

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse

K E N D E L S E

Visse oplysninger i kendelsen er ikke offentliggjort

Arcturus UAV, Inc.
(advokat Anne Bergholt Sommer
og advokat Christoffer Goul Kiling Andersen, Århus)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(advokat Niels Karl Heilskov Rytter, København)

Klagenævnet har den 4. december 2023 modtaget en klage fra Arcturus UAV, Inc. (Arcturus). Arcturus fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagen i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 2, skulle tillægges opsættende virkning.

Klagenævnet traf den 7. december 2023 afgørelse om, at klagen ikke blev tillagt opsættende virkning, idet betingelsen om uopsættelighed på det da foreliggende foreløbige grundlag ikke var opfyldt.

Arcturus har ved indlevering af supplerende klageskrift af 15. december 2023 med yderligere påstande, herunder om annullation af udbuddet, gentaget sin anmodning om, at klagen tillægges opsættende virkning nu med henvisning til lov om Klagenævnet for Udbud § 12, stk. 1.

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI) har protesteret mod, at der tillægges klagen opsættende virkning.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-13, supplerende klageskrift med bilag 14-15, svarskrift med bilag A-S, replik med bilag 16-18, duplik med bilag T, processkrift 1, indklagedes mail af 14. februar 2024 og klagers mail af 15. februar 2024.

Klagens indhold

Arcturus har i replikken nedlagt følgende påstande:

”Principale påstande

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4, ved at tildele rammeaftalen til Shield AI, Inc., uanset at Shield AI, Inc.’s tilbud var ukonditionsmæssigt, idet tilbuddet ikke i tilstrækkeligt omfang indeholdt reservedele, og/eller idet tilbuddet indeholdt utilstrækkelige, ukorrekte og/eller vildledende priser og oplysninger om reservedele og vedligeholdelse i strid med grundlæggende forudsætninger og krav til tilbuddenes indhold i henhold til udbudsmaterialet, herunder kravspecifikationens Key Requirements såsom Key Requirements 14 og/eller 73.

Påstand 2

[frafaldet]

Påstand 3 (subsidiær til påstand 1)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4, ved at undlade at foretage nærmere undersøgelser, eller ved at foretage utilstrækkelige undersøgelser, i relation til den rejste indsigelse om Shield AI, Inc.’s priser, reservedele og data vedrørende vedligeholdelsesomkostninger.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal annullere FMI’s beslutning af 24. november 2023 om at tildele rammeaftalen til Shield AI, Inc. som følge af overtrædelserne omhandlet i påstand 1 eller i påstand 3.

Subsidiære påstande (subsidiære til påstand 1-4)

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4, ved at evaluere tilbuddenes opfyldelse af underkriteriet ”Price” på en måde og med en evalueringsmetode, som i) var uigennemsigtig, som ii) ikke sikrede ligebehandling, og/eller som iii) ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet

- a) [frafaldet],
- b) FMI undlod at give tilbudsgiverne retvisende indsigt i, hvorledes den samlede evaluering af tilbudsgivernes priser og data relateret til løbende vedligeholdelse ville ske,
- c) FMI’s evalueringsmodel og/eller FMI’s faktiske evaluering ikke er repræsentativ for FMI’s forventede indkøb og udgifter under rammeaftalen og dermed er uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud,
- d) FMI ikke sikrede, at den valgte leverandør i tilstrækkeligt omfang havde afgivet alle afkrævede data og erklæringer i sit tilbud og/eller ville være forpligtet i henhold til de data og erklæringer, som tilbudsgiverne skulle afgive i relation til reservedele og reparation heraf, herunder særligt MTBF-data, hvorved modellen har været eksponeret for spekulation og dermed uegnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud og/eller
- e) FMI ikke sikrede, i) at det var klart for tilbudsgiverne, i hvilket omfang tilbudsgiverne nærmere skulle tilbyde reservedele, og/eller ii) at evalueringen af vedligeholdelsesomkostningerne (Sustainment Costs) forbundet med tilbudsgivernes respektive løsninger kunne ske, og at den faktisk skete, på et ensartet grundlag.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4, med artikel 9 og/eller med artikel 30 sammenholdt med direktivets bilag IV ved i udbudsbekendtgørelsen

- a) at angive forkerte oplysninger om rammeaftalens længde og undlade at oplyse om FMI’s optioner på forlængelse og/eller ved
- b) at oplyse en ikke retvisende estimeret værdi af rammeaftalen.

Påstand 7

Klagenævnet for Udbud skal pålægge FMI at annullere udbuddet offentliggjort i henhold til udbudsbekendtgørelse nr. 2023/S 038-112317, subsidiært annullere FMI's tildelingsbeslutning af 24. november 2023, som følge af overtrædelserne omhandlet i påstand 5 og/eller påstand 6."

FMI har påstået, at klagen ikke tages til følge.

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2023/S 038-112317 af 17. februar 2023, offentliggjort den 22. februar 2023, udbød FMI som begrænset udbud med forhandling efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet en rammeaftale med en enkelt aktør om levering af små NATO klasse 1 droner, inklusive vedligeholdelse og træning.

I udbudsbekendtgørelsen står der bl.a.:

"II.1.1)

Den ordregivende myndigheds betegnelse for kontrakten:

Acquisition of NATO Class 1, Small, Unmanned Aircraft Systems (UAS), including sustainment, support and training.

...

II.1.4)

Oplysninger om rammeaftale

Rammeaftale med en enkelt aktør

Rammeaftalens varighed

Varighed i år: 10

Begrundelse for en rammeaftale med en varighed på over syv år: The reason for the duration exceeding 7 years is that DALO's operational need requires an agreement that corresponds with the life expectancy of the deliverables which is 10 years.

Anslået samlet værdi af indkøbene i hele rammeaftalens løbetid

Anslået værdi eksklusive moms: 750000000 DKK.

...

II.1.5)

Kort beskrivelse af kontrakten eller indkøbet/indkøbene:

The framework agreement covers the purchase of NATO Class I, Small, Unmanned Aircraft System (hereafter UAS) for the Danish MoD. An UAS consists of a minimum of three UAV, two Ground Control Stations (hereafter GCS), primary sensor package, Synthetic Aperture Radar (hereafter SAR), antenna and all necessary ground equipment (spare parts, fuel pumps, fuel scales, tools etc) as the main components.

...

The framework agreement includes an initial purchase of three UAS and two extra GCS.

Furthermore, the framework agreement covers the purchase of sustainment (spare parts and repair services), other support services and training services related to the UAS, as well as additional UAS subsystems.

DALO aim to have the initial purchase order to be delivered in 2023.

...

II.2.1)

Samlet mængde eller omfang:

750.000.000

Anslået værdi eksklusive moms: 750000000 DKK

II.2.2)

Oplysninger om optioner

Optioner: nej

II.2.3)

Oplysninger om forlængelse

Denne kontrakt kan forlænges: ja

Antal gange, der er mulighed for forlængelse: 3

II.3)

Kontraktens varighed eller frist for dens opfyldelse

Varighed i måneder: 120 (fra tildeling af kontrakten).

...

VI.3)

Yderligere oplysninger:

The estimated value of the framework agreement is 750,000,000 DKK and the maximum value of the framework agreement is 1,300,000,000 DKK. The reason for the difference between the stated values is the uncertainty regarding the final value of the framework agreement, cf. below. Hence, the estimated value constitutes DALO's most qualified estimate of the value of the framework agreement at the present moment, while the maximum value constitutes the maximum value of purchases under the framework agreement in its duration.

The uncertainty regarding the final value of the framework agreement is primarily caused by uncertainty regarding the results of the upcoming budget negotiations for the Danish Defence. If more funds are allocated to financing NATO Class I, Small, UAS than what is expected at the moment, this will most likely lead to a significant larger expenditure on the framework agreement. Secondly the uncertainty regarding the final value of the framework agreement is caused by how extensively the deliverables of the framework agreement will be distributed in the Danish Defence. If decision is made that the deliverables in question shall be utilized by more groups of personnel than what is actually decided for

now, this will lead to a significant larger expenditure on the framework agreement than what is expected at the moment.

Regarding section II.3): Note that the duration of the framework agreement is up to 10 years calculated from the delivery of the initial purchase, cf. section II.1.5. Thus, the actual duration time is somewhat longer than 10 years and depends on the delivery time of the initial purchase.”

FMI prækvalificerede følgende tre tilbudsgivere:

- Arcturus
- Shield AI, Inc. (“Shield”)
- Precision Technic Defence A/S (“PTD”)

I udbudsbetingelserne, version 5.9, står der bl.a.:

”8. REQUIREMENTS AND RESERVATIONS

...

8.2 Key Requirements

The tender documents include a number of Key Requirements (marked with “K” in the Requirements Specification (Appendix A)).

Key Requirements may be a subject to negotiation and may be changed by DALO in the negotiation process. DALO may e.g. modify the content of a Key Requirement or change the Key Requirement to an Evaluation Requirement, cf. clause 8.3 or withdraw Key Requirements during the negotiation process and / or in the revised tender documents.

...

The tenderer must fulfill all Key Requirements in the BAFO. BAFOs that do not comply with all Key Requirements (“non-compliant offers”) will not be taken into consideration, cf. however clause 9 and the principle in § 159(5) of the Danish Act no. 1564/2015 on Public Procurement.

...

9. OPENING AND HANDLING OF OFFERS

...

Firstly, DALO will review whether the received offers are compliant with the formal requirements. DALO may also obtain additional information and clarifications from the tenderers after the expiry of a submission

deadline using remedies equal to the procedure and principle stated in § 159(5) of the Danish Act no. 1564/2015 on Public Procurement.

The use of the word “shall” in the tender documents does not prevent DALO from remedying or disregarding missing or ambiguous information in the offer. However, DALO is under no obligation to obtain additional information and clarifications from the tenderers.

Secondly, DALO will assess whether the received offers are compliant with the Mandatory Requirements/Key Requirements set forth in the tender documents, and thirdly, DALO will evaluate all compliant offers as described in clause 10.

...

10. EVALUATION

10.1 Award criteria

The Agreement will be awarded on the basis of the award criterion the most economically advantageous tender. In the evaluation of the offers, DALO will use the following sub-criteria with the specified weighting:

1. Price 50 %

2. Functionality 50 %

The percentages indicate the weighting of each sub-criterion in the evaluation of the offer.

10.2 Evaluation method

The evaluation method is described in detail in Enclosure 4.”

I det bilag 4 ”Tender Evaluation Method”, der er nævnt i udbudsbetingelserne, står der bl.a.:

”Criteria

The main criterion for awarding the agreement is the best price-quality ratio.

In the evaluation of the offers DALO will use the following sub-criteria with the specified weighting:

- Price (50%)
- Functionality, based on the Evaluation Requirements (50%)

These sub-criteria are described in more detail below.

Grades

All criteria will be graded on a scale from 1 to 5 where grade 5 is best.

Grades may be given as decimal numbers in cases where the performance of an offer falls between two of the grades.

Evaluation of criteria

Price

Each offer will be graded for the Price sub-criterion, based on the prices and other information stated in Appendix C.1 of the Agreement.

DALO will calculate an Evaluation Price for each offer. The Evaluation Price will be calculated as the total price of the Evaluation number of all included products and services stated in Appendix C.1, plus the estimated cost of repairing and replacing spare parts over a period of 10 years for the Evaluation Number of the various subsystems (including simulator and/or launch and landing equipment, if offered), cf. column F in Appendix C.1 (Prices).

In estimating the cost of repair and replacement of spare parts, the following assumptions will be made:

- The systems are used for a total of 2000 (flight) hours per year, evenly distributed among subsystems of the same type.
- Spare Parts fail according to the MTBF stated in Appendix C.1.
- When a repairable Spare Part fails, it is repaired 80% of the time at the “Maximum repair price” stated in Appendix C.1.
- The remaining 20% of failures in repairable Spare Parts result in the purchase of a new part at the “Price pr. unit” stated in Appendix C.1.
- Non-repairable Spare Parts are always, upon failure, replaced with a new Spare Part, at the “Price pr. unit” stated in Appendix C.1.

The offer with the lowest Evaluation Price is given the grade 5. The lowest Evaluation Price is understood as the lowest calculated Evaluation Price among all compliant offers.

All other offers are graded on a linear scale, where the grade 1 is given for a price 50% or more above the lowest price.

...

Functionality

Each offer will be assigned points for each Evaluation Requirement, depending on the degree to which the offer fulfills the requirement; 1 for not fulfilled, 5 for fulfilled to the highest degree.

Evaluation Requirements marked as Y/N in the “Documentation” column in Appendix A are either not fulfilled or fulfilled, and therefore given either 1 or 5 points.

The grade for Functionality will be calculated as the weighted average of the points obtained for each Evaluation Requirement, using the weights stated for each Evaluation Requirement in Appendix A (Column “Weighting”).

Overall

When each offer has been evaluated for each sub-criterion as described above, a final, overall evaluation for each offer will be made based on the evaluation for each sub-criterion and the weighting of the sub-criteria.

Each offer will thus be assigned an overall grade, calculated as the weighted average of the grades assigned for each sub-criterion.

The framework agreement will be awarded to the tenderer which achieves the highest overall grade.”

FMI gennemførte to forhandlingsrunder, hvorefter tilbudsgiverne blev anmodet om at indgive endelige tilbud (best and final offer eller ”BAFO2”) med tilbudsfrist den 6. november 2023.

Indledende tilbud (INDO)

Af rammeaftaleudkastet til de indledende tilbud fremgår bl.a.:

”1 DEFINITIONS

...

“Initial Package of Spare Parts” shall mean a package comprising the Spare Parts necessary to operate the UAS’ and other Products covered by the initial Purchase Order, cf. Special Appendix 5, for 1 (one) operational year with a total of 2,000 flight hours, cf. also clause 1.2 of Appendix A.

...

“Spare Part” shall mean any part of the Products which may be removed and replaced by a similar part at the user level. All Spare Parts shall be specified by the Supplier in Appendix C.1 (“Spare parts”).

...

“System Spare Parts Package” shall mean a package comprising the Spare Parts and consumables necessary to operate an UAS for 72 (seventy-two) hours in accordance with the intended use as described in clause 1.2 in Appendix A.

...

“UAS” shall mean a whole Unmanned Aircraft System, as further specified by the Products stated in Appendices A and C, offered by the Supplier.

...

3.1.2 System Spare Parts Package

The content and number of Spare Parts comprised in the individual System Spare Parts Package is defined by the Supplier in Appendix C.1 (“Spare Parts”).

The Supplier shall free of charge in each package include all relevant oils, lubricants, and similar consumables, which are not included in Appendix C.1, but however necessary to operate the UAS’ to the extent covered by each System Spare Parts Package.

Spare Parts and consumables not included in the System Spare Parts Package but nevertheless necessary to operate an UAS as described, shall be delivered free of charge by the Supplier within the delivery times stated in Appendix C.1.

Spare Parts used in connection with Warranty repairs / works are not included in the System Spare Parts Package and these shall be provided free of charge by the Supplier in the Defects Liability Period.

As part of the initial Purchase Order, cf. Special Appendix 5, the Supplier shall deliver 3 (three) System Spare Parts Packages; the Initial Package of Spare Parts, cf. Special Appendix”

...

3.5 Purchasing Scope

The Buyer intends to use the Agreement for current purchases of Deliverables, but the Buyer shall not be obliged to buy any minimum quantity of Deliverables. However, DALO will submit an Initial Purchase Order in accordance with Special Appendix 5.

It is DALO’s intention to make the Supplier the main supplier of the Deliverables until expiry of the Agreement. The Buyer shall however be entitled to purchase similar Deliverables from other suppliers.

...

21 DURATION, OPTION FOR RENEWAL AND EXPIRY OF THE AGREEMENT

The Agreement shall become effective at Commencement.

The Agreement shall expire without notice 5 (five) years after final Delivery of the initial Purchase, cf. Special Appendix 5, unless DALO chooses to exercise the option for renewal of the Agreement.

DALO shall be entitled to renew the Agreement on the same terms in accordance with the following scheme for options for renewal:

First option	2 (two) years
Second option	2 (two) years
Third option	1 (one) year

...

I prisbilaget, bilag C.1, skulle tilbudsgiverne angive de tilbudte priser. Prisbilaget indeholdt følgende faner: "Reading guide", "Prices" og "Spare Parts". Det fremgår under fanen "Prices":

...

Subsystems	Supplier's product No.	Supplier's product description	Price pr. Unit, excl. VAT	Units in the Initial Purchase Order	Evaluation number
UAV	[x]	[x]	[x]	9	12
Ground Control Station (GCS)	[x]	[x]	[x]	8	3
Antenna	[x]	[x]	[x]	8	10
Primary Sensor package (...)	[x]	[x]	[x]	6	12
SAR Sensor	[x]	[x]	[x]	3	6
Ground support equipment (...)	[x]	[x]	[x]	6	3

Training capability	Supplier's product No.	Supplier's product description	Price pr. Unit, excl. VAT	Units in the Initial Purchase Order	Evaluation number
Simulator (if offered separately)	[x]	[x]	[x]	1	12

Spare Parts Packages	Supplier's product No.	Product description	Price pr. Unit, excl. VAT	Units in the Initial Purchase Order	Evaluation number
Initial Package of Spare Parts	[x]	cf. clause 3.1.1.1 of the Agreement	[x]	1	1
System Spare Parts Package	[x]	cf. clause 3.1.1.2 of the Agreement	[x]	3	1

...

Tilbudsgiverne skulle angive prisen på reservedele under fanen "Spare Parts", hvor tilbudsgiverne for hver reservedel skulle udfylde kolonnerne C-M med følgende oplysninger:

- Tenderer's product no.
- Part of Subsystem
- Tenderer's product description
- Delivery Time (Working Days)
- Price pr. unit, excl. VAT
- Number in each Subsystem
- Can be repaired (yes/no)
- Maximum repair price
- Mean Time Between Failures (hours)
- Number of items in **Initial Spare Part Package**, cf. clause 3.1.1.1 of the Contract
- Number of items in **System Spare Part Package**, cf. clause 3.1.1.2 of the Contract

Af fanen "Reading guide" fremgår:

"Reading Guide

...

Sheet: Spare Parts

For every Spare Part in the UAS the Tenderer shall fill in one row. Use copy/paste to add more rows as necessary

In column 'C', the Tenderer shall fill in the Tenderer's own product No. for identification.

In column 'D' the Tenderer shall choose from the list of subsystems.

In column 'E', the Tenderer shall give a short product description

In column 'F', the Tenderer shall fill in the delivery time for each spare part in Working Days

In column 'G' the Tenderer shall fill in the price pr. unit

In column 'H' the Tenderer shall fill in how many of this Spare Part are present in each Subsystem

In column 'I' the Tenderer shall choose "yes", if the Spare Part is repairable, and choose "no" otherwise

In column 'J' the Tenderer shall fill in the maximum repair price

In column 'K' the Tenderer shall fill in the Mean Time Between Failure in hours if applicable

In column 'L' the Tenderer shall fill in the amount included in the Initial Spare Part Package. If none are included, fill in "0"

In column 'M' the Tenderer shall fill in the amount included in the System Spare Part Packages. If none are included, fill in "0"

...

I fanerne "Prices" og "Spare Parts" er der henvist til rammeaftaleudkastet punkt 3.1.1.1. og 3.1.1.2. Rammeaftaleudkastet indeholdt imidlertid ikke punkt 3.1.1.1. og 3.1.1.2.

De tre tilbudsgivere afgav indledende tilbud (INDO) den 11. maj 2023.

I FMI's brev af 31. maj 2023 til Shield står der:

"... During our review of your submitted INDO we have noted several apparent issues with the "Spare Parts" tab from Appendix C.1. To make our upcoming negotiation as effective as possible, DALO asks you to provide an updated version of the "Spare Parts" tab from Appendix C.1, before the meeting, taking into account the observations mentioned in Ad 2).

...

Ad 2)

Appendix C.1, Tab "Spare Parts": DALO has noted that [REDACTED]

[REDACTED] This is problematic as DALO must have prices and other information for each spare part in the agreement in order to be able to purchase them, and spare parts must be provided for all subsystems, cf. requirement 73 in Appendix A. Please take this into account when updating the "Spare Parts" tab, and note that the list must contain all spare parts for the entire UAS. If no spare parts are required for one or more subsystems, please provide an explanation why this is the case."

Af Shields "Negotiation response" af 8. juni 2023 fremgår bl.a.:

"SAI Response: SAI has added additional items to the list of spares in the separately submitted Appendix C.1."

I referat fra første forhandlingsmøde den 13. juni 2023 mellem FMI og Shield står der bl.a.:

"Spare parts (Appendix C.1)

DALO has noted that [REDACTED]

[REDACTED] Shield Ai was encouraged to take this into account when updating the “Spare Parts” tab, and note that the list must contain all spare parts for the entire UAS. [REDACTED]

[REDACTED] If no spare parts are required for one or more Subsystems, please provide an explanation why this is the case.

... Shield Ai was encouraged to give their best estimates on MTBF.

DALO made aware that Shield must provide all spare parts for the entire UAS [REDACTED]

DALO will make that more clear in the up-dated tender material.”

I referat fra første forhandlingsmøde den 15. juni 2023 mellem FMI og Arc-turus står der bl.a.:

”Spare parts (Appendix C.1)

DALO noted that the System Spare Part package is being reconsidered, which will be reflected in the revised tender documents. DALO also wished to confirm that 2000 hours are used per year for all the three systems, in which Arcturus confirmed.

Furthermore, DALO noted that the list in Appendix C.1, Tab ”Spare Parts” does not appear to contain any spare parts for [REDACTED]

[REDACTED] This is problematic as DALO must have prices and other information for each spare part in the agreement in order to be able to purchase them, and spare parts must be provided for all subsystems, cf. requirement 73 in Appendix A. Arcturus was advised to take this into account when updating the “Spare Parts” tab, and note that the list must contain all spare parts for the entire UAS. Thus, unit prices must be provided in the updated documentation.

DALO also wished to clarify [REDACTED]

[REDACTED] Arcturus was encouraged to have that in mind when updating the Spare Part list for the BAFO.

...

Prices

DALO noted that [REDACTED]

Arcturus was asked to elaborate [REDACTED]
[REDACTED] to make sure the price reflects the services in accordance with DALO's requirements.

...

Training

...

DALO asked [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].

DALO summarized the meeting by encouraging Arcturus to elaborate a little more on the documentation for ID #20 in Appendix C. A full spare part list must be provided."

Reviderede tilbud (BAFO)

FMI foretog ændringer i rammeaftaleudkastet og tilbudslisten efter modtagelsen af de indledende tilbud, bl.a. blev "System Spare Parts Package" fjernet, således at tilbudsgiverne kun skulle tilbyde én reservedelspakke. Reservedelspakken er i rammeaftaleudkastets definitioner angivet som "Initial Spare Parts Package", men under pkt. 3.1.2 anført som "System Spare Parts Package". Af rammeaftaleudkastet til de reviderede tilbud fremgår bl.a. (det med rødt markerede er ændringer):

"1 DEFINITIONS

...

"Initial Spare Parts Package (2000 hours)" shall mean a package comprising the Spare Parts necessary to operate the UAS' and other Products covered by the initial Purchase Order, cf. Special Appendix 5, for 1 (one) operational year with a total of 2,000 flight hours, cf. also clause 1.2 of Appendix A.

...

"Spare Part" shall mean any part of the Products which may be removed and replaced by a similar part at the user level. **In cases where a subsystem can not be disassembled into Spare Parts, the entire subsystem, or the subsystem with any Spare Parts removed, shall be considered a Spare Part.** All Spare Parts shall be specified by the Supplier in Appendix C.1 ("Spare parts (Total)").

...

“UAS” shall mean a whole Unmanned Aircraft System, as further specified by the Products stated in Appendices A and C, offered by the Supplier.

...

3.1.2 System Spare Parts Package (2000 hours)

The content and number of Spare Parts comprised in the individual System Spare Parts Package (2000 hours) is defined by the Supplier in Appendix C.1 (“Spare Parts”).

The Supplier shall free of charge in each package include all relevant oils, lubricants, and similar consumables, which are not included in Appendix C.1, but however necessary to operate the UAS’ to the extent covered by each System Spare Parts Package (2000 hours).

Spare Parts and consumables not included in the System Spare Parts Package (2000 hours) but nevertheless necessary to operate an UAS as described, shall be delivered free of charge by the Supplier within the delivery times stated in Appendix C.1.

Spare Parts used in connection with Warranty repairs / works are not included in the System Spare Parts Package (2000 hours) and these shall be provided free of charge by the Supplier in the Defects Liability Period.
...”

Rammeaftaleudkastets punkt 3.5 og 21 var ikke ændret i forhold til det, der er angivet ovenfor. Rammeaftaleudkastet indeholdt fortsat ikke noget punkt 3.1.1.1. eller 3.1.1.2.

Prisbilaget, bilag C.1., var ændret, således at det nu indeholdt fanerne: ”Reading Guide”, ”Prices”, ”Initial Spare Parts Package” og ”Parts (Total)”.

Fanen ”Prices” indeholdt stadig et skema til at oplyse priser på ”Spare parts packages”, men rækken ”System Spare Parts Package” var slettet, således at der under denne fane kun skulle angives en pris for ”Initial Package of Spare Parts (2000 hours)”. Samtidig var henvisningen ændret til rammeaftalens pkt. 3.1.2. Under fanerne ”Initial Spare Parts Package” og ”Parts (Total)” var stadig henvist til rammeaftalens punkt 3.1.1.1, som ikke eksisterede.

De tre tilbudsgivere afgav reviderede tilbud (BAFO) den 14. august 2023.

Shields BAFO indeholdt ■■■ forskellige reservedele som en del af tilbuddets ”Initial Spare Parts Package” og ■■■ reservedele som en del af tilbuddets

”Parts (Total)”. [REDACTED]

I referatet fra andet forhandlingsmøde den 10. oktober 2023 mellem FMI og Arcturus står der bl.a.:

”Spare parts (Appendix C.1)

...

DALO stated that “Spare Part” shall mean any part of the Products which may be removed and replaced by a similar part at the user level. In cases where a subsystem cannot be disassembled into Spare Parts, the entire subsystem, or the subsystem with any Spare Parts removed, shall be considered a Spare Part. This would be clarified in the revised tender material.

DALO highlighted that [REDACTED]

Furthermore, DALO highlighted that [REDACTED]

However, DALO emphasized that it was up to the tenderer to compose a package at tenderers own calculations and experience with the UAS comprising the Spare Parts necessary to operate the UAS’ and other Products covered by the initial Purchase Order, cf. Special Appendix 5, for 1 (one) operational year with a total of 2,000 flight hours.

DALO highlighted the wording in the Framework Agreement 3.1.2 where it is stated that Spare Parts and consumables not included in the Initial Spare Parts Package (2,000 hours) but nevertheless necessary to operate an UAS as described, shall be delivered free of charge by the Supplier.

Prices

DALO noted that [REDACTED]

Arcturus UAV, INC. explained [REDACTED]

”

Endelig tilbud (BAFO2)

Prisbilaget, bilag C.1, til de endelige tilbud indeholdt følgende faner: "Reading guide", "Prices", "Parts (Total)". Fanen "Initial Spare Parts Package" var således udgået. Af fanen "Prices" fremgår:

" ...

Subsystems	Supplier's product No.	Supplier's product description	Price pr. Unit, excl. VAT	Units in the Initial Purchase Order	Evaluation number
UAV	[x]	[x]	[x]	9	12
Ground Control Station (GCS)	[x]	[x]	[x]	8	8
Antenna	[x]	[x]	[x]	8	10
Primary Sensor package (...)	[x]	[x]	[x]	6	12
SAR Sensor	[x]	[x]	[x]	3	6
Ground support equipment (...)	[x]	[x]	[x]	6	6

Training capability	Supplier's product No.	Supplier's product description	Price pr. Unit, excl. VAT	Units in the Initial Purchase Order	Evaluation number
Simulator (if offered separately)	[x]	[x]	[x]	1	8

Spare parts packages	Supplier's product No.	Product description	Price pr. package, excl. VAT	Units in the Initial Purchase Order	Evaluation number
Initial Package of Spare Parts Package (2000 hours)	[x]	cf. clause 3.1.2 of the Agreement	[x]	1	1

" ...

Af fanen "Reading guide" fremgår:

"Sheet: Parts (Total)

For every Spare Part in the UAS, the Tenderer shall fill in one row.

Use copy/paste to add more rows as necessary

In column 'C', the Tenderer shall fill in the Tenderer's own product No. for identification.

In column 'D' the Tenderer shall choose from the list of subsystems.

In column 'E', the Tenderer shall give a short product description
 In column 'F', the Tenderer shall fill in the delivery time for each spare part in Working Days
 In column 'G' the Tenderer shall fill in the price pr. unit
 In column 'H' the Tenderer shall fill in how many of this Spare Part are present in each Subsystem
 In column 'I' the Tenderer shall choose "yes", if the Spare Part is repairable, and choose "no" otherwise
 In column 'J' the Tenderer shall fill in the maximum repair price
 In column 'K' the Tenderer shall fill in the Mean Time Between Failure or Replacement **in flight hours/hours of operation, cf. clause 1.2 of Appendix A. This shall take into account failure or replacement in connection with preventive as well as corrective maintenance.**
 In column 'L' the Tenderer shall fill in the amount included in the Initial Spare Parts Package (2000 hours). If none are included, fill in "0"
 ..."

“

Under fanen "Parts (total)" var der nu henvist til rammeaftaleudkastet punkt 3.1.2.

I kravspecifikationen "Requirements Specification" til brug for det endelige tilbud står der bl.a.:

"1.1.1 Initial Purchase Order

DALO will place an Initial Purchase Order in continuation of Commencement, cf. clause 3.5 of the Agreement.

1.2 The Danish Armed Forces intended use

...

When arriving at the landing area the UAV lands and post flight procedures are completed. Subsequently necessary repairs and/or maintenance are conducted by the Section itself, and the UAV will either be stored for transport or prepared for the next mission.

...

Any repairs and maintenance of subsystems or spare parts, which are not part of the Operator and Maintenance Course, are handled by the Supplier.

...

Each UAS is used in one of three independent Sections and the three Sections combined are expected to produce 2,000 flying hours yearly, including both military exercises and training."

Kravspecifikationen indeholder derudover følgende "key requirements":

”2.1 GENERAL UAS REQUIREMENTS

This section covers the operational requirements related to the UAS solution, such as the STANAG compliancy, data management, GPS-denied operations, simulator, etc.

...

14.	Functional tests and repairs	The operator shall be able to conduct troubleshooting, maintenance, replacement of spare parts, including UAV engine, and functional tests on the UAS during field operations.
-----	------------------------------	---

...

3. REQUIREMENTS FOR UPDATE, UPGRADE AND REPAIR SERVICES AND SPARE PARTS

73.	Spare Parts	The Supplier shall be able to supply all Spare Parts for the UAS (including all sub-systems), for the duration of the Agreement.
-----	-------------	---

...”

I bilaget ”Initial Purchase Order” til brug for det endelige tilbud står der bl.a.:

“1 GENERAL

This Appendix describes DALO’s initial purchase order placed in continuation of Commencement of the Agreement. The estimated budget for the initial purchase order is 133 mio. Dkk.

2 INITIAL PURCHASE ORDER

60 (sixty days) After Commencement, DALO will in accordance with clause 5 of the Agreement submit an initial Purchase Order covering the following Deliverables:

- a) A number of Products as defined in Appendix C.1 (in the column “Units in the initial Purchase Order”), which all together constitute 3 (three) UAS and 2 (two) extra Ground Control Stations (GCS).
3 (three) UAS and 2 (two) extra GCS shall be delivered as three consecutive deliveries after receipt of the initial Purchase Order.
- b) 1 (one) Operator and Maintenance Course, cf. clause 5 in Appendix A, for up to 12 (twelve) participants shall be initiated no later than three

months after delivery of the first UAS. The course should be completed as described in Appendix C.3.

c) 1 (one) Operator and Maintenance Course, cf. clause 5 in Appendix A, for up to 12 (twelve) participants, to be initiated after completion and evaluation, cf. clause 2.1, of the first course. The course should be completed as described in Appendix C.3 and adapted based on the evaluation, cf. clause 2.1.

d) 1 (one) optional Operator and Maintenance Course, cf. clause 5 in Appendix A, for up to 12 (twelve) participants, to be decided after completion and evaluation, cf. clause 2.1, of the first course. The courses should be completed as described in Appendix C.3. and adapted based on the evaluation, cf. clause 2.1.

e) 1 (one) *Initial Package of Spare Parts* Initial Spare Parts Package (2000 hours), cf. clause 2.1. This *Initial Package of Spare Parts* Initial Spare Parts Package (2000 hours) shall be delivered no later than at the time of the delivery of the first 2 (two) UAS and two extra GCS (as described under point a).

f) 3 (three) *System Spare Parts Packages*, cf. clause 3.1.1.2 in the Agreement, one for each UAS. One *System Spare Parts Package* shall be delivered together with each of the 3 (three) UAS (as described under point a).” [det med kursiv anførte var slettet i bilaget]

I kontraktbilag C.3, ”The Supplier’s outline training programme”, står der:

”For the training program, the following must be taken into consideration.

...

- The training as maintainers must allow the operator to replace all spare parts listed in the Spare Parts list cf. Appendix C.1 as well as encompass all planned scheduled maintenance. There are no levels of maintenance between the operators and factory level maintenance, hence the operators must be able to conduct all necessary maintenance.”

Af spørgsmål 26 og 28 med tilhørende svar fremgår:

”

26	19.10.2023	To clarify the calculation for MTBF on the spares (total) tab: if an item has an	All prices for Spare Parts will be included when calculating the Evaluation Price. This also applies
----	------------	--	--

		MTBF of above 20,000 hours (i.e. beyond the life of the 10 year program) will that still be calculated (fractionally) or will it not be calculated for the sustainment costs?	for Spare Parts with an MTBF of 20,000 or higher. Thus, the calculation of the Evaluation Price will be based on an estimated number of failures per year for each Spare Part. The calculation of this estimated number will be based on the MTBF of the Spare Part and the number of the Spare Part included in the relevant Subsystem, illustrated by the following formula: Estimated number of failures per year = $2,000 \times \text{Number in Subsystem} / \text{MTBF}$ The estimated number of failures per year for each Spare Part will be included in the calculation of the estimated cost of repairing and replacing Spare Parts over a period of 10 years, see the evaluation method (Enclosure 4 to the Instructions to Tenderers).
...			
28	27.10.2023	<u>Rephrased question:</u> Can DALO please provide a description of the "maximum repair price" in Appendix C.1 and the practical application and use of this price on a go-forward basis during the execution of the contract.	DALO can order a repair of a Spare Part in accordance with clause 5 in the Framework Agreement. The "Maximum repair price" shall constitute the highest price that DALO in all cases shall pay for a repair of the Spare Part in question (if repair of the damaged/defect Spare Part is possible). It should be noted that the repair price that DALO shall pay for a specific repair often will be lower than the Maximum repair price, for example, if it is a repair of less complexity.

Shields BAFO2 indeholdt [REDACTED] reservedele. Reservedelslisten indeholdt ikke [REDACTED]

Arcturus' BAFO2 indeholdt 439 reservedele.

Den 24. november 2023 besluttede FMI at tildele rammeaftalen til Shield. I FMI's orientering af Arcturus herom står der bl.a.:

“Regarding “Price”

Regarding the sub-criterion “Price”, DALO has calculated an Evaluation Price for each offer in accordance with Enclosure 4 to the Instructions to Tenderers and awarded a grade based on the Evaluation Price.

The Evaluation Price is calculated as the total price of the Evaluation number of all included products and services stated in Appendix C.1 (referred to in this letter as “Acquisition Price”), plus the estimated cost of repairing and replacing spare parts over a period of 10 years for the Evaluation Number of the various subsystems (including simulator and/or launch and landing equipment, if offered), cf. column F in Appendix C.1 (Prices) (referred to in this letter as “Sustainment Price”).

...

With regards to DALO's calculation of the Sustainment Price, DALO has noted that Arcturus UAV, Inc. has provided parts data at different Bill of Materials (“BOM-levels”). Including all lines in the calculation would thus lead to some parts being included too many times. Consequently, DALO has only included lines with lowest possible BOM-level in the calculation.

The calculation of the Evaluation Price of Arcturus UAV, Inc.'s offer is attached to this letter.”

Af orienteringen fremgår desuden, at Arcturus er tildelt 1,85 point for underkriteriet pris og 4,81 point for underkriteriet funktionalitet. Shield er til sammenligning tildelt 5 point for pris og 4,06 point for funktionalitet.

Bilag 2 orienteringen var FMI's beregning af den evalueringstekniske pris.

Det fremgår af FMI's interne evalueringsark vedrørende de afgivne priser, at FMI havde tilføjet en linje til Shields tilbudte prisliste (Appendix C.1.) i BAFO2. Linjen havde beskrivelsen ”UAV deducted by value of ID-55 and ID-121” og var anført med en værdi på [REDACTED] USD. FMI havde endvidere anført en MTBF for linjen. Derudover var det indikeret, at linjen ikke var medtaget i kolonnen ”Number of items in Initial Spare Parts Package”.

Af FMI's interne evalueringsrapport fremgår:

"Shield AI has included several spare parts related to the subsystem UAV in "Parts (total)" sheet. DALO has assumed that other parts of the UAV are non-replaceable. Furthermore, Shield has not included the UAV in the "Parts (total)" sheet, and has thus not provided a maximum repair price for the UAV. DALO has therefore assumed that the UAV cannot be repaired. Consequently, if a UAV fails, and the failure is not related to one of the replaceable spare parts, a whole new UAV has to be purchased.

In this connection DALO has assumed that the MTBF of the UAV is (...) hours. This assumption is based on the MTBF for the motor of the UAV, which DALO assesses to be the non-replaceable part in the UAV with the lowest MTBF and which DALO assesses reflects the MTBF of the UAV. Shield has in its best and final offer (BAFO) of August 14th 2023 provided a MTBF of (...) hours for a motor for the UAV".

Prisbilag for INDO, BAFO og BAFO2 fra Arcturus og Shield er fremlagt for klagenævnet. De nærmere oplysninger herfra, herunder oplysninger om tilbudte priser, gengives ikke i kendelsen ud over de oplysninger, der er medtaget i sagsfremstillingen ovenfor.

Parternes anbringender

Ad "fumus boni juris"

Arcturus har gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt. Der foreligger således kvalificerede overtrædelser af udbudsreglerne, der hver især eller i hvert fald tilsammen bør medføre en annullation af ordregivers tildelingsbeslutning eller af udbuddet.

FMI har gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har Arcturus principalt gjort gældende, at Shields BAFO2 skulle have være afvist som ukonditionsmæssigt, allerede fordi reservedelslisten i Shields BAFO2 ikke indeholdt UAV'ens motor "UAV, Engine".

Det følger således klart af ordlyden af kravspecifikationens krav 14, som er et key requirement, at FMI selv skal kunne forestå al vedligeholdelse, herunder specifikt udskiftning af UAV'ens motor. Dette må sammenholdes med udbudsbetingelsernes krav og definitioner for "Spare Parts" (reservedele), hvoraf fremgår, at "Spare Part shall mean any part of the Products which may be removed and replaced by a similar part at the user level. (...) All Spare Parts shall be specified by the Supplier in Appendix C.1 ("Spare parts (Total)")." Endvidere giver rammeaftalen mulighed for at anskaffe uddannelse af brugerne af det omfattede UAV-system ved såkaldte "Operator and Maintenance courses", hvorunder brugerne blandt andet skal uddannes i reparation og udskiftning af de reservedele, der er anført i reservedelslisten. Ved at sammenholde dette med de oplistede mindstekrav, herunder krav 14, fremgår det, at UAV'ens motor klart og utvetydigt er en reservedel, som FMI selv skal kunne købe og udskifte. FMI's mulighed herfor forudsætter, at motoren er indeholdt i tilbudsgivers reservedelsliste.

Det fremgår entydigt af ordlyden og den sproglige opbygning af kravspecifikationens krav 14, at FMI har stillet krav om, at FMI skal kunne udskifte alle reservedele (spare parts), og at UAV-motoren udgør et særligt fremhævet eksempel på en reservedel, som FMI skal kunne udskifte. Heraf følger entydigt, at UAV-motoren er en reservedel; endda den absolut væsentligste reservedel. UAV-motoren udgør således nøglekomponenten i driften af et UAS. Problemer med motorens funktionalitet kan føre til hele UAS'ets kollaps, og der vil notorisk ofte opstå problemer med motoren. Det er derfor helt naturligt, at FMI har fremhævet netop UAV-motoren som en reservedel, som FMI skal kunne udskifte, også ved feltoperationer, og at FMI som følge heraf har stillet krav til tilbudsgiverne om, at de dermed skulle tilbyde UAV-motoren som reservedel for at kunne opfylde kravet. Key requirement 14 og det heri opstillede krav til tilbudsgiverne om at angive alle reservedele, herunder UAV-motoren, i deres "Spare Parts List" angår ifølge sin ordlyd utvetydigt et krav om, at listen og angivelserne af reservedele heri skal stille FMI i en position, hvor FMI kan foretage en udskiftning af selve motoren som en reservedel og ikke alene udskiftning af reservedele relateret til motoren.

Med den rette træning, kan det være muligt under feltoperationer at udskifte selve motoren, mens det er langt mere vanskeligt og tidskrævende at skulle adskille motoren og udskifte enkelte komponenter i selve motoren. Dette er ganske enkelt ikke operationelt muligt at gennemføre under varetagelse af opgaver i felten, som key requirement 14 netop omhandler. Den konkrete

kontekst, som kravet angår, understøtter således kun yderligere, at kravet skal fortolkes i overensstemmelse med dets i øvrigt klare ordlyd, og at key requirement 14 således er udformet med et specifikt krav om, at tilbuddene skulle indeholde UAV-motoren som en reservedel på tilbudsgivernes Spare Parts List, så FMI vil være i stand til at udskifte UAV-motoren under feltoperationer.

Der er ikke nogen uklarhed forbundet med kravet, der efter sin ordlyd klart og tydeligt fremhæver dronens motor som en reservedel, der skal kunne udskiftes. I det omfang kravet mod forventning rent faktisk måtte blive anset som uklart, så vil dette alene understrege den generelt manglende klarhed i forhold til tilbudsgivernes tilbudsafgivelse vedrørende reservedele, hvilket subsidiært må indebære, at påstand 5, litra e, i så fald må tages til følge.

Det kan lægges til grund som ubestridt, at UAV'ens motor de facto ikke er indeholdt i Shields BAFO2, og at FMI dermed ikke vil kunne købe motoren fra Shield og selv udskifte den eller for den sags skyld få den repareret. FMI har selv anerkendt dette i evalueringsdokumenterne. Shields BAFO1 indeholdt UAV'ens motor som en del af Initial Spare Parts Package, hvorimod motoren slet ikke er indeholdt i Shields BAFO2. FMI har under klagesagen bekræftet, at der for så vidt angår Shields tilbud var en række af UAV'ens komponenter, nemlig motoren, fuselagen og vingerne, som hverken var selvstændigt eller samlet angivet i reservedelslisten. FMI anerkender i evalueringsrapporten klart og tydeligt, at hvis eksempelvis motoren måtte fejle, så vil FMI være tvunget til at købe en helt ny UAV. FMI har med andre ord netop ikke mulighed for at udskifte motoren, sådan som det er påkrævet i henhold til key requirement 14.

Det er på den baggrund uomtvisteligt, at Shields BAFO2 ikke opfylder key requirement 14, og at FMI anerkender dette.

Det følger af udbudsbetingelsernes pkt. 8.2, at de endelige tilbud skal opfylde alle key requirements. I modsat fald skal tilbuddet afvises som ukonditionsmæssigt. På den baggrund var og er FMI forpligtet til at afvise Shields BAFO2, allerede fordi det ikke indeholder UAV'ens motor og dermed ikke opfylder dette key requirement. Eftersom FMI i key requirements 14 og 73 specifikt har stillet krav til angivelse af motoren som reservedel i Appendix C.1, var FMI i medfør af ligebehandlingsprincippet forpligtet til at afvise tilbuddet fra Shield som ukonditionsmæssigt.

Shields ønsker og i særdeleshed FMI's forventninger til Shields ønsker/intentioner kan ikke lægges til grund i forhold til FMI's tildelingsbeslutning eller i forhold til klagenævnets afgørelse af sagen. Det er ganske enkelt faktisk forkert, at Shield skulle være i stand til at levere motoren, når den ikke er tilbudt som en del af Shields reservedelsliste, hvilket FMI også selv har anerkendt.

Det afgørende er, om Shield i medfør af sit tilbud (BAFO2) vil kunne levere de pågældende reservedele særskilt. En reservedel kan naturligvis ikke – som FMI tilsyneladende gør gældende – anses som tilbudt, blot fordi den indgår i det samlede sub-system. I givet fald havde det ikke været relevant at tilbyde reservedele, og FMI's anbringende savner således mening. FMI konstaterede da også selv i forbindelse med evalueringen, at Shields reservedelsliste manglede væsentlige dele, herunder vedrørende UAV'en, og at dette netop umuliggjorde køb og udskiftning af de pågældende dele.

Det fremgår således, at FMI har "assumed that other parts of the UAV are non-replaceable", dvs. at de ikke-inkluderede reservedele (som fx UAV'ens motor, fuselage og vinger) netop ikke kan udskiftes. Det fremgår videre, at FMI anerkender, at FMI vil være nødt til at købe "a whole new UAV", hvis der måtte opstå en fejl relateret til en reservedel, der ikke er på FMI's reservedelsliste, og som således ikke er tilbudt. Dette vil også have den konsekvens, at FMI netop ikke kan sikre, at key requirement 14 er iagttaget, idet FMI ikke under feltoperationer vil kunne foretage reparationer, vedligeholdelse osv., som ellers netop er kravstillet.

Dette forhold er, som anerkendt af FMI, en følge af, at Shield ikke har tilbudt de pågældende reservedele, og at FMI dermed ikke har modtaget oplysninger om, hvilke reservedele der præcis er tale om, og de afgørende reparationsoplysninger, herunder oplysninger om MTBF og om maksimal reparationspris. Dette er på linje med det, som FMI allerede selv utvetydigt har konkluderet i evalueringsrapporten.

De pågældende reservedele er med andre ord ikke en del af Shields tilbud (BAFO2). Dette indebærer, at Shield de facto ikke vil kunne levere de pågældende reservedele, og at Shield dermed ikke opfylder mindstekravene (14 og 73) om dels levering af (bl.a.) de pågældende reservedele, dels om at FMI selv skal kunne forestå udskiftning mv.

Det fremstår således som et forsøg på efterrationalisering, når FMI nu gør gældende, at Shield skulle være i stand til at levere de pågældende reservedele. Det fremstår desuden uklart, på hvilket grundlag FMI mener inden for udbudsreglerne at kunne indkøbe reservedelene fra Shield, når de ikke er tilbudt af Shield, sådan som FMI selv har erkendt og konkluderet i evalueringsrapporten.

FMI har dermed handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved i relation til evalueringen at forsøge at ”reparere” på Shields BAFO2 ved at inddrage UAV’ens pris fratrasket omkostningerne forbundet med de faktisk oplyste reservedele. FMI baserede sig ved manøvren på kun én af de manglende reservedele (motoren) på baggrund af oplysninger herom afgivet af Shield i et nu helt irrelevant tilbud, BAFO1, hvori reservedelen i øvrigt alene var oplyst i relation til ”Initial Spare Parts Package” og ikke reservedelslisten. Denne håndtering af tilbuddet fra Shield er i direkte strid med de angivne udbudsbetingelser og mindstekravet i key requirements 14 og 73 og dermed ligebehandlingsprincippet i Forsvars- og Sikkerhedsdirektivets artikel 4.

FMI’s ”afhjælpningsmanøvre” var umulig som følge af, at FMI netop ikke havde modtaget de nødvendige og altafgørende oplysninger fra Shield om de manglende reservedele. FMI har således ikke modtaget nogen oplysninger om de væsentligste komponenter i Shields tilbudte UAS, herunder MTBF for motoren, fuselagen og vinger mv. At manøvren reelt var umulig under behørig iagttagelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed understreges også af de store usikkerheder, der kan konstateres at være forbundet med det forsøg på afhjælpning, som FMI har gennemført. Shield har opnået en meget klar konkurrencefordel ved den valgte fremgangsmåde med manglende inkludering af de væsentligste reservedele (UAV’ens motor mv.), idet FMI’s tiltag i forbindelse med evalueringen på ingen måde har været egnede og tilstrækkelige til at imødegå manglerne ved Shields tilbud (BAFO2) og således sikre en lige behandling.

Arcturus bestrider FMI’s postulat om, at de reservedele, der ikke er taget højde for, ikke ville have haft nævneværdig betydning. FMI har på ingen måde dokumenteret dette.

FMI har anerkendt, at den MTBF, som FMI skønnede for den tilføjede drone, som FMI ikke var i besiddelse af oplysninger om, i sig selv har haft afgørende

betydning for udfaldet af udbuddet. FMI har således nærmere bestemt anerkendt, at Arcturus ville være blevet tildelt rammeaftalen, hvis eksempelvis MTBF'en for dronen blev nedsat med [REDACTED] %. Det kan ikke afvises, at en retvisende MTBF, der behørigt tog højde for samtlige manglende reservedele (ikke kun motoren), og som i øvrigt ikke blot baserede sig på en (ikke tilbudt) motor, ville være væsentligt lavere end antaget af FMI, herunder at den burde have været mere end [REDACTED] % lavere. FMI's beregning beror således på flere grundlæggende forkerte præmisser, der fører til en meget klar underestimering af de faktiske omkostninger forbundet med vedligeholdelse af Shields tilbudte løsning.

FMI burde (i det omfang der overhovedet havde været grundlag for en "afhjælpning" af Shields BAFO2) have ladet det komme Shield til skade, at Shield ikke tilnærmelsesvis havde tilbudt de påkrævede reservedele, herunder dronens motor, fuselage og vinger. Dette har FMI ikke gjort. Det kan således lægges til grund, at Shield de facto fik en meget klar konkurrencefordel ved sin valgte, spekulative tilgang, hvorved de beregnede vedligeholdelsesomkostninger androg et helt urealistisk beløb.

FMI har på denne baggrund handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4, ved at tildele rammeaftalen til Shield, uanset at Shields tilbud ikke opfylder key requirement 14.

Arcturus har subsidiært gjort gældende, at FMI har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4, ved at tildele rammeaftalen til Shield, uanset at reservedelslisten omfattet af Shields BAFO2 generelt var utilstrækkelig og/eller indeholdt utilstrækkelige, ukorrekte og/eller vildledende priser og data om reservedele og vedligeholdelse.

Shields reservedelsliste må anses for at indeholde så utilstrækkelige reservedele og/eller oplysninger vedrørende samme, at Shields BAFO2 ikke kan anses for at opfylde de to key requirements 14 og/eller 73. Derudover er Shields BAFO2 i øvrigt i strid med grundlæggende elementer i den udbudte rammeaftale. For det første følger det af udbudsmaterialet og den udbudte rammeaftales vilkår, at FMI generelt set har stillet krav om, at FMI i videst muligt omfang selv skal kunne forestå vedligeholdelse. Dette understreges utvetydigt i key requirement 14. Der var ikke – som hævdet af FMI – valgfrihed for

tilbudsgiverne i forhold til fastlæggelsen af deres vedligeholdelseskoncept, eller i hvilket omfang tilbudsgiverne ville tilbyde de enkelte reservedele. Tværtimod var der indlagt mindstekrav til omfanget af reservedele, som tilbudsgiverne skulle iagttage og indeholde i den samlede reservedelsliste "Parts (Total)".

Forpligtelsen til at tilbyde reservedele hænger også sammen med key requirement 73 i kravspecifikationen, hvorefter følger, at leverandøren skal være i stand til at levere samtlige reservedele, hvilket netop er for at facilitere FMI's mulighed for selv at kunne forestå al vedligeholdelse, herunder udskiftningen af reservedele.

Tilbudsgiverne skulle i kravspecifikationen bekræfte, at de opfyldte key requirements, herunder krav 14 og krav 73, ved at svare enten "Yes" eller "No" (Y/N). Det er dog uden betydning, at en tilbudsgiver måtte have svaret "Yes" til opfyldelsen af disse krav, hvis den tilbudte reservedelsliste afslører, at kravene faktisk ikke opfyldes. Tilbudsgivernes opfyldelse af kravene var således afhængig af, at tilbuddets reservedelsliste rent faktisk indeholdt alle reservedele, hvilket FMI selv har betonet over for tilbudsgiverne.

I relation til Shields reservedelsliste og de hertil relaterede evalueringstekniske beregninger af Shields Sustainment Price kan følgende lægges til grund:

- De samlede vedligeholdelsesomkostninger forbundet med Shields løsning over en 10-årig periode er i henhold til oplysningerne i Shields reservedelsliste beregnet til blot [REDACTED] kr. svarende til mindre end [REDACTED] i relation til Arcturus' løsning.
- De vedligeholdelsesomkostninger, der blev beregnet ud fra Shields tilbud, udgør således for en 10-årig periode blot [REDACTED] % af anskaffelsessummen for Shields løsning. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
- FMI tilføjede i forbindelse med evalueringen af Shields vedligeholdelsesomkostninger UAV'ens værdi med fradrag af de faktisk tilbudte reservedele vedrørende UAV'en. Dette førte til [REDACTED] af de beregnede vedligeholdelsesomkostninger forbundet med Shields løsning. Dette til trods er de beregnede udgifter vedrørende de to andre tilbudsgiveres løsninger fortsat [REDACTED] gange højere end Shields,

alt imens beløbet i øvrigt kun svarer til ca. ■■■ % af anskaffelsesprisen forbundet med Shields løsning.

- FMI har uden videre lagt Shields reservedele og dertil relaterede priser og oplysninger til grund for så vidt angår alle øvrige sub-systemer end UAV'et. Dette på trods af, at de beregnede anskaffelsespriser vedrørende samtlige enheder inden for hvert sub-system udgør mellem blot ■■■ kr. og ■■■ kr. beregnet for en 10-årig periode, hvilket er helt marginale beløb sammenlignet med de øvrige tilbudsgiveres beløb.
- De samlede reparationsudgifter, som FMI har beregnet i relation til Shields tilbud, beløber sig til blot ■■■ ■■■ kr. (over en 10-årig periode og for alle sub-systemer). Dette svarer til mindre end ■■■ af de reparationsudgifter, FMI har lagt til grund i relation til PTD's løsning (■■■ kr.) og mindre end ■■■ de samlede beregnede reparationsudgifter forbundet med Arcturus' løsning på ■■■ mio. kr.
- Trods denne iøjnefaldende difference fandt FMI (heller) ikke grundlag for i nogen udstrækning at foretage sig yderligere i relation til de beregnede reparationsudgifter og har således lagt disse til grund for sin evaluering.

Dette understreger overordnet set, at der er noget grundlæggende galt med Shields reservedelsliste og FMI's evaluering heraf, herunder i forhold til i) antallet og omfanget af de indeholdte reservedele og/eller ii) de afgivne vedligeholdelsesdata vedrørende de faktisk tilbudte dele, herunder vedrørende MTBF mv.

Den manglende opfyldelse af krav 14 ses at være anerkendt af FMI selv, jf. evalueringsrapporten, hvori FMI fremhæver, at FMI i tilfælde af enhver "failure", som ikke vedrører reservedele for UAV'en, vil være nødt til at indkøbe en helt ny UAV. FMI vil med andre ord netop ikke være i stand til at forestå vedligeholdelsen, herunder udskifte reservedele, vedrørende de væsentligste dele af løsningen. Det synes at være netop dette scenarie, som FMI ved udbudsmaterialets udformning og de stillede krav tydeligvis har haft til formål at undgå.

Det er helt åbenbart og umiddelbart konstaterbart, at Shield ikke havde medtaget fx UAV'ens motor på sin reservedelsliste, som ellers foreskrevet i mindstekravet i key requirements 14 og 73. FMI har således umiddelbart

kunnet konstatere, at de angivne reservedele i Shields BAFO2 var utilstrækkelige, og at der manglede oplysninger og data i forhold til de foreskrevne krav i udbudsbetingelserne til tilbuddenes indhold.

FMI har i øvrigt også kunnet konstatere, at Shields reservedelsliste slet ikke indeholder de samlede sub-systemer, fx UAV'en. Med andre ord opfylder Shield heller ikke de anførte key requirements, selv hvis FMI's fortolkning kunne lægges til grund.

FMI har på den baggrund været forpligtet til i medfør af ligebehandlingsprincippet, jf. Forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4, at afvise tilbuddet BAFO2 fra Shield som ukonditionsmæssigt.

Arcturus har mere subsidiært gjort gældende, at Shields reservedelsliste i det hele taget må anses for at indeholde så utilstrækkelige, ukorrekte og/eller vildledende oplysninger, at FMI ikke berettiget kunne tage tilbuddet i betragtning. Det ville således være umuligt at gøre dette under samtidig overholdelse af ligebehandlingsprincippet. Det er helt urealistisk, at de vedligeholdelsesomkostninger, der er beregnet vedrørende Shields løsning, på nogen måde kan være repræsentative for de faktiske vedligeholdelsesomkostninger, som FMI vil se ind i med Shields løsning. De enkelte løsninger er teknisk meget sammenlignelige, og det er helt utænkeligt, at vedligeholdelsesbehovet relateret til netop Shields løsning skulle være så beskedent set i forhold til vedligeholdelsesbehovet for både Arcturus' og PTD's løsning. De reparationsudgifter, der er beregnet og lagt til grund i relation til Shields løsning, udgør fx ikke [REDACTED] henholdsvis [REDACTED] af udgifterne beregnet og lagt til grund i relation til henholdsvis PTD's og Arcturus' løsning.

Arcturus har særligt vedrørende FMI's "forsøg på afhjælpning" gjort gældende, at FMI ikke havde hjemmel til som sket at forsøge at reparere på de åbenlyst mangelfulde forhold i tilbudsgivernes reservedelslister. Dette var således ikke muligt under overholdelse af ligebehandlingsprincippet.

Selv hvis det var tilfældet, var FMI's faktiske "forsøg på afhjælpning" af de pågældende forhold på ingen måde tilstrækkelige til at sikre en lige behandling af tilbudsgiverne, herunder særligt for så vidt angår Shield set i forhold til Arcturus. FMI har i relation til Shield (alene) tilføjet værdien af en UAV med visse fradrag og ladet denne indgå med en MTBF svarende til en (af

Shield i øvrigt slet ikke tilbudt) UAV-motor. FMI har selv anerkendt i evalueringsrapporten, at FMI ved enhver failure relateret til en hvilken som helst reservedel, som Shield ikke har tilbudt – herunder fx vedrørende motor, fuselage eller vinger – vil være nødt til at købe en helt ny UAV. På den baggrund synes det åbenlyst utilstrækkeligt alene at tilføje værdien af én UAV med en MTBF svarende til en (ikke-tilbudt) motor med henblik på at søge at kapitalisere den manglende opstilling af alle de pågældende reservedele. Sagen er således den, at FMI ifølge egne oplysninger vil skulle indkøbe en ny UAV, såfremt en hvilken som helst ikke-tilbudt reservedel måtte fejle. Det være sig motoren, fuselage, vingerne eller komponenter deri (mv.). En tilstrækkelig risikoafdækning ville på den baggrund som minimum forudsætte, at FMI enten havde tilføjet værdien af en UAV med en MTBF, der var udtryk for en ”kumulativ MTBF”, dvs. en MTBF der tog udgangspunkt i, hvor ofte en eller anden af alle de manglende reservedele måtte fejle, og/eller havde tilføjet værdien af et stort antal UAV’er med en MTBF svarende til hver enkelt reservedel.

Det er således utilstrækkeligt, når FMI alene har taget udgangspunkt i MTBF’en for en ikke tilbudt UAV-motor, idet dette højst dækker netop denne manglende reservedel. Ved en ”failure” relateret til motoren vil FMI således skulle indkøbe en helt ny UAV – som anerkendt af FMI selv. Ved en ”failure” relateret til enhver anden reservedel, der mangler i Shields reservedelsliste, er det samme tilfældet. Dette har FMI ikke taget højde for.

FMI kunne under alle omstændigheder umuligt reparere på Shields tilbud på en måde, der ville være fyldestgørende, idet FMI slet ikke modtog oplysninger om MTBF mv. for de manglende reservedele. Det gælder i øvrigt også motoren, idet FMI således ikke berettiget kunne tage hensyn til oplysninger afgivet i et ikke gældende tilbud (in casu Shields BAFO1). FMI’s eneste mulighed var at afvise Shields tilbud som ukonditionsmæssigt.

Det kan videre lægges til grund, at FMI rent faktisk lagde Shields reservedelsliste og oplysninger til grund for så vidt angår alle øvrige sub-systemer og for så vidt angår de beregnede samlede reparationsudgifter. Dette var uberettiget, hvilket fremstår oplagt henset allerede til de markante og iøjnefaldende forskelle mellem Shields tilbud over for de to øvrige tilbud.

FMI's håndtering af tilbuddet fra Shield er således også på den baggrund i strid med udbudsbetingelserne, mindstekravene i key requirements 14 og 73 og ligebehandlingsprincippet i Forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4.

De dokumenterede prisforskelle mv. i den foreliggende sag er så markante og bemærkelsesværdige, at dette som minimum må vende bevisbyrden om, således at det er FMI, som skal godtgøre, at Shields reservedelsliste uanset de pågældende forskelle faktisk var fyldestgørende, korrekt og retvisende mv. FMI har ikke løftet denne bevisbyrde.

Shields afgivne pris- og reparationsoplysninger, der har ført til en evalueringsteknisk delpris på [REDACTED] kr., er desuden ukorrekte og/eller groft vildledende, og FMI har på baggrund heraf været afskåret fra at tildele rammeaftalen til Shield.

Det kan lægges til grund, at Arcturus' MTBF-data og maksimale reparationspriser i relation til reservedelene "EO/IR/LD camera" og "Synthetic Aperture Radars (SAR)" hidrører direkte fra originalproducenten (OEM). Den evalueringstekniske pris ifølge OEM-data, der er relateret til disse to reservedele, baseret på FMI's egne beregninger til brug for evalueringen, udgør ca. [REDACTED] kr. Shield har tilbudt samme (eller som minimum meget tilsvarende) produkter, og Shield må have tilbudt (som minimum) meget tilsvarende reservedele. Uanset dette og den omstændighed, at der alene er tale om enkelte ud af en meget lang række relevante reservedele, har FMI beregnet sig frem til en samlet evalueringsteknisk "Sustainment price" i relation til Shields tilbud på blot ca. [REDACTED] kr., som FMI ukritisk har lagt til grund for evalueringen.

Afvigelsen på over 150 % mellem de beregnede vedligeholdelsesomkostninger for de to tilbudsgivere, hvis tilbud er vurderet som de økonomisk mest fordelagtige, dokumenterer eller skaber som minimum i sig selv en formodning for, at Shields beregnede vedligeholdelsesomkostninger ikke er repræsentative for de vedligeholdelsesomkostninger, FMI faktisk vil få på baggrund af en aftale med Shield.

Dette støttes af, at Arcturus kan godtgøre, at omkostningerne relateret til to enkeltstående reservedele på baggrund af OEM-data i sig selv langt overstiger Shields samlede evalueringstekniske Sustainment Price.

FMI har i forbindelse med udbuddet i vidt omfang overladt det til tilbudsgiverne at estimere de pågældende data, samtidig med at de afgivne oplysninger kun i begrænset omfang vil have en bindende karakter for leverandøren. FMI har dermed ikke på nogen måde sikret sig, at FMI kontraktuelt vil kunne holde den valgte leverandør op på de estimerede MTBF'er for reservedele, uanset at disse oplysninger sammen med reparationsprisen er helt afgørende for beregningen af den evalueringstekniske pris. Dette indebærer, at der var/er en oplagt risiko for spekulation i FMI's evalueringsmodel derved, at tilbudsgiverne kunne afgive ukorrekte eller misvisende reparationsdata for reservedelene og derved opnå en uberettiget konkurrencefordel med ingen eller begrænset risiko for efterfølgende at være forpligtet deraf.

FMI vil kontraktuelt ikke kunne holde Shield op på oplysningerne om reservedele, MTBF, enhedspriser og reparationspriser mv., som Shield slet ikke har afgivet og dermed ikke har afgivet nogen form for erklæring om over for FMI som en del af sit tilbud (BAFO2).

[REDACTED]

[REDACTED] Dette understreger kun yderligere, at FMI ikke har været berettiget til at lægge afgørende vægt på oplysninger om motoren i Shields BAFO1.

Det må endvidere under alle omstændigheder lægges til grund, at Shields priser og data i relation til reservedele er udtryk for spekulation i evalueringsmodellen. De ukorrekte og/eller groft misvisende oplysninger har afgørende betydning for den evalueringstekniske beregning af Shields Sustainment Price. Shield har herved opnået en væsentlig og uberettiget konkurrencefordel, som ikke kan imødegås og heller ikke konkret er blevet imødegået af FMI i behandlingen af de indkomne tilbud under evalueringen af tilbudsgivernes BAFO2.

Tilbuddet fra Shield var således ukonditionsmæssigt.

Særligt vedrørende påstand 1 har FMI ad Arcturus' principale anbringender gjort gældende, at krav 14 i kravsspecifikationen ikke skal forstås sådan, at

UAV'ens motor skal være en selvstændig reservedel i rammeaftalens forstand. Kravet handler grundlæggende om noget helt andet, nemlig brugernes adgang til at gennemføre fejlfinding, vedligeholdelse, udskiftning af reservedele og funktionstest af det samlede UAS under operationer i felten, og essensen af kravet er således, at brugerne i felten bl.a. skal kunne udskifte reservedele, herunder reservedele der relaterer sig til motoren. Arcturus' udlægning af kravet konflikter både med kravets formål og kontekst og med aftalegrundlagets systematik og definitioner. Det er ikke korrekt, når Arcturus anfører, at FMI har anerkendt, at det var et krav, at UAV'ens motor skulle tilbydes som en selvstændig reservedel.

Der er ikke grundlag for at antage, at Shield manglede at opliste bestemte reservedele til UAV'ens motor i Appendix C.1, hvilket FMI heller ikke har anerkendt. Det var op til tilbudsgiverne selv at fastsætte deres vedligeholdelseskoncept, herunder afgøre i hvilket (større eller mindre) omfang de tilbudte sub-systemer skulle nedbrydes i selvstændige reservedele.

Der er heller ikke grundlag for at antage, at der i Shields Appendix C.1 manglede oplysninger om andre komponenter end motoren, fuselagen og vingerne.

FMI gør ikke, som anført af Arcturus, gældende, at Shields tilbud gør det muligt at købe (og udskifte) disse komponenter enkeltvis som selvstændige reservedele. FMI's synspunkt er, at komponenterne kan købes af FMI som en del af UAV'en, som de indgår i.

Subsidiært har kravet ikke en sådan klarhed, at det kan føre til, at Shields tilbud – der vel at mærke indeholdt en lang række (udskiftelige) reservedele, der relaterede sig til motoren – skal erklæres ukonditionsmæssigt.

UAV'ens motor kan anskaffes som en del af UAV'en, som Shield har tilbudt, og det forhold, at der manglede oplysninger i reservedelslisten om motoren (eller rettere den enhed, som motoren indgik i), kan ikke tages som udtryk for, at Shield ikke kunne eller ønskede at tilbyde motoren.

FMI har ad Arcturus' subsidiære og mere subsidiære anbringender gjort gældende, at det var op til den enkelte tilbudsgiver at fastlægge det nærmere vedligeholdelseskoncept, herunder afgøre hvilke komponenter der skulle kunne udskiftes af brugerne. Udbudsmaterialet, herunder definitionen af reservedele, indeholdt ingen krav til, at specifikke komponenter skulle være

reservedele, eller at tilbudsgiverne skulle tilbyde et bestemt antal reservedele. Det forhold, at Shields tilbud indeholdt færre reservedele end Arcturus' tilbud, var således heller ikke i strid med udbudsgrundlaget, og Arcturus har ikke konkretiseret, hvori de hævdede mangler skulle bestå, men i det væsentlige blot henvist til en række beregninger, der viser forskelle i de opgjorte vedligeholdelsesomkostninger tilbudsgiverne imellem, hvilket kan være et udslag af mange faktorer, navnlig de tilbudte MTBF'er.

Udbudsmaterialet forudsatte, at tilbudsgiverne skulle opliste alle reservedele i reservedelslisten, men udbudsmaterialet fastslog ikke, at manglende angivelse af reservedele ville føre til, at tilbuddene skulle erklæres ukonditionsmæssige. Dette ville også være vidtgående, idet det f.eks. ville betyde, at det forhold, at en tilbudsgiver glemte at opliste en reservedel i form af et luftfilter til en pris på 5 USD, skulle føre til, at tilbuddet skulle afvises som ukonditionsmæssigt.

En sådan udlægning kan heller ikke støttes på krav nr. 73 i kravsspecifikationen, der blot fastslår, at leverandøren skal være i stand til at levere alle reservedele til UAS'en i rammeaftalens løbetid. Det forhold, at en leverandør ved en fejl ikke får oplistet bestemte reservedele, kan ikke tages som udtryk for, at leverandøren ikke vil være i stand til at levere de pågældende reservedele, og da slet ikke, hvis leverandøren eksplicit har bekræftet at opfylde kravet, hvilket var tilfældet for Shield.

FMI havde ikke grundlag for at betvivle Shields oplysninger om sinetilbudte reservedele, og Shield har også på FMI's forespørgsel bekræftet, at de afgivne oplysninger i virksomhedens tilbud, herunder om reservedele, var korrekte og retvisende.

FMI kunne alene konstatere, at tre af UAV'ens komponenter manglede i reservedelslisten (motoren, fuselagen og vingerne). For at sikre, at Shield ikke drog en uberettiget konkurrencemæssig fordel af dette, foretog FMI en justering af den beregnede "Sustainment Price" for Shields tilbud. Fastsættelsen af "tillægget" baserede sig på en forsigtig/konservativ tilgang, hvilket navnlig kommer til udtryk i to henseender. For det første blev det lagt til grund, at det ikke var muligt at udskifte de nævnte komponenter enkeltvis, hvis de fejlede, og at de således alene kunne udskiftes samlet, hvis én af komponenterne fejlede. For det andet blev det lagt til grund, at ingen af de nævnte kompo-

nenter kunne repareres, og at en fejl på én af komponenterne således nødvendiggjorde, at man anskaffede en helt ny UAV. Fastsættelsen af MTBF'en for de samlede tre komponenter skete efter en teknisk faglig vurdering, der blandt andet inddrog oplysninger fra Shields tidligere tilbud. Der er ikke grundlag for at tilsidesætte denne vurdering

FMI bestrider ikke, at der ved fastsættelsen af MTBF'en for den samlede enhed bestående af de tre komponenter principielt må inddrages MTBF'er for alle tre komponenter, men baggrunden for, at fastsættelsen tog udgangspunkt i MTBF'en for motoren, var, at de to øvrige komponenters MTBF'er formodes at være så markant højere, at det ikke påvirkede den samlede enheds MTBF i nævneværdig negativ grad. Dertil kommer, at mindre korrektioner af MTBF'en i nedadgående retning under alle omstændigheder ville have været helt uden betydning for evalueringen.

Shield opnåede ikke en konkurrencefordel ved FMI's justering af den beregnede "Sustainment Price" for Shields tilbud. Ved FMI's tilgang blev uklarheder i Shields tilbud således lagt Shield til last i den evaluerings-tekniske beregning, navnlig ved at FMI indlagde den forudsætning, at de tre komponenter ikke kunne købes selvstændigt (som enkelte reservedele), og at de tre komponenter ikke kunne repareres.

Arcturus har ikke godtgjort, at FMI på baggrund af sin tilbudsgennemgang burde have konkluderet, at Shields tilbud indeholdt "ukorrekte og/eller vildledende priser og oplysninger", jf. det, der er anført ad påstand 3. Arcturus har herunder ikke redegjort nærmere for, hvad det vil sige, at en pris er "ukorrekt" eller "vildledende".

Selv hvis det måtte fastslås, at FMI i sin tilbudsgennemgang burde have konkluderet, at Shield har afgivet "forkerte" eller "vildledende" oplysninger, har Arcturus ikke – ud over at henvise til ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet – anført retlige argumenter for, hvorfor dette skulle føre til, at Shields tilbud skulle have været erklæret ukonditions-mæssigt.

Udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 136, nr. 3, er under forsvars- og sikkerhedsdirektivet (artikel 39, stk. 2, litra h) frivillig og ikke tilvalgt. I stedet hævder Arcturus nu, at tilsvarende skal føre til, at tilbuddet i henhold til lige-

behandlings- og gennemsigtighedsprincippet skal erklæres ukonditions-mæssigt. Det følger dog forudsætningsvis af den nævnte udelukkelsesgrund, som netop kan vælges fra og til, at dette ikke kan være tilfældet.

Særligt vedrørende påstand 3 har Arcturus med henvisning til det, der er anført ad påstand 1, gjort gældende, at FMI burde have foretaget en kritisk undersøgelse af oplysningerne i tilbuddet fra Shield.

Der var på baggrund af oplysningerne i tilbuddet fra Shield set i forhold til oplysningerne og prissætningen i de to øvrige tilbud så markante afvigelser i prissætningen, at afvigelserne ikke kunne begrundes i afvigelser i tilbuddenes respektive indhold.

FMI burde således have undersøgt tilbuddet fra Shield nærmere og derved have afklaret, at prissætningen og oplysningerne om MBTF fra Shield ikke kunne være retvisende, men derimod må anses for at være groft vildledende.

FMI skulle som det mindste i forlængelse af Arcturus' henvendelse herom forud for denne klagesag og i forbindelse med denne klagesag afklare dette med Shield.

Ved at undlade dette har FMI ikke foretaget en effektiv kontrol af tilbudsoplysningerne fra Shield.

I det omfang påstand 1 ikke tages til følge, skal påstand 3 derfor tages til følge.

Særligt vedrørende påstand 3 har FMI gjort gældende, at FMI ved sin gennemgang af tilbuddene ikke fandt grund til at betvivle rigtigheden af de priser og data, som Shield oplyste. FMI var derfor ikke forpligtet til at foretage nærmere undersøgelser i relation hertil. Det støttes navnlig af, at reservedelslisten skulle udfyldes af tilbudsgiveren i overensstemmelse med det vedligeholdelseskoncept, som tilbudsgiveren vurderede mest optimalt. I den forbindelse skulle tilbudsgiver afgive en række bindende pris- og dataoplysninger for den enkelte reservedel. Det er i den forbindelse ikke usædvanligt, at prissætningen og MTBF'en for den samme eller den teknisk tilsvarende reservedel kan variere fra tilbudsgiver til tilbudsgiver. At FMI kunne konstatere forskelle i både de beregnede vedligeholdelsesomkostninger for visse reserve-

dele og forskelle i den beregnede "Sustainment Price" de enkelte tilbud imellem skabte derfor heller ikke i sig selv en sådan begrundet tvivl om, at FMI var forpligtet til at foretage en nærmere kontrol af oplysningernes rigtighed.

Det savner mening, når Arcturus anfører, at den såkaldte "OEM pass-through pricing" skulle anvendes af tilbudsgiver ved udfyldelse af reservedelslisten. Et sådant krav kan ikke udledes af udbudsmaterialet og var heller ikke forventet af FMI. Det ville således være uhensigtsmæssigt i såvel kommerciel som operationel henseende at kræve en sådan tilgang med "låste" data fra producenten, herunder i forhold til prissætning. "OEM pass through-tilgangen", særligt for så vidt angår MTBF, synes da heller ikke praktiseret af nogen af tilbudsgiverne under deres tilbudsafgivelse – heller ikke af Arcturus. Det kan således konstateres, at alle tilbudsgivere løbende i de tre tilbud (INDO, BAFO og BAFO2) justerede på såvel tilbudte priser som fastsatte MTBF'er.

Særligt vedrørende påstand 4 har Arcturus med henvisning til det, der er anført ad påstand 1 og 3, gjort gældende, at FMI's tildelingsbeslutning er i strid med udbudsreglerne og på den baggrund skal annulleres.

Medhold i påstand 1 vil således indebære en kvalificeret overtrædelse af udbudsreglerne med konkret betydning for tildelingsbeslutningen, idet påstandene indebærer, at Shields tilbud ikke kunne accepteres.

Medhold i den subsidiære påstand 3 må ligeledes anses som en kvalificeret overtrædelse, idet FMI ikke kan godtgøre, at der ville have været grundlag for at tildele rammeaftalen til Shield, hvis FMI havde gennemført den omhandlede afdækning i relation til Shields tilbudsoplysninger.

Særligt vedrørende påstand 4 har FMI gjort gældende, at allerede fordi Arcturus ikke skal have medhold i påstand 1 og 3, er der ikke grund til at annullere FMI's tildelingsbeslutning. Subsidiært har eventuelle konstaterede overtrædelser ikke en sådan væsentlighed, at de skal føre til annulation.

Selv hvis de MTBF'er, som Arcturus angav i sit tilbud [REDACTED], erstattede de afgivne MTBF'er i Shields tilbud, ville det ikke have haft betydning for udfaldet af evalueringen. Dette ville ændre Shields beregnede "Sustainment Price" fra [REDACTED] til

██████████ hvilket fortsat ville resultere i, at Shield har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Vedrørende spørgsmålet om fastsættelsen af MTBF'en for enheden bestående af fuselagen, vingerne og motoren vil alene en nedsættelse af MTBF'en med ████████ % have betydning for udfaldet af evalueringen. Måtte klagenævnet komme frem til, at FMI skulle have fastsat en lavere MTBF, vil dette dog være konkret uvæsentligt, medmindre klagenævnet er af den opfattelse, at der skulle være sket en nedsættelse på ████████ % eller mere.

Parternes anbringender ad de subsidiære påstande 5-7 gengives ikke.

Ad ”uopsættelighed”

Til støtte for, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt, har Arcturus gjort gældende, at FMI's overtrædelse af udbudsreglerne er klar og betydningsfuld, og at kravene til uopsættelighed derfor ikke skal sættes højt, jf. til støtte herfor fx Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. januar 2012, Ansaldo ST SpA mod Banedanmark. Dette gælder særligt i relation til påstand 1, herunder ved FMI's tildeling af rammeaftalen til en tilbudsgiver, hvis tilbud ganske klart og tydeligt ikke opfylder et eller flere mindstekrav (”Key Requirements”, som havde karakter af mindstekrav ved BAFO2).

Der er tale om en meget væsentlig rammeaftale med en estimeret værdi på 750 mio. kr. og en potentiel værdi på 1,3 mia. kr., som desuden er af særligt stor betydning for Arcturus. Der vil foruden et økonomisk tab tillige være et væsentligt tab af prestige forbundet med manglende tildeling af en så betydningsfuld aftale som den omhandlede.

Medhold i påstand 5-7 vil indebære, at udbudsmaterialet må anses for at være uegnet til at danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Dette vil ifølge fast praksis indebære, at Arcturus, der ellers blev nummer to ved udbuddet, kan være afskåret fra at opnå erstatning af den positive opfyldelsesinteresse uanset medhold i påstandene og dermed klagesagen. Dette indebærer med andre ord, at Arcturus netop risikerer at lide et uopretteligt tab, hvis ikke klagen tillægges opsættende virkning.

Den manglende mulighed for at kunne opnå positiv opfyldelsesinteresse i en situation som den foreliggende indebærer ifølge praksis, at betingelsen om

uopsættelighed skal anses som opfyldt, i hvert fald i en sag som den foreliggende.

Til støtte for, at betingelsen om uopsættelighed ikke er opfyldt, har FMI gjort gældende, at Arcturus ikke har godtgjort, at Arcturus vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis Arcturus skal afvente afgørelsen i hovedsagen, herunder at Arcturus' interesse i sagen ikke kan tilgodeses ved økonomisk kompensation.

Arcturus' betragtninger om tab af prestige må afvises, for det første fordi betragtningerne ikke er underbygget, og for det andet fordi manglende tilde-
ling af en kontrakt er en almindelig kommerciel risiko for virksomheder, der deltager i en udbudsprocedure, jf. f.eks. præmis 19 i Rettens kendelse af 25. januar 2012 i sag T-637/11, Euris Consult Ltd. mod Europa-Parlamentet.

Ad ”interesseafvejning”

Parternes anbringender ad betingelse nr. 3 (interesseafvejning) gengives ikke i kendelsen.

Klagenævnet udtaler

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

”Hvor særlige grunde taler herfor, kan Klagenævnet for Udbud eller det eller de medlemmer, der i den enkelte sag deltager fra formandskabet, på Klagenævnet for Udbuds vegne efter begæring tillægge en klage opsættende virkning.”

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

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig (”*fumus boni juris*”). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.

3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

Vedrørende betingelse nr. 1 ("*fumus boni juris*") bemærker klagenævnet:

Ad påstand 1 og 4

Påstand 1 angår, om FMI var berettiget til at tilføje posten "UAV deducted by value of ID-55 and ID-121" til Shields tilbud og evaluere tilbuddet inklusive denne post, efter at tilbudsgiverne havde afgivet deres endelige tilbud.

Det fremgår af udbudsbekendtgørelsens pkt. II.1.5), at den udbudte rammeaftale ud over indkøb af UAS-systemer også omfattede "...the purchase of sustainment (spare parts and repair services), other support services and training services related to the UAS...".

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 8.2, at udbudsmaterialet indeholdt en række "key requirements". Ifølge udbudsbetingelserne var "key requirements" genstand for forhandling og kunne ændres under forhandlingsproceduren. Derudover fremgår det af udbudsbetingelsernes pkt. 8.2, at "The tenderer must fulfill all Key Requirements in the BAFO. BAFOs that do not comply with all Key Requirements ("non-compliant offers") will not be taken into consideration, cf. however clause 9 and (...) the principle in § 159(5) of the Danish Act no. 1564/2015 on Public Procurement."

Af udbudsbetingelsernes pkt. 9 fremgår, at FMI efter modtagelse af tilbuddene ville gennemgå dem med henblik på at sikre, at de opfyldte de formelle betingelser, og at FMI kunne indhente yderligere oplysninger i overensstemmelse med proceduren og principperne i udbudslovens § 159, stk. 5. I den forbindelse er det anført, at "The use of the word "shall" in the tender documents does not prevent DALO from remedying or disregarding missing or ambiguous information in the offer."

Der var i kravspecifikationen stillet følgende “key requirements”:

- Krav 14: “The operator **shall** be able to conduct troubleshooting, maintenance, replacement of spare parts, including UAV engine, and functional tests on the UAS during field operations.”
- Krav 73: “The Supplier **shall** be able to supply all Spare Parts for the UAS (including all subsystems), for the duration of the Agreement.”

Tilbudsgiverne skulle som en del af tilbuddet udfylde en tilbudsliste, Appendix C.1. Af læseguiden til tilbudslisten fremgår, at “For every Spare Part in the UAS, the Tenderer shall fill in one row”.

“Spare Part” var defineret i kontraktsudkastets pkt. 1 som ”any part of the Products which may be removed and replaced by a similar part at the user level.” Derudover fremgår det: “In cases where a subsystem can not be disassembled into Spare Parts, the entire subsystem, or the subsystem with any Spare Parts removed, shall be considered a Spare Part.” Endvidere fremgår det: “All Spare Parts shall be specified by the Supplier in Appendix C.1 (“Spare parts (Total)”).”

Det fremgår således af ordlyden af krav 73 sammenholdt med kontraktudkastets pkt. 1 samt læseguiden til Appendix C.1., at tilbudsgiverne i deres tilbud skulle angive alle reservedele til de tilbudte UAS’er, og at betegnelsen ”reservedel” måtte forstås som enhver del af det tilbudte produkt, som kunne fjernes og udskiftes med en tilsvarende del af brugeren.

Efter at tilbudsgiverne havde afgivet deres indledende tilbud (INDO), gjorde FMI ved brev af 31. maj 2023 Shield opmærksom på, at FMI havde noteret ”several apparent issues with the “Spare Parts” tab from Appendix C.1”. Som uddybning hertil anførte FMI, at “DALO has noted that the list only contains spare parts for the UAV, and none for any of the other subsystems. This is problematic as DALO must have prices and other information for each spare part in the agreement in order to be able to purchase them, and spare parts must be provided for all subsystems, cf. requirement 73 in Appendix A. Please take this into account when updating the “Spare Parts” tab, and note that the list must contain all spare parts for the entire UAS.”

Det fremgår således tydeligt af FMI’s brev efter modtagelsen af Shields INDO, at Appendix C.1. skulle udfyldes for hver reservedel i aftalen, og at

der skulle tilbydes ("provide") reservedele for hvert sub-system. Derudover understregede FMI, at Appendix C.1. skulle indeholde alle reservedele for hele UAS'en.

Tilsvarende under det første forhandlingsmøde med Shield gjorde FMI udtrykkeligt opmærksom på, at tilbuddet fra Shield alene indeholdt reservedele for UAV'en og ikke for de andre sub-systemer. Derudover gjorde FMI ifølge mødereferatet opmærksom på, at "the list must contain all spare parts for the entire UAS" og at "...wings, fuselage (...) does not appear on the spare part list". Endelig fremgår det af referatet, at "DALO made aware that Shield must provide all spare parts for the entire UAS and not just the spare parts for the 2000 hours spare part package".

FMI gjorde også Arcturus opmærksom på dette. Det fremgår således af referatet fra første forhandlingsmøde med Arcturus, at "DALO noted that the list in Appendix C.1, Tab "Spare Parts" does not appear to contain any spare parts for [REDACTED] [REDACTED]. This is problematic as DALO must have prices and other information for each spare part in the agreement in order to be able to purchase them, and spare parts must be provided for all subsystems, cf. requirement 73 in Appendix A. Arcturus was advised to take this into account when updating the "Spare Parts" tab, and note that the list must contain all spare parts for the entire UAS. Thus, unit prices must be provided in the updated documentation."

Klagenævnet finder, at det efter ordlyden af krav 73 og 14 samt kontraktudkastets definition af reservedele, sammenholdt med FMI's udtrykkelige tilkendegivelser under forhandlingsforløbet, og udbudsmaterialet i øvrigt, må lægges til grund, at udbudsmaterialet stillede krav om, at tilbudsgiverne i Appendix C.1. skulle angive alle reservedele til UAS-systemet, og at der ved reservedele skulle forstås enhver del af UAS-systemet, som brugeren kunne fjerne og erstatte med en tilsvarende del. Tilbudsgiverne kunne således ikke vilkårligt undlade at anføre reservedele til de tilbudte UAS'er i Appendix C.1. i tilbuddet. Kun i det tilfælde, at et sub-system ikke kunne skilles i reservedele, skulle hele sub-systemet eller sub-systemet med de mulige reservedele fjernet, anses som en samlet reservedel. Det var således ikke fuldstændigt op til tilbudsgiverne at fastsætte deres eget vedligeholdelseskoncept.

Klagenævnet finder endvidere efter ordlyden af krav 73 og 14 sammenholdt med udbudsbetingelsernes pkt. 8.2 og 9, at FMI var forpligtet til at afvise tilbud, der ikke opfyldte betingelsen om at angive samtlige reservedele i Appendix C.1., som ukonditionsmæssige, medmindre manglen kunne rettes i overensstemmelse med proceduren og princippet i udbudslovens § 159, stk. 5.

Det kan lægges til grund, at tilbuddet fra Shield ikke indeholdt samtlige reservedele til det tilbudte UAS-system, idet i hvert fald motor, fuselage og vinger ikke var anført i Appendix C.1., og UAV'en med de mulige reservedele fjernet heller ikke var anført som en samlet reservedel. Tilbuddet fra Shield levede således ikke op til kravene i udbudsmaterialet, herunder krav 73 og 14 i kravspecifikationen.

FMI har ikke iværksat en procedure i overensstemmelse med udbudslovens § 159, stk. 5, og FMI har heller ikke godtgjort, at Shields efterfølgende tilføjelse af de manglende reservedele kunne ske i medfør heraf.

FMI har herefter ikke været berettiget til at tilføje yderligere "reservedele" til Shields tilbud. Klagenævnet lægger herved endvidere vægt på, at der for FMI forelå mangelfulde oplysninger vedrørende UAV'ens motor, fuselage og vinger, herunder om MTBF for de enkelte dele, og at betingelserne for at foretage en kapitalisering af en manglende post i en tilbudsliste henset til de udtrykkelige krav i udbudsmaterialet ikke er opfyldt.

Da tilbuddet fra Shield således på det foreløbige, foreliggende grundlag må anses som ukonditionsmæssigt, er der grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen.

Der er herefter udsigt til, at Arcturus får medhold i de principale påstande 1 og 4.

Betingelse nr. 1 om *fumus boni juris* er dermed opfyldt.

Der er herefter ikke i delkendelsen grundlag for tillige at tage stilling til de nedlagte subsidiære påstande.

Ad "uopsættelighed".

Klagenævnet har i sin delafgørelse af 7. december 2023 udtalt om uopsættelighedsbetingelsen:

”Ved vurderingen af, om denne betingelse er opfyldt, har klagenævnet indledningsvis overvejet, om der undtagelsesvis måtte være grundlag for at lempe uopsættelighedsbetingelsen, jf. princippet i EU-Domstolens kendelse i sag C-35/15 P(R), Vanbreda Risk & Benefits mod Kommissionen.

Efter karakteren af de påståede overtrædelser sammenholdt med de anbringender, der er anført til støtte herfor, finder klagenævnet imidlertid, at der ikke foreligger sådanne særlige forhold, at der undtagelsesvis er grundlag for en sådan lempelse.

I overensstemmelse med bl.a. klagenævnets faste praksis påhviler det herefter klageren at godtgøre, at en beslutning om ikke at tillægge klagen opsættende virkning vil indebære, at klageren vil lide en alvorlig, uoprettelig skade, såfremt klagenævnet i nævnets endelige afgørelse af sagen måtte tage klagen til følge.

På det foreløbigt foreliggende grundlag finder klagenævnet herefter, at klageren ikke har godtgjort, at en beslutning om ikke at tillægge klagen opsættende virkning vil indebære, at klageren vil lide en alvorlig, uoprettelig skade. Klagenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at der ved alle udbud består en påregnelig kommerciel risiko for ikke at opnå kontrakten, og at der ikke er oplysninger, der sandsynliggør, at klagerens eventuelle tab som følge af den påståede overtrædelse ikke vil kunne godtgøres ved en økonomisk erstatning.

Betingelse nr. 2 er derfor ikke opfyldt. På denne baggrund er betingelserne for opsættende virkning ikke opfyldt.”

Selvom der foreløbigt vurderet er udsigt til, at Arcturus’ påstand om annul-lation vil blive taget til følge, og at betingelsen om ”fumus boni juris” dermed er opfyldt, har Arcturus fortsat ikke godtgjort, at der foreligger sådan særlig alvorlig ”fumus boni juris”, at Arcturus ikke skal bevise, at en beslutning om ikke at tillægge klagen opsættende virkning vil indebære, at Arcturus vil lide en alvorlig, uoprettelig skade, og at eventuelle tab som følge af den påståede overtrædelse ikke vil kunne godtgøres ved en økonomisk erstatning.

Arcturus er ikke siden klagenævnets afgørelse af 7. december 2023 fremkommet med væsentligt yderligere vedrørende uopsættelighedsbetingelsen.

Betingelse nr. 2 er på den baggrund fortsat ikke opfyldt.

Betingelserne for opsættende virkning er herefter ikke opfyldt.

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning

Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Mette Langborg

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Anja Vibe Visby Bunch
Kontorelev