667 \text{ kr.}$  Det er uden betydning for udbudspligten, at den seneste forlængelsesaftale blev bragt til ophør tidligere end forudsat. Selv om der tages højde for, at den årlige værdi af den udbudte kontrakt er højere end værdien af kontraktforlængelserne på grund af almindelige prisstigninger, og fordi den udbudte kontrakt tillige omfattede Læsø Kommune og to kommunale driftsselskaber, må det lægges til grund, at værdien af den 1-årige kontraktforlængelse af 25. august 2015 oversteg tærskelværdien, som i 2015 var 1.541.715 kr. Uanset at der ikke foreligger nærmere oplysninger om, med hvilket beløb der er trukket på kontraktforlængelsen af 3. oktober 2016, hvor der skete en regulering af priserne, er der ikke fuldt tilstrækkeligt grundlag for at anse denne kontraktforlængelse for udbudspligtig.

Aalborg Kommune har derfor ved kontraktforlængelsen i 2015 handlet i strid med udbudslovens § 2. Omstændighederne ved kontraktindgåelsen, herunder det uforudsete behov for forlængelse af kontrakten på grund af

vanskelighederne ved at få gennemført et nyt udbud, kan ikke føre til en anden vurdering. Påstand 3 tages derfor delvist til følge som anført nedenfor.

#### Ad påstand 4

Det følger af klagenævnens lovens § 17, stk. 1, nr. 1, at kontraktforlængelsen af 25. august 2015 skal erklæres for uden virkning, og der er ikke grundlag for at undlade denne sanktion efter bestemmelsen i § 17, stk. 3. En kontrakt kan imidlertid kun erklæres for uden virkning for fremtidige leverancer i kontrakten, jf. § 18, stk. 1, 1. pkt. Da kontraktforlængelsen efter sit indhold er udløbet, kan kontraktforlængelsen ikke erklæres for uden virkning. Der skal i et sådant tilfælde fastsættes en økonomisk sanktion, jf. § 19, stk. 2, nr. 3. I forarbejderne til Klagenævnens lovens § 19, stk. 1 – 3, er det forudsat, at sanktionen som udgangspunkt udmåles efter en nærmere angiven model som en procentdel af værdien af den pågældende kontrakt, men som alt overvejende hovedregel ikke til et mindre beløb end 25.000 kr.

Ved kontraktforlængelsen den 25. august 2015 er der sket direkte tildeling i strid med udbudsreglerne. Aalborg Kommune har ikke under sagen tilvejebragt nærmere oplysninger om, med hvilke beløb der blev trukket på den forlængede rammeaftale. Efter en samlet vurdering af sagens omstændigheder, herunder også de tidsmæssige, fastsættes den alternative sanktion til 50.000 kr.

#### Sagsomkostninger

Efter klagesagens udfald og uanset at der ikke er givet Staples medhold i påstand 1 og 2, skal Aalborg Kommune og Brønderslev Kommune betale sagsomkostninger til Staples jf. bekendtgørelse nr. 550 af 29. maj 2013 om ændring af bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud. Omkostningsbeløbet er fastsat nedenfor.

Staples skal ikke betale sagsomkostninger til Læsø Kommune, Nordjyllands Beredskab I/S og Nordjyllandsværket A/S.

Herefter bestemmes:

Ad påstand 3

Aalborg Kommune og Brønderslev Kommune har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, ved uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse at have indgået kontrakten af 25. august 2015 om forlængelse af rammeaftalen af 26. juli 2011 med Lyreco Danmark A/S om levering af kontorartikler.

Ad påstand 4

Aalborg Kommune og Brønderslev Kommune skal til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen betale en økonomisk sanktion på 50.000 kr. Beløbet skal betales inden 8 uger efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagen tages ikke til følge vedrørende de øvrige påstande.

Aalborg Kommune og Brønderslev Kommune skal betale sagsomkostninger til Staples Denmark ApS med 30.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Poul Holm

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen  
kontorfuldmægtig