

K E N D E L S E

Babcock Vehicle Engineering Limited
(advokat Jesper Fabricius, København)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(advokat Christian Clausen og advokat Anders Gylling Kronborg, København)

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 106002-2024 af 16. februar 2024, offentliggjort 20. februar 2024, udbød Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (herefter "FMI") som udbud med forhandling efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet (direktiv 2009/81/EF) to rammeaftaler vedrørende anskaffelse og vedligeholdelse af "off-road utility vehicles (OV)" til en anslået værdi på 900 mio. kr. og med en maksimal værdi på 2 mia. kr. Rammeaftalen vedrørende anskaffelse af "off-road utility vehicles (OV)" havde en varighed på 7+2+2 år og for så vidt angår rammeaftalen vedrørende vedligehold en varighed på 7+7+7 år. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud baseret på bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvor pris vægtede 60 %, kvalitet vægtede 10 % og test vægtede 30 %.

Fristen for anmodning om prækvalifikation var den 19. marts 2024. FMI besluttede at prækvalificere følgende tre virksomheder:

1. Ejner Hessel A/S
2. GM Defence LLC
3. Toyota Danmark A/S (consortium Toyota-Babcock DALO 2024)

Toyota Danmark A/S (consortium Toyota-Babcock DALO 2024) (herefter ”konsortiet”) har ikke afgivet tilbud.

Den 5. juli 2024 indgav Babcock Vehicle Engineering Limited (herefter ”Babcock”) klage til Klagenævnet for Udbud over FMI. Babcock fremsatte ved klagens indgivelse anmodning om, at klagen skulle have opsættende virkning.

Klagenævnet besluttede den 22. juli 2024 at afgøre sagen uden forinden at tage stilling til spørgsmålet om opsættende virkning. Sagen er afgjort efter mundtlig forhandling.

Babcock har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at FMI i EU-udbud 106002-2024 har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 samt forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 33, stk. 6, og artikel 34, stk. 4, jf. § 1, i bekendtgørelse nr. 1077/2022, og det EU-retlige princip om proportionalitet, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivets 15. indledende betragtning, idet FMI

- a) ikke besvarede de spørgsmål, som konsortiet Toyota-Babcock DALO 2024 indsendte i FMI's elektroniske udbudssystem den 30. april 2024, og/eller
- b) ikke besvarede de spørgsmål, som konsortiet Toyota-Babcock DALO 2024 fremsendte per e-mail til FMI den 7. maj 2024, og/eller
- c) ikke reagerede passende med den fornødne omhu og proportionalitet på konsortiet Toyota-Babcock DALO 2024's henvendelser til FMI, telefonisk den 6. maj 2024 og skriftligt den 7. maj 2024 og 10. maj 2024, idet FMI først den 15. maj 2024 meddelte konsortiet Toyota-Babcock DALO 2024, at FMI ikke havde modtaget konsortiets spørgsmål korrekt i det elektroniske udbudssystem, og/eller
- d) ikke reagerede passende med den fornødne omhu og proportionalitet på konsortiet Toyota-Babcock DALO 2024's henvendelser til FMI, telefonisk den 6. maj 2024 og skriftligt den 7. maj 2024, 10. maj 2024,

14. maj 2024, 15. maj 2024 og 16. maj 2024, idet FMI ikke udsatte tilbudsfristen på trods af, at det stod klart for FMI, at der var sket fejl relateret til indsendelse og besvarelse af spørgsmål fra konsortiet Toyota-Babcock DALO 2024, idet besvarelsen af disse spørgsmål var af væsentlig betydning for konsortiets mulighed for at afgive tilbud.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal annullere FMI's udbud i henhold til EU-udbud 106002-2024.

Babcock har taget forbehold for at nedlægge påstand om erstatning.

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

Sagens nærmere omstændigheder

I udbudsbekendtgørelsen står der bl.a.:

”8. Organisationer

...

Kontaktpunkt: Torben Bjerre

E-mail: fmi-sd-la07@mil.dk

Telefon: 72814196”

Af Instructions to Tenderers fremgår bl.a. følgende:

”4. PRACTICAL INFORMATION

4.1 Questions in writing

Tenderers will have the opportunity to obtain additional information regarding the tender documents and the subject-matter of the tender by submitting questions in writing.

Questions must be drawn up in English and submitted in writing using the tab “Communication” on ETHICS web portal. Answers will be posted on ETHICS website.

Information regarding written questions and the answers to these questions will be uploaded to ETHICS website. The name of the tenderer having submitted the question will be anonymised.

Questions received no later than 1. May 2024 at 15.00 will be answered by DALO no later than 6 days before the deadline for submission of the INDO1.

Questions received later than the date set out above will also be answered unless the nature of the question makes it disproportionately onerous for DALO to answer 6 days before the deadline for submission of the INDO1.

Answers to questions received later than 6 days before the deadline of the INDO cannot be expected.

Consequently, questions and answers will form part of the tender documents which the tenderer accepts in its entirety when submitting an INDO and the BAFO.

5. THE TENDERER'S FIRST INDICATIVE OFFER (INDO)

5.1 Submission of the INDO

The INDO1 must be submitted electronically through ETHICS' web portal no later than: 17. May 2024 at 13:00 local time.

If the INDO1 is received after the announced deadline, it will not be considered.

...

The offer is submitted when uploaded and concluded to ETHICS' web portal in accordance with the instructions given by ETHICS. After the offer is uploaded and/or concluded, it is possible for the tenderer to change the content of the offer until the deadline for submission of the offer.

...

DALO will not have access to the submitted INDO until after the expiry of the deadline for submission of the INDO.

...

5.6 Possibility of award based on the INDO

DALO reserves the right to award the Contracts based on the INDO1 or any additional INDOs (INDO2, INDO3, etc.).

...

6. NEGOTIATIONS

6.1 Negotiations based on the INDO

After having received the INDOs submitted by the tenderers, negotiations will be conducted with each tenderer , unless DALO chooses to award the Contract on the basis of the concerned INDOs, cf. clause 5.6.

...

8. REQUIREMENTS AND RESERVATIONS

The requirements in the tender documents are divided into three categories: Mandatory Requirements, Key Requirements and Evaluation Requirements as further explained in clause 8.1, 8.2 and 8.3 below.

8.1 Mandatory Requirements

The tender documents include a number of Mandatory Requirements (marked with “M” in the Requirements Specification (Appendix AC/SC A). A Mandatory Requirement is a requirement that must unconditionally be complied with since deviations from the requirements will not be accepted.

...

Consequently, Mandatory Requirements and essential elements are not subject to negotiation.

...

8.2 Key Requirements

The tender documents include a number of Key Requirements (marked with “K” in the Requirements Specification (Appendix AC A and SC/A

Key Requirements may be a subject to negotiation and may be changed by DALO in the negotiation process. ...

8.3 Evaluation Requirements

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

Evaluation Requirements may be subject to negotiation and may be changed by DALO in the negotiation process. DALO may e.g. modify the content of an Evaluation Requirement.

...

13. EXPECTED TIME SCHEDULE FOR THE TENDER PROCEDURE

Event	Date, time
Invitations to participate in the tender procedure will be dispatched and the tender documents will be made available.	15. April 2024
Deadline for submission of questions, cf. clause 4.1.	1. May 2024
First Indicative Offer (INDO1) deadline, cf clause 5.1.	17. May 2024 at 13.00
Negotiation phase, cf. clause 6.	19.-23. August 2024
Estimated date when the BAFO must be submitted, cf. clause 7.	7. October 2024
[	
Estimated date when the Agreements will be awarded	17. October 2024

”

Det fremgår desuden af Instructions to Tenderers pkt. 11, at de to rammeaftaler vil blive tildelt den samme tilbudsgiver.

Inden for fristen for ansøgning om prækvalifikation den 19. marts 2024 havde bl.a. konsortiet søgt om prækvalifikation. FMI besluttede at prækvalificere tre virksomheder, herunder konsortiet.

Konsortiets upload af spørgsmål og kommunikation med FMI

Af et uddrag fra et skærmpoint fra Ethics taget af konsortiet den 30. april 2024 fremgår:

” ...

Action	Number	Filename	Created	Size		
Download	24-1449	CQ's for DALO, APP C, 30042024.xlsx	30. apr 2024 20:51:00	137.32 kB	☒	☐

...”

Den 6. maj 2024 kl. 14.44 sendte Mikael Nielsen (FMI) følgende e-mail til Christian Duurloo (konsortiet) med kopi til Torben Bjerre (FMI):

” ...

Kan du venligst sende mig jeres Enclosure 4 Specimen for validation and borrowing agreement? I har garanteret oploadet den til Ethic, men vi får først adgang her til ved udløb af tidsfrist for INDO. I mellemtiden har jeg brug for de øvrige informationer heri.

...”

Christian Duurloo besvarede e-mailen samme dag kl. 14.47, hvor han anførte, ”Tror du har skrevet til den forkert Christian?”.

Samme dag kl. 15.19 forespurgte Mikael Nielsen på samme streng af e-mails Christian Duurloo om, hvem der var deres officielle "point of contact", så han kunne få det udfyldte Enclosure 4.

Ved e-mail af 7. maj 2024 kl. 11.08 til Mikael Nielsen skrev Christian Duurloo følgende:

"...

Emne: RE: Stelnumre, 2x testbiler [RELEASABLE TO INTERNET TRANSMISSION]

...

Har i denne her i en version der kan skrives i?
..."

Den 7. maj 2024 kl. 18.16 sendte Christian Duurloo følgende e-mail til Mikael Nielsen:

"...

Vi havde i sidste uge inden deadline uploadet disse spørgsmål, men har ikke hørt fra jer samt spørgsmåls arket er væk?
..."

Konsortiets spørgsmål var vedhæftet e-mailen som fil.

Af e-mail af 8. maj 2024 kl. 10.13 fra Mikael Nielsen til Christian Duurloo fremgår:

"...

Please accept the planned time table for Toyota Denmark participation in our trial. Do not hesitate to contact me if you have any questions.
..."

Samme dag kl. 11.08 skrev Mikael Nielsen til bl.a. Christian Duurloo følgende e-mail:

"...

For your potential presentations for our soldiers during the test please note that projector with both HDMI and Display port is available.

...

WIFI is also available but in order to prepare the access please forward name and date of birth of the individual you wish to gain access to the network.

Information must be send to me and to CAP Toftdal no later than 13 May 2024.

...”

Den 10. maj 2024 skrev Christian Duurloo i en mail til Mikael Nielsen:

”...

Vi mangler stadig svar på de spørgsmål vi uploadede den 30 april. Vil I venligst svare på spørgsmålene da vi har en meget kort deadline.

...”

I en e-mail af 14. maj 2024 fra Christian Duurloo til Mikael Nielsen står der:

”...

Vi har stadig ikke fået svar på vedhæftede spørgsmål vi uploadede den 30 april.

Vil i venligst komme tilbage med svar på disse, samt er det muligt at få en udsættelse grundet der ikke er svaret på spørgsmålene indenfor rimelig tid?

...”

Den 15. maj 2024 svarede Torben Bjerre følgende:

”...

De i din mail vedhæftede spørgsmål, kan vi ikke konstatere er up loaded i Ethics. Vi har yderligere konsulteret Ethics, der heller ikke kan konstatere at spørgsmålene er up loaded i Ethichs platformen.

Jeg henviser til at spørgsmålene kan stilles i forbindelse med forhandlingerne.

...”

Senere samme dag skrev Christian Duurloo til Torben Bjerre med kopi til bl.a. Mikael Nielsen:

”...

Det forstår jeg ikke. For efter jeg uploadede spørgsmål, tog jeg dette skærmpoint der tydeligt viser at spørgsmålene er på portalen.

Spørgsmålene er meget vigtige for os i forhold til prissætningen og derfor kan de ikke vente til en evt. forhandling når DALO har mulighed for at acceptere det vi byder ind med uden forhandling.

...”

Den 16. maj 2024 skrev Christian Duurloo følgende e-mail til Torben Bjerre med kopi til bl.a. Mikael Nielsen:

”...

Der er nu under 24 timer til deadline & I har stadig ikke givet lyd fra jer. Kan vi forvente et svar fra jer inden deadline? Kan vi forvente i udsætter deadline nu I, ikke har svaret på spørgsmålene i rimelig tid til vi kan reagere på jeres evt. svar inden deadline.

...”

Torben Bjerre besvarede e-mailen den 17. maj 2024:

”...

Det fremgår af Instructions for Tenders OV punkt 4.1 at:

Questions must be drawn up in English and submitted in writing using the tab “Communication” on ETHICS web portal.

Answers will be posted on ETHICS website.

FMI kan ikke konstatere at de spørgsmål du referere til, er up loaded i ETHICS. Yderligere har vi kontaktet ETHICS, som heller ikke kan konstatere at de spørgsmål du referere til er up loaded i ETHICS.

I øvrigt henvises til Instructions for Tenders OV punkt 8.2 vedr. Key Requirements.

...”

Ved e-mail af samme dag til Torben Bjerre fastholdt Christian Duurloo, at der i de tidligere e-mails var fremsendt dokumentation for, at konsortiet havde gjort, som det skulle.

I e-mail af 31. maj 2024 fra Ethics til Torben Bjerre hedder det:

”...

Som vi talte om i telefonen, så kan vi i systemet ikke se, at I har modtaget en besked med spørgsmål fra en tilbudsgiver den 30 april 2024- ud over den besked, hvor den pågældende tilbudsgiver henviser til manglende svar.

Du har sendt en screenshot i mail her, som jeg kan genkende, som forsøg på at vedhæfte en fil under “tilbudsafgivelse”, men filen er ikke blevet sendt afsted på dette udbud, da “fluben” til venstre er mørkegråt, og det burde være lysegrønt og grønt. Som her:



Det er heller ikke den helt korrekte måde at stille spørgsmål på, da spørgsmål forventes modtaget i spørgsmål/svar fanen.

Som ordregiver ville du uanset hvad, ikke kunne åbne og se disse spørgsmål (vedlagt som fil og del af tilbud), før efter fristen for indeværende tilbudsperiode.

...”

Ethics

Udbuddet gennemføres af FMI i det elektroniske udbudssystem Ethics. FMI har under den mundtlige forhandling fremvist og gennemgået relevante ud- drag af brugergrænsefladen for tilbudsgiver og ordregiver i Ethics.

Af et screenshot af udbuddets brugerflade i Ethics fremgår:

”...

Framework agreement regarding supply and sustainment of off-road utility vehicles (OV)

Status Notice Tender submission Communication Direct dialogue

PM Danish Ministry of Defence Acquisition and Logistics Organisation

Danish Ministry of Defence Acquisition and Logistics Organisation

Welcome to the Danish Ministry of Defence Acquisition and Logistics Organisation (DALO), which is the specialized materiel centre and logistics authority of the Danish Defence. The organization acquires, maintains, develops and phase out materiel capacities and ensures provisions in due time for the Danish Defence operations.

Danish Ministry of Defence Acquisition and Logistics Organisation
 Lastrupbjerg 1-5
 2750 Ballerup
 Company No. 16-28-71-80
<https://www.fmi.dk>

Title 2023/196 Framework agreement regarding supply and sustainment of off-road utility vehicles (OV)

Contracting authority Danish Ministry of Defence Acquisition and Logistics Organisation

Legislation EU tender according to DIRECTIVE 2009/81/EC - Defence and Security

Procedure type Negotiated procedure

Tender round Negotiations - 1. Bid Round

Tender deadline 17. maj 2024 13:00:00

Tender status **Tender bid not submitted. Note that it is possible to make adjustments after conclusion and until deadline expiration.**

Shared with 00520144@mil.dk

Send notifications about Communication ☒ Mark the field to get emails about new entries under 'Communication'

Warn about missing conclusion ☒ Mark the field to get warnings before deadline expiration, if conclusion is missing

Instructions

The tender site gives access to all information regarding the tender.

As approve participant one get access to **Request submission** and later **Tender submission**, from where the tender material can be accessed and request and tenders can be submitted.

Please make sure to conclude both requests and tender bids. This must be done in order for the contracting authority to take your submission into account. Signing can be done using a valid ETHICS certificate, which is first issued during the initial user registration. For more information click your name in the upper right corner. Here you can also find instructions in usage of ETHICS certificates.

Vendors are notified of publication of general announcements and questions and answers. Details can be found under **Communication**. Here vendors can also submit questions.

...”

Når feltet ”Customer Service” åbnes, er der adgang til følgende oplysninger:

” ...

Hvordan kan vi hjælpe?

Søg...

Hjælpeartikler

Skriv til os / Bestil et opkald

Ring til os

Mest læste artikler (ordregiver)

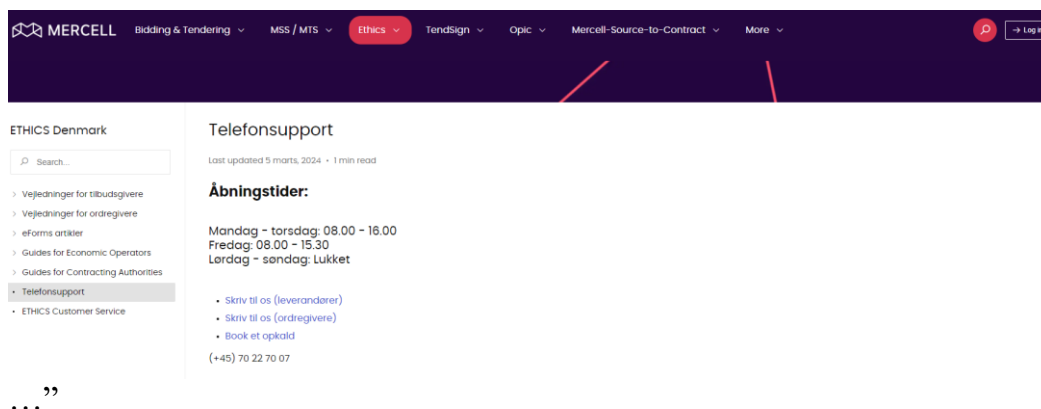
- Procedure typer
- Nulstilling af adgangskode
- Oprettelse af et Minludbud under en tilknyttet Rammeaftale i ETHICS
- Annullering af udbud
- Oprettelse af en markedsundersøgelse
- eForms artikler

Mest læste artikler (tilbudsgiver)

- ESPD FAQ
- Oprettelse af ny bruger i Ethics
- Deling af adgang til udbudstilmedling
- Underskrivning og afslutning af tilbud
- Adgang til konkrete indkøb under et dynamisk Indkøbssystem

Senest opdaterede artikler

- Vejledning om e-formularer & danske definitioner af felterne i eForms
27 okt., 2023
- Oversigt over nye eForms standardformularer
13 okt., 2023
- Tilknyt af tilbud til en kontrakt i resultat-formular
13 okt., 2023
- Tilknyt tilbud til tilbudsgiver i resultat-formular
13 okt., 2023
- eForms artikler
27 okt., 2023



Ethics har under sagen på foranledning af FMI den 15. juli 2024 besvaret følgende spørgsmål:

”...

· At klager ikke har uploadet en besked den 30. april (eller på noget senere tidspunkt) med et vedhæftet ark indeholdende [30?] spørgsmål.

- Korrekt

· At det slet ikke er teknisk muligt at vedhæfte en fil til en besked under ”communication” fanen

- Korrekt

· At det fremlagte ”screenshot” fra klager viser, at klager har prøvet at uploade noget under ”tilbudsafgivelse”.

- Jeg har ikke umiddelbart set screenshots, men vi kan se i loggen at der er blevet uploadet en fil d. 30/4 under tilbudsafgivelses fanen.

· Om Ethics kan forklare, hvorfor det, som tilbudsgiver prøvede at uploade under ”tilbudsafgivelse” (pkt. c), ikke længere kunne ses af klager nogle dage senere (klager mener at det er blevet slettet).

- På baggrund af hvad vi har kigget på i loggen, har vi en indikation på hvad der er sket, men for at give en endelig forklaring vil det kræve at vi tester scenariet for at se om vi kan genskabe situationen. Så vidt jeg husker vil det formentlig ikke være udslagsgivende, men skulle det mod forventningen være tilfældet kan vi teste.

· Om det overhovedet vil være muligt for ordregiver at slette noget som helst i Ethics uanset om det er uploadet under ”communication” fanen eller under ”tilbudsafgivelse”?

- Det er ikke muligt at slette nogen dokumenter eller beskeder udover de dokumenter ordregiver selv har uploadet under udbudsmaterialet.

· At ordregiver ikke har adgang til noget, der bliver uploadet under ”tilbudsafgivelse”, før tilbudsfristen er udløbet.

- Korrekt

· Evt. i samme mail eller særskilt: Hvilke muligheder en tilbudsgiver har for at få teknisk support.

- Tilbudsgiver har præcis samme muligheder for support som ordregiver. Dermed sagt har man adgang til support på skrift eller over telefonen i vores åbningstider som er mandag - torsdag 8-16 og fredag 8-15:30.

· Er der et nummer man kan ringe til hos Ethics/Mercell?

- ja - 33 60 94 44

· Er der en teknisk vejledning, der måske viser, hvordan man stiller spørgsmål i systemet, og hvorefter det måske også fremgår, at man ikke kan uploade filer under ”communication” fanen?

- ja, denne artikel havde nok kunnet hjælpe tilbudsgiver i dette tilfælde - Spørgsmål og svar.”

I en e-mail af 16. juli 2024 fra Ethics til Torben Bjerre står der:

”...

Ja, der har ikke været nogen driftsforstyrrelser d. 30/4.

...”

I e-mail af 22. august 2024 til FMI’s advokat har Ethics oplyst følgende:

”...

Hvis såfremt de har fået en besked om at spørgsfristen var overskrevet, så var det blot en påmindelse om at de ikke kan være sikker på at deres spørgsmål bliver besvaret, da de har passeret spørgefristen.

Systemet har ikke en hardblock på spørgsmål, så man kan altid indsende spørgsmål helt frem til tilbudsfristen.

...”

I e-mail af samme dato til Torben Bjerre har Ethics besvaret følgende yderligere spørgsmål:

”...

1. I har tidligere ved mail af den 16. juli 2024 bekræftet, at der ikke har været nogen driftsforstyrrelser på Ethics-platformen den 30. april 2024. a) I bedes også svare på, om I er bekendt med, at der den 30. april 2024 skulle have været fejl eller enkeltstående fejl (“bugs,” ”glitches” eller lignende) på Ethics-platformen generelt eller relateret til det konkrete udbud, som har forhindret spørgsmål fra at blive stillet på platformen den 30. april 2024? **a)** Der har den 30. april 2024 ikke været drift forstyrrelser på platformen. Der er ligeledes ikke meldt noget ind fra brugere af platformen denne dag ang. enkeltstående fejl.
2. Vi kan se af loggen, at Christian Duurloo var inde under fanen ”Communication” flere gange den 30. april 2024. Vi kan også se, at Christian Duurloo uploadede et dokument under fanen ”Submission” den 30. april kl. 20:51:01. Vi kan ikke af loggen eller af fanen ”Direct Dialogue” se, at Christian Duurloo har været inde under fanen ”Direct Dialogue” eller i øvrigt sendt en besked derinde. Kan I svare på nedenstående spørgsmål: b) Indeholder loggen alle de aktioner, der foretages på Ethics-platformen? c) Kan I bekræfte, at Christian Duurloo dermed ikke har sendt beskeder under fanen ”Direct Dialogue” den 30. april 2024? d) Kan I videre oplyse, at hvis Christian Duurloo havde sendt en besked, ville han så selv kunne se på Ethics-platformen, at der var sendt en besked under fanen ”Direct Dialogue”? Og i så fald hvor kunne han se det henne samt ville han have modtaget en kvittering? **b)** Loggen indeholder alle de aktioner som er relevante for ordregiver. Bl.a. når tilbudsgiver sender en besked eller åbner en besked/kommunikation. Dvs. det ville fremgå af Log hvis en tilbudsgiver har åbnet en dialog eller afsendt et spørgsmål. **c)** Spørgsmål sendt via kommunikation får et nummer der starter med 24-Q*xxx. Ved spørgsmål i direkte dialog vil de have et andet Id-nummer. eks. *24-l*xxx. Jeg har tjekket i tilbudsgiver direkte dialog og kan ikke se et spørgsmål sendt 30-04-24 via direkte dialog. ***d)** Tilbudsgiver kan via sin egen direkte dialog se, hvilke spørgsmål de har sendt

ind, hvilket tidspunkt, og hvornår der er svaret på spørgsmål. Tilbudsgiver får ikke en bekræftelse på, at de selv har afsendt et spørgsmål. Men de kan se deres spørgsmål i direkte dialog.

3. Vi kan selv konstatere alle brugere, der er tilknyttet udbuddet findes under fanen "User administration." a) Kan I oplyse, om alle de brugere, der har eller har haft adgang til udbuddet, fremgår under fanen "User administration"? b) Kan I oplyse, om en person ved navn Søren Audon har været inde på udbuddet? **a).** Under User administration vil I kunne se de bruger som er "hoved" ejer af udbud. Dvs. I dette tilfælde Christian, hans kollega Søren vil ikke fremgå af listen. **b).** Hans kollega Søren har ikke en bruger på Ethics med hans mail: soren.bogelund@toyota.dk , så selvom han er tilknyttet udbud, dvs. de har delt udbud med ham, så har han ikke haft mulighed for at logge på og se eller arbejde med udbud.
..."

Af skærmbillede fra udbuddets systemlog i Ethics over stillede spørgsmål i perioden 30. april – 1. maj 2024 fremgår, at der af de øvrige tilbudsgivere blev uploadet spørgsmål i denne periode under fanen "Communication".

Vidneerklæringer

Der er under sagen afgivet skriftlige vidneerklæringer af Søren Audon og Christian Duurloo.

Søren Audon har den 9. august 2024 erklæret følgende:

"Undertegnede Søren Audon, ekstern konsulent for Toyota Danmark A/S, skal hermed bekræfte, at jeg på vegne af Toyota Danmark A/S den 30. april 2024 om aftenen efter aftale med Christian Duurloo, Manager, Fleet & Remarketing, VLV Champion, Toyota Danmark, forsøgte at uploade spørgsmål under fanen "Communication" i udbudssystemet Ethics under FMI's ovennævnte udbud.

Jeg har adskillige års erfaring med brug af udbudsplatformen Ethics og er derfor indgående bekendt med brugen af systemet, som jeg løbende bruger i et stort antal udbud, herunder i forbindelse med upload af spørgsmål m.v.

Den normale fremgangsmåde for upload af spørgsmål er, at man under fanen "Communication" aktiverer den blå funktionsknap "Question", der kan ses i bjælken med funktioner. Når man herefter aktiverer den grønne

fane ”Send question”, der kan ses øverst til højre på det nederste skærmbild på vedhæftede bilag, åbner der sig normalt en tekstboks/kommentarboks, som man kan indskrive sine spørgsmål i, f.eks. ved at kopiere teksten med spørgsmål fra en word- eller excel-fil over i tekstboksen/kommentarboksen.

Når teksten er kopieret ind i/ skrevet ind i tekstboksen/kommentarboksen, skal der efterfølgende foretages en aktivering/afsendelse ved at trykke på den blå funktionsknap ”Send” nederst i tekstboksen/dialogboksen.

Da jeg den 30. april 2024, ca. kl. 21.15 om aftenen forsøgte at aktivere funktionsknappen ”Send question”, åbnede der sig imidlertid ingen tekstboks/kommentarboks. I stedet fremkom en meddelelse, der efter min bedste erindring havde følgende indhold: (”The deadline for submitting bids/requests have passed. Questions cannot be submitted after the deadline”). Jeg kunne på det pågældende tidspunkt af dagen ikke kontakte Ethics’ kundesupport, da denne lukkede kl. 16.00 om torsdagen.

Da det ikke var muligt at uploade vores spørgsmål under fanen ”Communication”, og da spørgsmålsfristen i henhold til udbudsbetingelserne først udløb den efterfølgende dag, valgte jeg at uploade filen med spørgsmål under fanen ”Direct dialogue” i samme udbud, hvilket lykkedes. Under denne fane kan der i modsætning til under fanen ”Communication” uploades filer. Filen blev succesfuldt uploadet og fik tildelt et filnummer. Filen var synlig i systemet som uploadet.

I den løbende dialog orienterede Christian Duurlo om den fremgangsmåde, jeg havde benyttet, og Christian Duurloo loggede sig efterfølgende selv ind på Ethics-platformen og bekræftede, at han også kunne se filen som uploadet i systemet.”

Christian Duurloo har den 12. august 2024 erklæret følgende:

”Undertegnede Christian Duurloo, Manager, Fleet & Remarketing, VLV Champion, Toyota Danmark A/S, skal hermed bekræfte, at jeg den 30. april 2024 om aftenen var i løbende dialog med Søren Audon, der som ekstern konsulent for Toyota Danmark A/S forsøgte at uploade vores spørgsmål under fanen ”Communication” i udbudssystemet Ethics under FMI’s ovennævnte udbud.

Vi har benyttet Søren Audon som ekstern konsulent i udbud i en årrække, og han er en erfaren specialist i brug af udbudssystemer, herunder i brug af Ethics-platformen, som er en udbudsplatform, som vi meget ofte anvender i udbud vi deltager i, med Søren Audons hjælp.

Søren Audon oplyste mig den 30. april 2024 om aftenen om, at han ikke havde kunnet uploade spørgsmål under fanen ”Communications”, da der ikke fremkom nogen tekstboks/kommentarboks ved aktivering af den blå funktionsknap ”Question” og efterfølgende den grønne fane ”Send question”. Han oplyste desuden, at der var spærret for upload af spørgsmål via fanen ”Communications”, selvom spørgefristen først skulle udløbe den efterfølgende dag, og at han som følge heraf havde uploadet filen med spørgsmålene under fanen ”Direct dialogue”.

Jeg loggede mig herefter selv ind på Ethics, hvor jeg kunne se, at filen med spørgsmål var uploadet og havde fået tildelt et filnummer. Jeg tog herefter det skærmprent, som er fremlagt som bilag 5 under klagesagen. I de følgende dage kunne jeg fortsat se filen som uploadet i Ethics.

Jeg kan også bekræfte, at jeg den 6. maj 2024, kl. 15:53, foretog en telefonopringning til Mikael Nielsen fra FMI for at efterlyse svar på vores spørgsmål. Mikael Nielsen var den person hos FMI, som vi havde haft løbende kontakt med i udbuddet vedrørende bl.a. spørgsmål om fremsendelse af biler til test m.v., hvorfor han var den naturlige kontaktperson for os.

Jeg fik under telefonsamtalen det klare indtryk, at Mikael Nielsen var bekendt med de spørgsmål, vi havde stillet, og han oplyste under telefonsamtalen, at der ville komme svar på vores spørgsmål den efterfølgende dag. Den 7. maj 2024 var der imidlertid fortsat ikke kommet svar. Jeg bemærkede samme dag, at filen med spørgsmål ikke længere figurerede i udbudssystemet.”

Forklaringer

Der er under sagen afgivet forklaring af Søren Audon, Christian Duurloo, Mikael Nielsen og Torben Bjerre.

Søren Audon har vedstået erklæringen af 9. august 2024 og har supplerende forklaret, at han har været med i mange hundrede udbud, hvor Ethics blev anvendt. Han har arbejdet med udbud siden 2004, og Ethics-platformen har han arbejdet med siden 2014. Under udbuddet udførte han opgaver for Christian Duurloo. Vidnet foreviste Ethics på Christian Duurloos brugerprofil, som han brugte under udbuddet. Han har ikke tidligere modtaget en fejlmeddelelse svarende til den, han fik den 30. april 2024, når tidsfristen ikke var overskredet. Der må have været en systemfejl. Han havde tidligere under udbuddet stillet spørgsmål ved at anvende fanen ”Communication”. Der kan godt tilføjes en fil under fanen ”Direct dialogue”. Han havde telefonisk aftalt

med Christian Duurloo, at han ville uploade spørgsmålene under "Direct dialogue", da spørgsmålene ikke kunne uploades under "Communication". Da det var lykkedes at uploade spørgsmålene under "Direct dialogue", sendte han en sms eller e-mail til Christian Duurloo om, at nu var spørgsmålene uploadet. Dagen efter kontaktede han ikke Ethics support, da han var på hospitalet. Han havde ikke en aftale med Christian Duurloo om, at han skulle følge op på spørgsmålene. Vidnet skulle bare uploade spørgsmålene i Ethics. Christian Duurloo skulle derefter følge op over for FMI, om de havde modtaget spørgsmålene. Vidnet regnede med, at spørgsmålene var uploadet i Ethics-systemet under "Direct dialogue", og at alt dermed var i orden. Spørgsmålene kunne ikke uploades under fanen "Tender submission", da der på denne fane alene kunne uploades de tilbudsdokumenter, som FMI i forvejen havde anført, og som var markeret med grøn farve. Der var ikke mulighed for under dette faneblad at uploade supplerende dokumenter under "Attach document". Hvis spørgsmålene skulle være uploadet under fanen "Tender submission", skulle han således have gjort dette under et andet dokumentnavn. Det er hans opfattelse, at en ordregiver på Ethics har mulighed for at sætte en "hardblock" op, så der ikke kan stilles spørgsmål efter spørgefristens udløb, men inden udløb af tilbudsfristen. Det har han tidligere oplevet, men det er usædvanligt. Han har ikke på noget tidspunkt slettet den uploadede fil med spørgsmål. Den var væk på et tidspunkt. Det ville ikke have givet mening at uploade spørgsmålene i Ethics under Appendix C, selv om det teknisk godt kunne lade sig gøre. Han ved ikke, hvor i Ethics Christian Duurloo tog screenshottet af de uploadede spørgsmål. Christian Duurloo sendte screenshottet til vidnet, og det så sådan ud, som det er fremlagt i sagen. Vidnet var logget ind på Ethics i perioden mellem den 30. april 2024 til den 7. maj 2024 for at se, hvor de var henne i processen, og om der var kommet svar på spørgsmål, herunder de svar som konsortiet havde stillet. Han kunne ikke se spørgsmålene, hvilket han orienterede Christian Duurloo om. Det var vist Christian Duurloo, der stillede spørgsmålene i Ethics den 1. maj 2024.

Christian Duurloo har vedstået erklæringen af 12. august 2024 og har supplerende forklaret, at han er den primære koordinator på udbuddet. Han samler trådene og bruger Søren Audon til at uploade dokumenter på Ethics, så han er sikker på, at det bliver gjort af en erfaren bruger. Søren Audon ringede om aftenen den 30. april 2024 og oplyste, at der havde været problemer med at uploade en fil med spørgsmål, men at den nu var uploadet. Søren Audon bad vidnet om at kontrollere i Ethics, at filen var uploadet. Vidnet konstaterede, at det var tilfældet. Der havde været møder hele dagen den 30. april

2024 med Babcock, og det var aftalen, at Søren Audon skulle sende spørgsmålene om aftenen. Han tog screenshots for at have dokumentation for, at spørgsmålene var uploadet i Ethics, da der havde været problemer hermed. Screenshottet havde det layout, som fremgår af sagen. Over billedets udvisende var der på skærmen spørgsmål/svar fra de to første spørgerunder. Han mener, at screenshots blev taget under fanen "Notice". Alle dokumenter vedrørende udbuddet, herunder spørgsmål og svar, var på den side, hvor screenshots blev taget, og hvor den uploadede fil fremgik. Han hæftede sig ikke ved, hvor fluebenet yderst til højre var placeret på screenshots fra den 30. april 2024. Det var vidnet, som uploadede konsortiets spørgsmål den 1. maj 2024, da der ikke var tid til at kontakte Søren Audon. Vidnet fik i den forbindelse en besked om, at spørgefristen var overskredet. Han kunne ikke se, om spørgsmålene den 1. maj 2024 var uploadet. Han tog ikke et screenshot af spørgsmålene stillet den 1. maj 2024, da han fik en fejlmeddelelse om, at fristen for at stille spørgsmål var udløbet. Konsortiet kunne i princippet godt have stillet de 33 spørgsmål den 1. maj 2024. Der havde været møder hele dagen, og konsortiet har en intern regel om, at de ikke stiller spørgsmål på selve dagen for spørgefristens udløb. Han slettede ikke filen med de 33 spørgsmål på noget tidspunkt. Den 2. maj 2024 havde han ingen grund til at tro, at alt ikke var i orden, og at spørgsmålene ikke var uploadet korrekt, da han kunne se, at filen med spørgsmål var i Ethics. Den 2. maj 2024 forberedte han desuden eksamen. Han har samarbejdet med Søren Audon i 9 år. De har ikke tidligere haft samme problemstilling. Den 6. maj 2024 kontaktede han telefonisk Mikael Nielsen. Det var en kort samtale. Han ringede, da der ikke var kommet svar på spørgsmålene, der var uploadet den 30. april 2024. Normalt kom der svar på spørgsmål efter 1-2 dage. Han sagde til Mikael Nielsen, at de havde sendt spørgsmål ind, der var af vigtig betydning, og som der ikke var kommet svar på. Mikael Nielsen svarede, at FMI var bekendt med det, og at FMI havde samlet alle spørgsmål, som ville blive besvaret dagen efter. Da der ikke var kommet svar på spørgsmålene, sendte han den 7. maj 2024 en e-mail til Mikael Nielsen, hvor spørgsmålene var vedhæftet. FMI havde på Ethics uploadet et opdateret ark med de spørgsmål, som tilbudsgiverne havde stillet. Af dette ark fremgik de 33 spørgsmål ikke. Han skrev til Mikael Nielsen, da alle tidligere henvendelser vedrørende udbuddet var gået gennem Mikael Nielsen. Konsortiet overvejede at indlevere et første tilbud med anvendelse af Enclosure 3, selv om der ikke var kommet svar på spørgsmålene. Det var imidlertid for vigtigt for konsortiet, at spørgsmålene blev besvaret, og det kunne komme til at koste dem dyrt, hvis FMI antog deres INDO1. Alle

spørgsmål er vigtige. Når der stilles spørgsmål, forventes der også et svar. Det er en meget omfattende kravspecifikation.

Mikael Nielsen har forklaret, at han er projektleder på udbuddet. Det har han været i godt 2 år. Han har været projektleder i over 10 år i FMI. Han har ingen adgang til Ethics. Det har kun Torben Bjerre. Torben Bjerre følger op på, hvad der sker i Ethics under udbudsprocessen. Den 6. maj 2024 havde vidnet en telefonsamtale med Christian Duurloo. Han har ikke nogen klar erindring om samtalen. De talte bl.a. om spørgsmål. Han mener, at han under samtalen sagde, at alle spørgsmål ville blive besvaret, hvis de var uploadet i Ethics, da det var det eneste svar, som han kunne give, når der spørges til spørgsmål til udbuddet. Han mener ikke, at de konkret talte om de 33 spørgsmål. Det var en generel drøftelse af spørgsmål og svar herpå. Samtalen var også foranlediget af den øvrige korrespondance, der havde været, herunder om praktikken vedrørende selve testen af køretøjerne. Vidnet skulle forberede afprøvningen af køretøjerne. Han var i den forbindelse i dialog med de tre virksomheder, der var blevet prækvalificeret. Vidnet og Christian Duurloo talte ikke om selve udbuddet. Vidnet sagde ikke noget om, hvornår spørgsmålene ville blive besvaret. Han opfattede ikke e-mailen af 7. maj 2024, som noget der hastede, og at konsortiet var i problemer. E-mailen kom i forlængelse af de praktiske forhold, som der tidligere var korresponderet om. Der stod noget om spørgsmål i e-mailen, men det var ikke hans indtryk, at det hastede, eller at det var noget, som han skulle reagere på. Han tænkte ikke på, at der kunne være tale om spørgsmål, der ikke var uploadet i Ethics. De tre prækvalificerede virksomheder havde tidligere uploadet spørgsmål i Ethics uden problemer. Han åbnede ikke den vedhæftede fil, og han har således ikke foretaget en vurdering af, om FMI kunne nå at besvare spørgsmålene. Hvis han havde åbnet filen, kunne han godt have konstateret, at spørgsmålene ikke fremgik af Excel-arket, hvor de tidligere spørgsmål/svar var samlet. Han åbnede ikke filen, da han forventede, at spørgsmålene ville komme via Ethics, da der i e-mailen stod, at spørgsmålene var uploadet. Han undrede sig måske over, at der stod, at spørgsmålsarket var væk, men det var ikke hans ansvarsområde. Det var Torben Bjerres opgave at forholde sig til det, der foregik i Ethics. Han videresendte ikke e-mailen til Torben Bjerre. Det burde han have gjort. Han troede, han havde videresendt den. Det er forskelligt, hvor længe det tager at svare på spørgsmål. Nogle spørgsmål er nemme at svare på, mens besvarelsen af andre spørgsmål gør det nødvendigt at inddrage brugerne. Spørgsmål om fx proces kan vidnet svare på umiddelbart. Hvis det er spørgsmål vedrørende tekniske krav, hvor det skal vurderes, om der skal foretages

justeringer, tager det længere tid, da brugerne skal inddrages. Brugere får typisk en uge til besvarelse, da spørgsmålene skal igennem en længere kommandovej. Det er ikke vidnets ansvar at foretage vurderingen af, om FMI kan nå at besvare spørgsmål, der bliver stillet. Om der skal inddrages brugere i besvarelsen af spørgsmål, besluttet efter en dialog mellem Torben Bjerre og vidnet. I praksis er den tekniske sagsbehandler også med i besvarelsen af spørgsmål. Den tekniske sagsbehandler modtager spørgsmålene, hvorefter der afholdes et møde med vedkommende, og der udarbejdes et svar. Vidnet bliver først bekendt med spørgsmålene, når han får dem fra Torben Bjerre. Det kan godt være, at FMI i gennemsnit har kunnet svare på 2 dage, men der har også været tilfælde, hvor det har taget længere tid. Når FMI har svaret på spørgsmål inden for 1-2 dage, har der været tale om få spørgsmål. Foreholdt spørgsmål 004 forklarede vidnet, at han ville kunne svare på spørgsmålet med det samme. Foreholdt spørgsmål 021 forklarede vidnet, at det spørgsmål ville han også godt kunne svare på uden at inddrage andre. Mængden af spørgsmål fra konsortiet var atypisk. Han havde gerne set, at konsortiet havde indleveret tilbud. Han kan ikke huske, om Torben Bjerre var bortrejst omkring den 1. maj.

Torben Bjerre har forklaret, at han dels er category manager, dels sourcing manager. Han har som udbudskonsulent ansvaret for, at udbuddet kører, som det skal. Han har uploadet alt udbudsmateriale i Ethics, og det er også ham, der sørger for at downloade uploadede spørgsmål, videresende dem internt og herefter uploade svarene i Ethics. Han får besked, når der kommer notifikationer fra systemet. Han kan ikke genkende, at han skulle have været syg i den omhandlede periode, men det er muligt, han har været på kursus. Skulle han have været fraværende, ville systemnotifikationer mm. have været overtaget af en kollega. Det ville ikke have været muligt at svare på spørgsmålene, hvis de var blevet uploadet korrekt den 7. maj 2024. Der var reelt over 40 spørgsmål, da der var flere spørgsmål i nogle af rubrikkerne. FMI ville kun have haft 3 dage til 6-dagesfristen udløb. Der skulle bruges minimum en uge til at besvare spørgsmålene – måske med tillæg af yderligere tid til brug for konsortiets præcisering af visse spørgsmål. Der er en meget stringent proces for håndteringen af spørgsmål-svar i FMI. Først skal spørgsmålene downloades i et særligt ark. Derefter sendes spørgsmålene til projektet, hvor Mikael Nielsen er projektleder. I projektet er der ud over projektlederen en sagsbehandler og en junior projektleder. Spørgsmålene bliver herefter fordelt til besvarelse mellem dem på et møde i projektet. Det kan godt være nødvendigt,

at der tillige inddrages en teknisk sagsbehandler. Det ville have været nødvendigt at sende nogle spørgsmål tilbage til konsortiet, så det kunne blive præciseret, hvad der spørges om. Inden svar på spørgsmål kan uploades, skal de også kvalitetssikres og have et juridisk stempel, så det sikres, at svarene er godkendt i henhold til FMI's regler. Det gælder også simple spørgsmål, som vidnet selv ville kunne have svaret på. Simple spørgsmål skal således igennem samme proces, men det vil gå hurtigere, hvorfor der kan være en kort svartid på 1-2 dage. Det ville minimum tage en uge at svare på de godt 40 spørgsmål. Vidnet har først haft mulighed for at se på spørgsmålene under klagesagen, og han har ikke set spørgsmålene igennem inden tilbudsfristens udløb. Han har derfor ikke foretaget en vurdering af, om spørgsmålene angik vigtige forhold vedrørende udbudsmaterialet, der skulle afklares, eller om tilbudsfristen skulle udskydes. Det er korrekt, at vidnet fik en e-mail, hvor spørgsmålene var vedhæftet, inden 6-dagesfristens udløb, men han åbnede ikke filen. Vidnet havde gerne set, at konsortiet var fortsat i udbudsprocessen. Det undrede ham, at konsortiet ikke indsendte et INDO1, idet konsortiet mellem linjerne blev gjort opmærksom på, at FMI ikke ville benytte sig af muligheden for at betragte INDO1 som det endelige tilbud. Der var kommet mange spørgsmål, og der var nogle risk factors og uklarheder i udbudsmaterialet, som skulle afklares. Det var desuden et udbud til 2 mia. kr. Det var således utænkeligt, at FMI ville anse INDO1 for det endelige tilbud. Det blev tilbudsgiverne ikke orienteret om. I forhold til risk factors kunne tilbudsgiverne anvende Enclosure 3, bl.a. til bemærkninger vedrørende uhensigtsmæssigheder i udbudsmaterialet.

Parternes anbringender

Ad påstand 1

Babcock har gjort gældende, at FMI burde have besvaret spørgsmålene, idet FMI må antages at have været bekendt med spørgsmålene, som de var uploadet i systemet den 30. april 2024. FMI har derfor handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 samt artikel 33, stk. 6, og artikel 34, stk. 4.

Det er i den forbindelse uden betydning, om spørgsmålene er uploadet på den specifikke underside, som er angivet i udbudsbetingelserne, idet forskriften herom må anses som en ordensforskrift. Hvis FMI på anden måde bliver bekendt med de stillede spørgsmål, må FMI således være såvel berettiget som

forpligtet til at besvare spørgsmålene. Det gælder også under de foreliggende omstændigheder, hvor det må antages, at en fejl i det anvendte udbudssystem Ethics har bevirket, at konsortiet ikke kunne uploade spørgsmålene på den forskrevne måde.

Det følger af forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 34, stk. 4, at en ordregiver har pligt til at meddele eventuelle supplerende oplysninger om udbudsbetingelserne senest seks dage inden udløbet af den frist, der er fastsat for modtagelsen af tilbud, forudsat at der er anmodet om dem i tide.

Af bestemmelsen følger en pligt for ordregiver til at besvare spørgsmål fra tilbudsgiverne om forståelsen af udbudsmaterialet. Denne pligt følger af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, som bl.a. indebærer, at ordregiver har et ansvar for at sikre, at udbudsmaterialet er klart og tydeligt, og at alle tilbudsgivere forstår udbudsmaterialet på samme måde.

Ordregiver kan i udbudsmaterialet fastsætte en frist for spørgsmål, som ligger længere forud for tilbudsfristen end seks dage, men en sådan frist kan ikke gøres absolut. Ordregiver har således pligt til at forholde sig til og om nødvendigt besvare spørgsmål, der kommer helt frem til seks dage før tilbudsfristens udløb. Disse principper er også afspejlet i formuleringerne i punkt 4.1 i udbudsbetingelserne.

En ordregiver må afsætte de ressourcer, som efter udbuddets karakter er nødvendige for at kunne besvare de spørgsmål, som tilbudsgiverne stiller, med rimelig hurtighed og så vidt muligt senest seks dage før tilbudsfristen.

Kan ordregiver ikke overholde sin forpligtelse til at besvare spørgsmål i tide, må ordregiver om nødvendigt udsætte tilbudsfristen, således at det sikres, der gives svar på spørgsmålene, jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivets art. 33, stk. 6.

Hvis ordregiver efter udløbet af seks dages-fristen for besvarelse af spørgsmål modtager spørgsmål, som gør det klart for ordregiver, at udbudsmaterialet ikke er tilstrækkeligt klart og tydeligt, eller at udbudsmaterialet ikke er udformet på en sådan måde, at alle tilbudsgivere forstår det på samme måde, har ordregiver ligeledes pligt til at udsætte tilbudsfristen, således at de pågældende forhold kan udbedres.

FMI må fastsætte tidsplanen på en sådan måde, at den er robust over for de udsættelser, der er naturlige og ofte forekommende i udbud. Det er ikke rimeligt, hvis FMI kan fastsætte en snæver tidsplan og så benytte den tidsplan som argument for, at FMI ikke er forpligtet til at besvare spørgsmål, meddele vigtige oplysninger om udbudsgrundlaget og præcisere uklarheder i udbudsmaterialet m.v.

Det var muligt for FMI at udsætte tidsplanen. Testen af køretøjerne blev ikke påbegyndt på det tidspunkt, som FMI oprindeligt havde fastsat som begyndelsestidspunkt for testen. FMI har ikke godtgjort, at en beskeden udsættelse med få dage for at besvare konsortiets spørgsmål ville have umuliggjort gennemførelse af testen.

Inden udløb af spørgefristen var der en indgående dialog mellem FMI og konsortiet vedrørende afholdelse af test. FMI var således klar over, at konsortiet var klar til at deltage i test, og FMI vidste derfor også, at en beskeden udsættelse med få dage ikke ville få en større betydning for den overordnede tidsplan.

FMI's beregning af fristen for besvarelse af spørgsmål er forkert.

Seksdages-fristen følger af forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 34, stk. 4. Fristen skal beregnes i henhold til fristberegningsforordningen (forordning 1182/71 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter).

Efter fristberegningsforordningen må reglen fortolkes således, at dagen inden dagen for udløbet af tilbudsfristen er dag 1. Dagen før denne vil være dag 2 osv. De supplerende oplysninger, herunder svar på spørgsmål m.v., skal offentliggøres inden udløbet af den sidste time på dag 6. Dette gælder uanset hvornår på dagen, selve tilbudsfristen udløber.

Da tilbudsfristen var 17. maj 2024, betyder det, at supplerende oplysninger skulle være meddelt senest den 11. maj kl. 23.59.

FMI's og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beregning beror på en åbenbar fejlfortolkning af fristberegningsforordningen. Forarbejderne til udbudslovens § 134, stk. 2, som implementerer den tilsvarende bestemmelse i udbudsdirektivet, og som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen formentlig har

anvendt som grundlag for sin udtalelse, henviser til, at fristberegningsforordningens artikel 3, stk. 2, litra a), finder anvendelse. Denne bestemmelse angår en tidsfrist fastsat i timer. Det afgørende for beregningen i forhold til forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 34, stk. 4 (og udbudslovens § 134, stk. 2), er imidlertid ikke, om ordregiver har fastsat tilbudsfristen til et bestemt tidspunkt i løbet af dagen. Den frist, som skal beregnes i henhold til fristberegningsforordningen, er 6-dages fristen. Denne frist er udtrykt i dage, og det er derfor fristberegningsforordningens regler om frister, der udtrykkes i dage, som skal bruges ved beregningen. Fristen på de seks dage beregnes fra tilbudsfristen, dvs. fra det tidspunkt ”hvor en begivenhed indtræffer eller en handling foretages”, jf. forordningens artikel 3, stk. 1, sidste pkt. Det medfører, at selve dagen for tilbudsfristen ikke medregnes, og det gælder, uanset hvornår på dagen fristen er fastsat. Herefter er det fristberegningsforordningens artikel 3, stk. 2, litra b), om en tidsfrist udtrykt i dage, som gælder. Artikel 3, stk. 2, litra b) fastsætter, at fristen ”udløber med udgangen af den sidste time på fristens sidste dag”. Fristens sidste dag er dag seks regnet fra dagen før dagen for tilbudsfristen, dvs. den 11. maj 2024. Fristen udløb således med udgangen af den sidste time på denne dag. Det indebærer, at uanset hvornår på dagen den 17. maj 2024, tilbudsfristen var fastsat, så kunne supplerende oplysninger meddeles indtil kl. 23.59 den 11. maj 2024. FMI skulle derfor have besvaret spørgsmål helt frem til dette tidspunkt.

Selv hvis fristen i øvrigt måtte antages at være udløbet den 10. maj 2024, gør det ikke nogen væsentlig forskel, da FMI også frem til den 10. maj 2024 kunne have nået at besvare de væsentlige spørgsmål – eller FMI kunne ud fra de stillede spørgsmål have konstateret, at der var uklarheder og udestående forhold i udbudsmaterialet, som gjorde det nødvendigt at udsætte tilbudsfristen nogle få dage, så der kunne ske den nødvendige besvarelse og afklaring.

FMI modtaget spørgsmålene ved mail af 7. maj 2024, hvor konsortiet retmæssigt kunne stille spørgsmål, og hvor FMI har haft mindst fire dage til at besvare disse.

Det må desuden også have betydning, at FMI under udbudsproceduren løbende har anvendt fremgangsmåden med kommunikation direkte fra den pågældende medarbejders mailadresse til tilbudsgiverne, således som det fremgår af e-mailkorrespondancen af 6. og 8. maj 2024.

Såfremt det antages, at FMI har været berettiget til ikke at besvare de stillede spørgsmål, fordi de ikke blev stillet på den beskrevne måde i udbudsbetingelserne, følger det af FMI's udbudsretlige forpligtelser, herunder pligten til at reagere på en passende og adækvat måde, jf. bl.a. proportionalitetsprincippet, at FMI ved modtagelsen af e-mailen af 7. maj 2024 som minimum skulle have kontrolleret, om spørgsmålene var uploadet i udbudssystemet og gjort konsortiet opmærksom herpå, såfremt dette ikke var tilfældet. Havde FMI reageret adækvat på e-mailen og meddelt konsortiet, at det ikke kunne konstateres, at spørgsmålene var uploadet i systemet, og at spørgsmålene skulle uploades i systemet på den foreskrevne måde, kunne konsortiet have nået at uploade spørgsmålene i udbudssystemet på ny inden 6-dages fristen for at stille spørgsmål.

Det er ikke korrekt, at konsortiet brugte Ethics-portalen forkert, og at dette var årsag til, at spørgsmålene ikke kunne uploades korrekt.

Søren Audon, som var den person, der forsøgte at uploade spørgsmålene på Ethics-portalen, er meget erfaren i Ethics-portalen og er indgående bekendt med, hvordan den fungerer, og hvordan spørgsmål skal uploades. Han var udmærket bekendt med, at der ikke kan uploades en separat fil med spørgsmål under fanen "Communications", og at man således skal indskrive spørgsmålene i den tekstboks/kommentarboks, som kommer frem i spørgsmålsmodulet, når man trykker på de relevante funktionsknapper "Question" og herefter "Send question" i systemet. Upload kan herefter ske f.eks. ved kopiering af tekst fra en Word eller Excel-fil til tekstboksen/kommentarboksen, som åbnes ved at aktivere fanen "Send question", hvis tilbudsgiveren, som i dette tilfælde, internt har udarbejdet sine spørgsmål i en sådan fil.

Problemstillingen var imidlertid, at der slet ikke fremkom nogen tekstboks/kommentarboks, som spørgsmålene kunne indsættes i, når man trykkede på de relevante funktionsknapper "Question" og herefter "Send question" i systemet, men at der kom en fejlmeddelelse om, at spørgefristen var udløbet. Da dette åbenbart ikke var korrekt, idet spørgsmålsfristen først udløb den efterfølgende dag, uploadede Søren Audon spørgsmålene som en fil under fanen "Direct dialogue", og dette lykkedes, som det også er bekræftet af Christian Duurloo og af det fremlagte skærmpoint.

Konsortiet kunne ikke kontakte Ethics support-funktion, da denne lukker kl. 16.00.

Det må derfor lægges til grund, at problemerne med upload af spørgsmålene på den foreskrevne måde under fanen ”Communications” ikke var, at konsortiet havde begået fejl ved anvendelsen af systemet, men at der var en fejl i systemet, som forhindrede konsortiet i at benytte denne fremgangsmåde.

Dette modbevises ikke af, at FMI har indhentet en udtalelse fra udbyderen af Ethics-portalen om, at udbyderen ikke har registreret ”driftsforstyrrelser” den pågældende dag. Det er velkendt, at der i IT-systemer kan være fejl (”bugs”, ”glitches” eller lignende), som ikke forårsager driftsforstyrrelser, men som ikke desto mindre kan forhindre eller påvirke muligheden for at udføre bestemte handlinger i bestemte situationer eller under bestemte omstændigheder. Der kan således være fejl i funktionaliteten i et IT-system, uden at dette giver en driftsforstyrrelse. Udtrykket ”driftsforstyrrelser” har ikke noget sikkert eller entydigt indhold, men vil som regel af IT-udbydere betegne den situation, hvor systemet som sådan har været nede, eller hvor systemets svar-tider eller generelle brug har været påvirket i væsentligt omfang. Det er heller ikke givet, at sådanne enkeltstående fejl eller problemer nødvendigvis altid vil fremgå af udbyderens system-log, da dette helt afhænger af, hvilke fejl eller problemer system-loggen er sat op til at registrere hos udbyderen.

Det er FMI, der har pligten til at gennemføre sine udbud elektronisk, og det er FMI, der har valgt udbudssystemet Ethics, og som således har kontrakten med udbyderen af dette system. Det er herefter FMI’s ansvar, at udbudssystemet fungerer korrekt og overholder udbudsreglernes krav, og det er FMI, der har mulighederne for – eller burde have mulighederne for – at foranledige udbyderen af systemet til at foretage de fornødne undersøgelser af eventuelle fejl. Udbyderen af udbudssystemet har ikke nogen interesse i at erkende, at der er fejl eller kan være fejl i udbudssystemet, og udbyderen har heller ikke nogen interesse i at foretage ressourcekrævende og dybdegående undersøgelser af, om der er sket enkeltstående fejl.

Under de foreliggende omstændigheder må FMI pålægges bevisbyrden for, at der – i modstrid med Søren Audons oplysninger – ikke var tale om fejl i systemet. Denne bevisbyrde er ikke løftet – heller ikke ved den fremlagte erklæring om, at udbyderen af systemet ikke har registreret ”driftsforstyrrelser”. De fremlagte udtalelser og erklæringer fra Ethics modbeviser ikke, at der har været fejl eller begrænsninger i Ethics som anført af Søren Audon,

herunder at der kan være fremkommet en meddelelse om, at spørgefristen var udløbet, uanset at dette ikke var tilfældet.

Det er ikke korrekt, at konsortiet i stedet for at uploade spørgsmålene under fanen "Communications" uploadede filen med spørgsmål under fanen for tilbudsafgivelse, som FMI først kunne tilgå efter tilbudsfristens udløb. Søren Audon uploadede som anført spørgsmålene under fanen "Direct dialogue".

Det understøttes også af, at det efter de foreliggende oplysninger må lægges til grund, at filen med spørgsmålene rent faktisk kom til FMI's kendskab. Dette blev bekræftet af Mikael Nielsen fra FMI, da Christian Duurloo den 6. maj 2024 kontaktede Mikael Nielsen telefonisk for at høre, hvorfor der ikke var kommet svar på de stillede spørgsmål. Christian Duurloo fik under denne telefonsamtale det klare indtryk, at Mikael Nielsen var bekendt med de spørgsmål, konsortiet havde stillet, og Mikael Nielsen oplyste under telefonsamtalen, at der ville komme svar på konsortiets spørgsmål den efterfølgende dag. Dette udsagn understøtter, at spørgsmålene ikke blev uploadet under fanen for tilbudsafgivelse, men at FMI rent faktisk var bekendt med spørgsmålene via udbudsportalen.

FMI modtog som anført spørgsmålene med Christian Duurloos mail af 7. maj 2024 til Mikael Nielsen. Det er helt sædvanligt, at man fremsender filer som vedhæftninger til e-mails. FMI har også selv fremsendt vedhæftede filer i sine e-mails til konsortiet. Det virker uden for det rimelige at påstå, at FMI ikke var bekendt med forhold, der fremgik af vedhæftede filer, eller at FMI efter forgodtbefindende kan bortse fra forhold, der fremgår af vedhæftede filer.

Når man som ordregiver modtager en e-mail, må ordregiver naturligvis gøre sig bekendt med indholdet heraf, herunder indholdet af vedhæftede filer, og overveje, hvad e-mailen med vedhæftninger giver anledning til. Det vil være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet såvel som med proportionalitetsprincippet, hvis ordregiver ikke gør sig bekendt med indholdet af sådanne meddelelser og reagerer adækvat og med en passende hurtighed og grundighed i relation til dem. Dette gælder i særdeleshed, når der er tale om meddelelser fra en prækvalificeret tilbudsgiver, og i endnu højere grad, når ordregiver også selv har anvendt fremgangsmåden med at korrespondere med den prækvalificerede tilbudsgiver via e-mail, herunder via e-mail med vedhæftede filer.

Det var derfor ikke berettiget, at FMI så bort fra Christian Duurloos e-mail med spørgsmål, fordi denne ikke blev sendt til Torben Bjerre, der i udbudsmaterialet var anført som FMI's kontaktperson på udbuddet.

FMI anvendte under udbuddet løbende fremgangsmåden med kommunikation direkte fra Mikael Nielsens e-mailadresse til tilbudsgiverne. Mikael Nielsen har således været projektleder på udbudsprojektet, hvilket også fremgår af hans e-mail-signatur i mailkorrespondancen med konsortiet, og han har de facto optrådt som kontaktperson for udbuddet. De fem e-mails fra Mikael Nielsen til konsortiet blev sendt den 6. maj, 7. maj og 8. maj 2024. Det var derfor ikke underligt eller usædvanligt, at Christian Duurloo sendte sin e-mail med efterlysning af svar på de stillede spørgsmål til Mikael Nielsen den 7. maj 2024, fordi der var en løbende mailudveksling mellem konsortiet og Mikael Nielsen i netop de pågældende dage.

Det vil være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet såvel som med proportionalitetsprincippet, såfremt FMI løbende skulle kunne sende e-mails fra projektleder Mikael Nielsens e-mailadresse til tilbudsgiverne vedrørende udbuddet, men omvendt skulle kunne gøre gældende, at FMI er berettiget til at bortse fra e-mails, som sendes fra konsortiet til Mikael Nielsen, med henvisning til, at disse ikke er sendt til den kontaktperson, udbudsmaterialet foreskriver. Det er i øvrigt ikke usædvanligt, at der i praksis optræder flere de facto kontaktpersoner hos ordregiver i et udbud, og når ordregiver selv vælger at kommunikere fra andre kontaktpersoner end den angivne i udbudsmaterialet, må ordregiver også tage hensyn til kommunikation fra tilbudsgiverne til de facto kontaktpersoner, der på ordregivers vegne henvender sig til tilbudsgiverne.

Det kan således lægges til grund, at FMI senest den 7. maj 2024 modtog spørgsmålene. FMI var derfor forpligtet til at besvare spørgsmålene senest den 11. maj 2024 kl. 23.59.

FMI's forpligtelse til at reagere passende med den fornødne omhu og proportionalitet gør sig tilsvarende gældende i forhold til Christian Duurloos e-mail af 10. maj 2024 til bl.a. Mikael Nielsen og Torben Bjerre. Såfremt FMI straks havde reageret på denne e-mail, kunne konsortiet have nået at fremsende eller uploade spørgsmålene straks, og der ville da fortsat have været mulighed for,

at FMI kunne have besvaret spørgsmålene eller væsentlige dele heraf inden fristens udløb eller udsat tilbudsfristen.

Udbudsbetingelsernes bestemmelser om, hvordan spørgsmål skulle stilles, var som anført alene en ordensforskrift, som ikke i sig selv gjorde det muligt for FMI at afslå at besvare spørgsmål, der blev stillet på anden relevant måde, så længe de kom til FMI's kendskab. Det gælder i hvert fald under de foreliggende omstændigheder, hvor FMI udsendte meddelelser og spørgsmål til konsortiet fra Mikael Nielsens e-mailadresse.

Hertil kommer, at Torben Bjerre efter konsortiets oplysninger var bortrejst op til og efter udløb af spørgefristen, hvorfor det gav særlig god mening at sende rykkeren for svar på spørgsmål til Mikael Nielsen, som konsortiet var i løbende mailudveksling med, og som arbejdede med udbuddet de pågældende dage.

Mikael Nielsen burde som minimum straks have meddelt konsortiet, at FMI ikke havde modtaget spørgsmålene på udbudsportalen, og at FMI alene ville tage hensyn til spørgsmålene, såfremt de blev uploadet via udbudsportalen. Herved ville det være blevet afklaret, at FMI ikke tidligere havde modtaget spørgsmålene, og det kunne ligeledes være afklaret, at der havde været tekniske problemer med upload af spørgsmålene. Konsortiet kunne dermed have nået at uploade spørgsmålene på ny, således at spørgsmålene kunne være blevet besvaret. Konsortiet modtog imidlertid ikke svar på spørgsmålene eller nogen adækvat reaktion fra FMI, som gjorde det muligt for konsortiet at reagere. Det bemærkes i den forbindelse, at Mikael Nielsen sendte e-mails til Christian Duurloo både den 7. maj og den 8. maj 2024. Det havde været helt naturligt, at Mikael Nielsen som led i denne korrespondance havde meddelt, at FMI ikke havde modtaget spørgsmålene tidligere, og at FMI udelukkende ville besvare spørgsmålene, hvis de blev uploadet på ny. Da Mikael Nielsen imidlertid ikke reagerede, måtte Christian Duurloo lægge til grund, at besvarelsen af spørgsmålene var i proces, og at der ville komme svar.

Konsortiet havde taget udgangspunkt i, at spørgsmålene var uploadet som fil i systemet, og konsortiet lagde derfor til grund, at FMI var bekendt med spørgsmålene, og at der ville komme et svar. Først da der var gået mere end en uge, uden at der var kommet svar fra FMI, rettede konsortiet henvendelse til FMI. Dette var en helt naturlig og sædvanlig adfærd, der ikke med rimelighed kan problematiseres.

Det var først efterhånden, som tiden gik, tilbudsfristen nærmede sig, og FMI besvarede andre spørgsmål, at konsortiet rykkede for svar og fremsendte sine spørgsmål på ny, så FMI ikke kunne være i tvivl om, hvilke spørgsmål konsortiet manglede svar på.

FMI reagerede først på den e-mail, som konsortiet sendte den 14. maj 2024, den 15. maj 2024, hvor fristen for at stille eller besvare spørgsmål var udløbet. Den 15. maj 2024 havde FMI således modtaget en fil uploadet i Ethics den 30. april 2024, en telefonisk henvendelse den 6. maj 2024, og e-mails den 7., 10. og 14. maj 2024. FMI kunne og burde på dette grundlag som minimum have konstateret, at der var uploadet eller fremsendt spørgsmål, også mere end seks dage forud for tilbudsfristen, hvis besvarelse var af væsentlig betydning for konsortiets mulighed for at afgive tilbud inden tilbudsfristens udløb. FMI havde endvidere med konsortiets e-mail af 14. maj 2024 modtaget en anmodning om at udsætte tilbudsfristen med henvisning til, at der ikke var kommet svar på de pågældende spørgsmål. FMI skulle og burde under disse omstændigheder have udsat tilbudsfristen.

FMI afviste imidlertid konsortiets anmodning om en udsættelse af tilbudsfristen udelukkende med en henvisning til formelle forskrifter og uden hensyntagen til de konkrete omstændigheder, herunder den forudgående e-mail-korrespondance. FMI har således ikke bestridt, at spørgsmålene angik væsentlige forhold, uklarheder og manglende oplysninger i udbudsmaterialet, som ville være af betydning for tilbudsgivernes kalkulationer og optimering af deres tilbud. Torben Bjerre afviste derimod besvarelse alene med henvisning til, at spørgsmål kunne stilles under forhandlingerne. Mens Torben Bjerre på det pågældende tidspunkt muligvis allerede havde besluttet, at der ikke ville ske tildeling på grundlag af tilbudsgivernes indledende tilbud, så indeholdt udbudsbetingelserne mulighed for tildeling baseret på de indledende tilbud. Konsortiet har derfor været nødt til at sikre sig, at det tilbud, som konsortiet afgav, dels var konkurrencedygtigt i forhold til de øvrige tilbudsgivers tilbud, dels havde den klarhed, som kræves, for at man ledelsesmæssigt i en international koncern kan afgive retligt bindende tilbud. Det er således urimeligt, når FMI har henvist konsortiet til at stille spørgsmål under forhandlingerne, og hverken udbudsmaterialet eller de udbudsretlige regler giver grundlag for, at FMI kan afvise at svare på væsentlige spørgsmål eller meddele vigtige oplysninger med denne begrundelse.

FMI har gjort gældende, at det er tilbudsgivernes eget ansvar at sætte sig ind i, hvordan udbudssystemer anvendes korrekt, jf. f.eks. klagenævnets kendelse af 10. april 2024, Anchersen A/S mod Trafikselskabet Movia, og kendelse af 29. maj 2020, NORRECCO A/S mod HOFOR A/S.

I begge kendelser blev det fastslået, at det er tilbudsgivers eget ansvar at anvende udbudsportalen korrekt. Forkert benyttelse af udbudsportalen kan derfor ikke føre til, at ordregiveren har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet eller proportionalitetsprincippet.

Det fremgår af Instructions to Tenderers: "Questions must be drawn up in English and submitted in writing using the tab "Communication" on ETHICS web portal."

Alle spørgsmål skal således uploades på Ethics-portalen under fanen "Communication". Dette sikrer, at alle tilbudsgivere modtager svarene fra FMI i anonymiseret form, og at FMI kan overholde ligebehandlingsprincippet. FMI har fulgt denne procedure ved kun at besvare spørgsmål via Ethics-portalen.

Det fremgår videre af Instructions to Tenderers: "Questions received no later than 1. May 2024 at 15.00 will be answered by DALO no later than 6 days before the deadline for submission of the INDO1.

Questions received later than the date set out above will also be answered unless the nature of the question makes it disproportionately onerous for DALO to answer 6 days before the deadline for submission of the INDO1.

Answers to questions received later than 6 days before the deadline of the INDO cannot be expected."

Fristen for at afgive spørgsmål til FMI, hvis konsortiet ville være helt sikker på at få svar på sine spørgsmål, var således den 1. maj 2024, kl. 15.00, hvilket også fremgår af Ethics-portalen. Spørgsmål, der blev uploadet herefter, ville kun blive besvaret af FMI, hvis det ikke var for byrdefuldt for FMI.

Spørgsmål modtaget senere end seks dage før fristen for INDO1 den 17. maj 2024, kl. 13.00, dvs. senere end den 10. maj 2024, ville ikke blive besvaret af FMI.

Det fremgår videre af Instructions to Tenderers: "The offer is submitted when uploaded and concluded to ETHICS' web portal in accordance with the instructions given by ETHICS. After the offer is uploaded and/or concluded, it is possible for the tenderer to change the content of the offer until the deadline for submission of the offer.

DALO will not have access to the submitted INDO until after the expiry of the deadline for submission of the INDO."

Det fremgår tydeligt, at FMI ikke har adgang til det indleverede tilbud før udløbet af tilbudsfristen.

Udbudsmaterialets Enclosure 3 er beregnet til, at tilbudsgiverne nærmere kan beskrive risikofaktorer, "cost drivers" mv. Bilaget kan således anvendes til at gøre FMI opmærksom på eventuelle uhensigtsmæssige krav/"cost drivers" mv., og hvilke ændringer der i givet fald bør foretages, hvis f.eks. tilbudsprisen ønskes reduceret i efterfølgende tilbud (INDO2/BAFO), i forhold til hvad der var lagt til grund for INDO1.

Udbudsmaterialets Appendix A er Requirement specification, hvor det kan ses, at udbuddet kun indeholder Key Requirements og Evaluation Requirements.

Som det fremgår af Instructions to tenderers, er Key Requirements kendetegnet ved, at de kan være genstand for forhandling og kan ændres af FMI i forhandlingsprocessen. Evaluation Requirements er også kendetegnet ved, at de kan ændres af FMI i forhandlingsprocessen, ligesom opfyldelse ikke er obligatorisk, men indgår i evalueringen. Konsortiets 33 spørgsmål vedrører dermed også enten Key Requirements eller Evaluation Requirements.

Ifølge udbudsbekendtgørelsen er Torben Bjerre kontaktpunkt for FMI. Torben Bjerre har også været den eneste fra FMI med adgang til Ethics-portalen.

Det er ikke korrekt, at den fastsatte metode for at stille spørgsmål alene var en ordensforskrift. Ethics-portalen er netop indrettet på en sådan måde, at spørgsmål skal stilles under fanen "Communication", således at ordregiver får notifikation herom og adgang til at se spørgsmålene. Dette står i modsætning til fanen "Tender submission", der af hensyn til ligebehandlingsprincip-

pet skal være indrettet således, at ordregiver netop ikke må få adgang til uploadede dokumenter før tilbudsfristens udløb. Og det står i modsætning til at stille spørgsmål helt uden om Ethics-portalen – via e-mail, breve, telefonopkald eller på anden vis – hvilket af åbenlyse grund kan gøre det uigennemsigtigt, hvilke spørgsmål der er stillet og besvaret. Konsortiet har ikke fulgt kravene i udbudsmaterialet, og FMI har under disse omstændigheder ikke været forpligtet til at besvare spørgsmålene.

I Ethics præsenteres tilbudsgiver for en menu med felterne ”Status”, ”Notice”, ”Tender submission”, ”Communication” og ”Direct dialogue”.

Tilbudsgiver præsenteres for en række instruktioner. Ifølge instruktionerne er der mulighed for at fremsende spørgsmål under fanen ”Communication”. Fanen ”Tender submission” skal anvendes til at sende tilbud (i prækvalifikationsfasen af udbuddet var denne fane benævnt ”Request submission” og skulle benyttes til at sende ansøgninger om prækvalifikation). Videre fremgår det, at ansøgninger/tilbud skal afsluttes og signeres. Det følger således tydeligt af Ethics brugergrænseflade, at der er forskellige faner til forskellige formål. Spørgsmål stilles ét sted, mens ansøgninger/tilbud indleveres et andet sted. Det er først muligt for ordregiveren at se dokumenter under disse faner efter tilbudsfristens udløb, når tilbuddet er markeret som afsluttet og signeret.

Tilbudsgiverne præsenteres også for en fane, der hedder ”Customer Service”. Når man klikker på ”Customer Service”, kommer man ind på en side, hvor man har adgang til hjælpeartikler og har mulighed for enten at ringe til Ethics, bestille et opkald eller skrive til Ethics. Der kan ringes til Ethics alle ugens hverdage.

Når der stilles spørgsmål på Ethics-portalen, skal der indsættes tekst i tekstboksen, og det er ikke muligt at vedhæfte filer, da der ikke er nogen knap med ”vedhæft fil” eller lignende. Der fremgår ikke oplysninger af Ethics, der tilsiger, at man kan uploade filer, når der stilles spørgsmål.

Konsortiet anvendte ikke Ethics-portalen korrekt, og FMI har ikke på noget tidspunkt modtaget de 33 spørgsmål på Ethics-portalen. Den funktionsknap under fanen ”Communication”, som gør det muligt at uploade spørgsmål i systemet, var ikke aktiv, fordi konsortiet formentlig forsøgte at vedhæfte filer i stedet for at indsætte spørgsmålene direkte i tekstboksen. Det burde være helt oplagt for konsortiet, at spørgsmålene skulle indsættes i tekstboksen, da

der ikke var mulighed for at vedhæfte filer. Der var heller ikke andre oplysninger, som tilsagde, at man kunne uploade filer, når man stillede spørgsmål. Dermed anvendte konsortiet Ethics-portalen forkert, hvilket også resulterede i en korrekt fejlmeddelelse fra Ethics-portalen.

Ethics har oplyst, at der ikke har været driftsforstyrrelser på portalen den 30. april 2024, og at der i øvrigt ikke har været meldinger om enkeltstående fejl den 30. april 2024.

Konsortiet har tidligere i udbudsprocessen uploadet 10 spørgsmål korrekt under fanen ”Communication”. Spørgsmålene blev således uploadet som tekst og ikke som en vedhæftet fil. Spørgsmålene blev besvaret af FMI. Den 1. maj 2024 stillede Christian Duurloo også på korrekt vis et spørgsmål, hvilket var dagen efter det mislykkede forsøg. Dette spørgsmålet blev også besvaret af FMI.

FMI har efter telefoniske drøftelser med Ethics indhentet et samlet svar fra Ethics og har pr. e-mail fået bekræftet, hvad der tidligere er blevet oplyst over for FMI og over for konsortiet. Af svaret fremgår, at FMI ikke har modtaget de 33 spørgsmål under fanen ”Communication” eller andetsteds på Ethics-portalen. Det kan heller ikke ses nogen steder i systemloggen, at de 33 spørgsmål skulle være sendt af konsortiet eller modtaget af FMI.

Konsortiet har oplyst, at der kom en fejlmeddelelse allerede den 30. april 2024, da konsortiet forsøgte at uploade de 33 spørgsmål som en vedhæftet fil under fanen ”Communication”. Det ville have været oplagt i den situation at kontakte Ethics for at høre nærmere om årsagen til fejlmeddelelsen. Ved samme lejlighed kunne konsortiet også have forhørt sig, om spørgsmålene i stedet kunne uploades under fanen for tilbudsafgivelse, således som konsortiet har forsøgt at gøre. Konsortiet kunne eksempelvis nemt have gjort brug af ”Customer service”. Konsortiet ventede dog en hel uge med at sende de 33 spørgsmål igen, og denne gang på en anden helt oplagt forkert måde – og i strid med Instructions to Tenderers instrukser – nemlig ved at kontakte Mikael Nielsen pr. mail den 7. maj 2024, kl. 18.16.

Konsortiet kunne uden problemer have kontaktet Ethics dagen efter, dvs. tirsdag den 1. maj 2024, hvor den første spørgsmålsfrist endnu ikke var udløbet, hvilket den først gjorde kl. 15, og hvor der stadig var lang tid til 6-dages

fristens udløb. Konsortiet kunne således have fået hjælp til at uploade spørgsmålene den følgende dag, hvis konsortiet ikke kunne få fat i Ethics' supportfunktion om aftenen den 30. april 2024. Konsortiet kunne også have spurgt Ethics om, hvorfor de blev mødt med en forkert meddelelse om en udløbet spørgefrist, og konsortiet kunne have forhørt sig, om spørgsmålene nu også var uploadet og registreret korrekt i systemet, særligt i lyset af de problemer, som konsortiet oplevede. Ved samme lejlighed kunne konsortiet også have forhørt sig, om spørgsmålene i stedet kunne uploades under fanen for tilbudsafgivelse, således som konsortiet har forsøgt at gøre – hvilket ellers ikke burde forekomme som den rigtige løsning. Konsortiet kunne eksempelvis nemt have gjort brug af "Customer service".

Konsortiet må som en erfaren bruger af Ethics antages at have været bekendt med, at et manglende "grønt flueben" yderst til højre på skærbilledet netop betød, at det pågældende dokument ikke var blevet uploadet under den forkert anvendte fane "Tender submission". Konsortiet må selv bære risikoen for ikke at benytte sig af muligheden for at søge hjælp fra Ethics til at sikre korrekt upload af spørgsmålene.

Selv om konsortiet havde alle muligheder for at søge teknisk bistand fra Ethics i forhold til at sikre sig korrekt upload af de 33 spørgsmål, ventede konsortiet en hel uge med at foretage sig yderligere efter det mislykkede forsøg på at uploade spørgsmålene den 30. april 2024. Først den 7. maj om aftenen sendte konsortiet en e-mail til Mikael Nielsen med de 33 spørgsmål vedhæftet i en fil. Mikael Nielsen havde ingen viden eller forventning om, at der skulle være problemer med at stille spørgsmål i Ethics-portalen – hvilket både konsortiet og de andre tilbudsgivere også løbende gjorde – og FMI's fokus var derfor naturligt rettet mod Ethics-portalen i forhold til at besvare spørgsmål. På dette tidspunkt var der kun tre arbejdsdage tilbage, inden udløbet af 6-dages fristen, hvilket under alle omstændigheder umuliggjorde en besvarelse af 33 nye spørgsmål.

FMI er ikke enig i, at Ethics ikke skulle have nogen interesse i at erkende eventuelle fejl i udbudssystemet og heller ikke ønsker at gennemføre ressource- og dybdegående undersøgelser af potentielle enkeltstående fejl. Ethics har altid besvaret FMI's henvendelser og undersøgt de forhold, som FMI har påpeget. Som en virksomhed, der baserer sin forretning på at tilbyde et stabilt og fejlfrit system, må Ethics også have en interesse i at identificere og løse eventuelle problemer på sin platform. Ingen af de andre tilbudsgivere

har i øvrigt rapporteret om systemproblemer til FMI under udbuddet, og FMI har heller ikke oplevet systemproblemer under andre igangværende udbud hos Ethics i det pågældende tidsrum.

Søren Audon har aldrig været tilknyttet som bruger på udbuddet, hvilket FMI kan konstatere ud fra oversigten over alle brugere på Ethics-portalen, som kan ses under fanen "User administration". Ifølge Ethics har Søren Audon med e-mailen soren.bogelund@toyota.dk ikke haft mulighed for at logge på, se eller arbejde med udbuddet. FMI antager derfor, at Søren Audon har benyttet Christian Duurloos profil, når Søren Audon var den person, der forsøgte at uploade de 33 spørgsmål på Ethics-portalen.

FMI har adgang til en systemlog på Ethics-portalen, hvor FMI kan se de handlinger, som brugerne foretager på portalen. Formålet med systemloggen er at dokumentere handlinger, der udføres på portalen. FMI kan derfor se de handlinger, som konsortiet har foretaget, herunder handlingerne den 30. april 2024. Dette har Ethics også bekræftet og har i den forbindelse skrevet følgende om loggen: "Loggen indeholder alle de aktioner som er relevante for ordregiver. Bl.a. når tilbudsgiver sender en besked eller åbner en besked/kommunikation. Dvs. det ville fremgå af Log hvis en tilbudsgiver har åbnet en dialog eller afsendt et spørgsmål".

Søren Audon har oplyst, at han uploadede filen under fanen "Direct dialogue", og at filen fik et filnummer. Christian Duurloo har videre oplyst, at han tog et skærmpoint af filnummeret. Skærmpointet er fremlagt i sagen.

FMI har gennemgået loggen på Ethics-portalen igen og kan ikke konstatere, at konsortiet har anvendt fanen "Direct dialogue" til at uploade de 33 spørgsmål den 30. april 2024 om aftenen. Derudover har Ethics oplyst, at konsortiet ikke har anvendt fanen "Direct dialogue" til at sende beskeder den 30. april 2024. Ifølge Ethics ville konsortiet via sin egen fane "Direct dialogue" kunne se, hvilke spørgsmål konsortiet har indsendt, på hvilket tidspunkt, og hvornår der er svaret på spørgsmålene. Hvis konsortiet havde uploadet de 33 spørgsmål i fanen "Direct dialogue", ville konsortiet således selv kunne se det på Ethics-portalen.

Det fremgår imidlertid af loggen fra Ethics-portalen, at konsortiet indsendte et dokument under fanen "Tender submission" den 30. april 2024, kl. 20.51.01, der fik filnummeret 24-1449.

Konsortiets kvittering på forsøget på upload af de 33 spørgsmål havde også filnummeret 24-1449. Filnummeret stemmer således overens med det dokument, som konsortiet ifølge loggen forsøgte at uploade under fanen ”Tender submission” den 30. april 2024, kl. 20.51.01.

Dette bekræfter, at dokumentet med de 33 spørgsmål blev forsøgt uploadet under fanen ”Tender submission”. Da spørgsmålene blev forsøgt uploadet det forkerte sted på platformen, modtog FMI ikke spørgsmålene. Ethics har også genkendt screenshottet som et forsøg på at vedhæfte en fil under fanen ”Tender submission”. Dokumentet under fanen ”Tender submission” blev aldrig sendt til FMI, da konsortiet ikke havde sat flueben i den nødvendige boks. Selv hvis fluebenet havde været sat, ville FMI først have set dokumentet ved tilbudsfristens udløb, da det netop var forsøgt uploadet under fanen ”Tender submission”. Dokumenter under fanen ”Tender submission” kan FMI ikke se før tilbudsfristens udløb, da tilbudsgiver under denne fane har mulighed for at redigere i sit tilbud frem til tilbudsfristen, jf. Instructions to Tenderers. Dette er netop en af flere årsager til, at spørgsmål skal stilles under fanen ”Communication” som angivet i udbudsmaterialet.

Det er derfor forkert, at filen blev uploadet under fanen ”Direct dialogue”, da det tydeligt fremgår af den objektive system-dokumentation, at filen i stedet blev forsøgt uploadet under fanen ”Tender submission”.

Oplysningerne fra Søren Audon og Christian Duurloo kan ikke tillægges bevismæssig værdi, da oplysningerne er i modstrid med objektive systemdata fra Ethics-platformen og Ethics’ svar.

Alle tilgængelige oplysninger fra Ethics-platformen samt de indhentede informationer fra Ethics viser således, at FMI på intet tidspunkt har modtaget de 33 spørgsmål på Ethics-portalen. Informationerne viser derimod, at konsortiet fejlagtigt har forsøgt at anvende fanen ”Tender submission” til at uploade spørgsmålene. Konsortiet burde i stedet have indsat spørgsmålene i tekstboksen under fanen ”Communication”, som konsortiet i øvrigt havde gjort helt korrekt med andre spørgsmål både før det mislykkede forsøg den 30. april 2024 og efterfølgende.

Ethics har oplyst, at hvis konsortiet har modtaget en besked om, at spørgefristen var overskredet, var det blot en påmindelse om, at konsortiet ikke kunne

være sikker på, at deres spørgsmål ville blive besvaret, da spørgefristen muligvis var overskredet. Det blev også præciseret i svaret fra Ethics, at Ethics-portalen ikke har en "hardblock" på spørgsmål, og at det derfor altid er muligt at indsende spørgsmål helt frem til tilbudsfristen. At det forholder sig sådan, er også dokumenteret derved, at konsortiet selv stillede et andet spørgsmål under fanen "Communication" den 1. maj 2024 kl. 15.04, hvilket var 4 minutter efter den første spørgefrists udløb.

Mikael Nielsen fik ikke den forståelse (hverken mundtligt eller skriftligt), at konsortiet havde stillet spørgsmål, som ikke var uploadet via Ethics-portalen. FMI's fokus, for så vidt angår besvarelse af spørgsmål, var derfor naturligt rettet mod Ethics-portalen, hvor der løbende blev stillet og besvaret spørgsmål vedrørende udbuddet. Det fremgår ikke af konsortiets e-mail den 7. maj 2024, at konsortiet reelt havde brug for teknisk bistand til anvendelse af Ethics-portalen.

Mikael Nielsen gik derfor med rette ud fra, at spørgsmål, der ønskedes besvaret, ville fremgå de rette steder i Ethics. Mikael Nielsen vidste, at Torben Bjerre holdt nøje øje med Ethics-systemet i forhold til besvarelse af spørgsmål. Det er ikke korrekt, at Mikael Nielsen under en telefonsamtale den 6. maj 2024 med Christian Duurloo var bekendt med de stillede spørgsmål og gav udtryk for, at spørgsmålene ville blive besvaret dagen efter. Mikael Nielsen var den 6. maj 2024 ikke bekendt med spørgsmålene, og det ville være ejendommeligt, hvis Mikael Nielsen skulle have lovet en besvarelse heraf dagen efter. Selv hvis Mikael Nielsen havde været bekendt med, at det drejede sig om 33 teknisk detaljerede spørgsmål, ville han umuligt kunne have lovet en besvarelse heraf dagen efter, da det slet ikke kunne lade sig gøre.

Den øvrige mailkorrespondance mellem Mikael Nielsen og konsortiet vedrører praktiske forhold som stelnumre, tidsplanen for testen og mødefaciliteter mv. Disse individuelle forhold er kun relevante for konsortiet og ikke for de øvrige tilbudsgivere, og derfor er de håndteret via e-mail, hvilket ikke strider mod nogen bestemmelser i udbudsbetingelserne.

Spørgsmålene skulle besvares af FMI senest den 10. maj 2024 inden udgangen af dagen (kl. 23.59). Der kan i den forbindelse også henvises til side 23, fodnote 18 i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning af 23. januar 2018, hvor det fremgår, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har forelagt

spørgsmålet for EU-Kommissionen, der har bekræftet, at fristen skal beregnes efter fristforordningens regler for beregning af frister i dage (fristforordningens artikel 3, stk. 2, litra b), og at tilbudsgiverne skal have seks hele dage.

Det kan ikke komme FMI til skade, at FMI ved beregningen af 6-dages fristen vælger at lægge den beregningsmetode til grund, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anser som den rigtige metode, og som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyser, at EU-Kommissionen også er enig i.

Den 10. maj 2024 var selve dagen, hvor 6-dages fristen udløb. Spørgsmålene kunne derfor alligevel ikke længere være blevet besvaret på den korte tid, der var tilbage. Selv hvis konsortiet – i stedet for at fremsende spørgsmålene i en vedhæftet fil den 7. maj 2024 om aftenen – havde uploadet spørgsmålene korrekt i Ethics, således at FMI med det samme ville have fået den rette systemnotifikation herom, ville FMI ikke kunne have besvaret spørgsmålene inden udløbet af 6-dages fristen den 10. maj 2024. Det ville kun have givet FMI 3 arbejdsdage til at besvare 33 nye spørgsmål om en lang række tekniske detaljer. Der var ikke bare én person hos FMI, der hurtigt ville kunne besvare sådanne spørgsmål, idet svaret på spørgsmålene ville skulle afstemmes på tværs af flere tekniske eksperter mv. for at sikre, at svarene tog højde for alle nødvendige hensyn.

Det er ikke korrekt, at FMI skulle have svaret på spørgsmål frem til lørdag den 11. maj 2024, kl. 24.00. Det er en forkert beregning af 6-dages fristen, da det skal være seks hele dage. Spørgsmålene skulle således besvares af FMI senest fredag den 10. maj 2024 inden udgangen af dagen (kl. 23.59). Selv hvis FMI kunne have ventet med at besvare de 33 spørgsmål helt frem til den 11. maj 2024, kl. 23.59, og selv hvis konsortiet havde uploadet spørgsmålene korrekt på Ethics-portalen, ville FMI stadig ikke have haft nok tid til at besvare spørgsmålene. På grund af udbuddets karakter ville det have været uforholdsmæssigt byrdefuldt ("disproportionately onerous"), jf. Instructions to Tenderers, uhensigtsmæssigt og omkostningstungt at besvare 33 teknisk detaljerede spørgsmål på 3 dage. Det er også grunden til, at FMI som udgangspunkt skulle have modtaget spørgsmål allerede før den 1. maj 2024. En udsættelse af tilbudsfristen alene af hensyn til konsortiet kunne endvidere risikere at være i strid med ligebehandlingsprincippet.

Konsortiet gjorde på intet tidspunkt før 6-dages fristens udløb udtrykkeligt FMI opmærksom på, at besvarelse af de 33 spørgsmål var en afgørende forudsætning for, at konsortiet kunne afgive et indledende tilbud (INDO), og om det i givet fald gjaldt samtlige 33 spørgsmål eller kun nogle få af dem.

Det er ikke korrekt, at FMI har fastsat en for snæver tidsplan. Hvis spørgsmålene var blevet indsendt korrekt den 30. maj 2024, ville der have været tilstrækkelig tid til besvarelse. Tidsplanen blev først stram på grund af konsortiets fejlhåndtering af Ethics-portalen. Det er urimeligt at forvente, at en ordregiver skal indarbejde ekstra tid i tidsplanen for at kompensere for, at tilbudsgiverne ikke håndterer udbudssystemet korrekt.

Der er tale om et ganske kompliceret udbud, hvor der også skal gennemføres et meget omfattende testforløb af de tilbudte køretøjer. Testen af køretøjerne blev gennemført som planlagt fra den 21. maj 2024 til den 14. juni 2024. Der var kun én arbejdsdag mellem tilbudsfristens udløb om fredagen den 17. maj 2024 og påbegyndelsen af testforløbet om tirsdagen den 21. maj 2024. Selv en mindre ændring af tilbudsfristen ville derfor også have krævet en ændring af det planlagte testforløb, hvilket ville have fået store konsekvenser for tidsplanen. Det er således en større logistisk opgave at gennemføre de pågældende test, og en ændring af tidsplanen ville være forbundet med i hvert fald følgende udfordringer:

Det terræn, der skal anvendes til test i forbindelse med udbuddet, er booket et år frem til militærøvelser, hvorfor det må forventes, at det ikke ville være muligt at finde et nyt tidspunkt til testforløbet før om et år. Det er samtidig vanskeligt at finde alternativt terræn eller dele det eksisterende terræn med de enheder i Forsvaret, der har booket det til militærøvelser, da testen kræver eksklusiv brug af området uden andre tilstedeværende for at sikre en pålidelig og uforstyrret evaluering af køretøjerne.

Testen involverer deltagelse af 32 personer fra Forsvaret, som alle har andre opgaver i deres daglige virke. At flytte testen ville kræve omfattende omrokeringer og planlægning, og det ville være svært at sige, hvornår det igen ville være muligt at samle alle disse personer.

Tilbudsgiverne har i forvejen store omkostninger med at forberede testforløbene, og en ændring af tidsplanen med kort varsel ville således påføre tilbudsgiverne en række ikke ubetydelige ekstraomkostninger til transport, rejse, ophold og logistik.

Køretøjerne, der skal anskaffes under udbuddet, skal afløse en køretøjspulje, hvor en stor del af køretøjerne er 28 år gamle. For mange af køretøjerne kan der ikke længere anskaffes reservedele, hvilket medfører, at flere køretøjer løbende bliver taget ud af driften. En udsættelse af anskaffelsen vil derfor betyde, at Forsvaret skal klare sig med færre køretøjer, hvilket vil være meget u hensigtsmæssigt i en operationel sammenhæng.

Der er tale om et meget specielt hændelsesforløb, hvilket uheldigvis førte til, at konsortiet valgte at træde helt ud af udbuddet. Det er beklageligt for alle parter. Hele forløbet kunne have været undgået, hvis konsortiet havde været mere omhyggelig i sin anvendelse af Ethics-portalen, og hvis konsortiet havde kontaktet Ethics' supportafdeling for hjælp. Der var rigelig tid til, at konsortiet kunne have afklaret eventuelle misforståelser vedrørende upload af spørgsmål, afkrydsning af "grønne flueben", anvendelse af de rette faner mv. I så fald ville FMI straks have modtaget en systemnotifikation fra Ethics om modtagelsen af de 33 spørgsmål på Ethics-portalen og kunne således straks den 1. maj 2024 være begyndt at forholde sig til spørgsmålene. Det ville have givet FMI 10 dage til besvarelse af spørgsmålene inden udløbet af 6-dages fristen.

FMI var både overrasket og ærgerlig over, at konsortiet valgte ikke at indlevere INDO1 og dermed ikke længere at deltage i udbuddet. FMI har oplagt en interesse i den størst mulige konkurrence om rammeaftalerne, og FMI havde derfor ønsket, at konsortiet havde valgt at afgive et INDO1, der på passende vis kunne have taget højde for de afklaringer, som konsortiet måtte ønske svar på ifølge de 33 spørgsmål.

Konsortiet kunne eksempelvis have præciseret, hvilken forståelse der var lagt til grund for INDO1, samtidig med at forholdene kunne have været yderligere uddybet i udbudsmaterialets "Enclosure 3", som netop er et bilag, der kunne have været brugt til det formål. Når konsortiet i stedet valgte helt at undlade at indlevere et INDO1, må det have stået konsortiet klart, at det ville betyde, at konsortiet dermed selv havde valgt at trække sig fra udbuddet.

Ad påstand 2

Babcock har gjort gældende, at overtrædelsen under påstand 1 er af en sådan karakter, at der er grundlag for at annullere FMI's udbudsforretning, jf. klagenævnslovens 13, stk. 1, nr. 2.

Overtrædelsen har medført, at konsortiet ikke fik de oplysninger, som var nødvendige for, at konsortiet kunne afgive INDO ved udløbet af tilbudsfristen den 17. maj 2024. Konsortiet blev herved reelt uretmæssigt udelukket fra udbudsproceduren.

FMI havde efter udbudsbetingelserne mulighed for at tildele kontrakten baseret på tilbudsgivernes INDO. Tilbudsgivernes INDO var derfor at sidestille med et endeligt bud.

En besvarelse af spørgsmålene var af central betydning for konsortiets mulighed for at afgive det bedst mulige tilbud i forhold til de fastsatte kriterier for tildeling og for konsortiets muligheder for at afgive konditionsmæssigt tilbud og vurdere de forbundne risici og omkostninger.

Konsortiet kunne derfor ikke blot stille spørgsmålene under forhandlingerne af INDO.

FMI har gjort gældende, at der under henvisning til det anførte under påstand 1 ikke er grundlag for at tage påstand 2 til følge.

Klagenævnet udtaler

Ad påstand 1

Påstandens hovedspørgsmål angår, om FMI har handlet i strid med forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4, artikel 33, stk. 6, og artikel 34, stk. 4, ved ikke at have besvaret spørgsmål fra konsortiet.

Det skal således klarlægges, om FMI var forpligtet til at besvare spørgsmålene fra konsortiet, herunder om spørgsmålene blev stillet korrekt.

I forsvar- og sikkerhedsdirektivets artikel 33, stk. 6, står der:

”Er udbudsbetingelserne og de supplerende dokumenter eller oplysninger, uanset af hvilken grund, ikke fremsendt inden for de i artikel 34 fastsatte frister, selv om der er anmodet om dem i tide, eller kan der kun afgives tilbud efter besigtigelse på stedet eller efter gennemsyn på stedet af bilagsmateriale til udbudsbetingelserne, forlænges fristerne for modtagelse af tilbud, således at alle de berørte økonomiske aktører kan få kendskab til samtlige de oplysninger, der er nødvendige for at kunne udarbejde tilbud.”

Af direktivets artikel 34, stk. 4, fremgår:

”Eventuelle supplerende oplysninger om udbudsbetingelserne, det beskrivende dokument og/eller de supplerende dokumenter meddeles af de ordregivende myndigheder/ordregiverne eller de kompetente tjenester senest seks dage inden udløbet af den frist, der er fastsat for modtagelsen af tilbud, forudsat at der er anmodet om dem i tide. Ved begrænset udbud eller udbud med forhandling efter hasteproceduren er fristen fire dage.”

I Instructions to Tenderers afsnit 4.1 er det fastsat, at spørgsmål skal stilles skriftligt på engelsk i Ethics via undersiden ”Communication”, og at spørgsmål modtaget senest den 1. maj 2024 kl. 15.00 vil blive besvaret senest seks dage før fristen for afgivelse af indledende tilbud 1 (INDO1). Det er videre fastsat, at spørgsmål modtaget senere end 1. maj 2024 kl. 15.00 også vil blive besvaret, medmindre spørgsmålets karakter ville gøre det uforholdsmæssigt byrdefuldt (”disproportionately onerous”) for FMI at besvare.

Den fastsatte metode for upload af spørgsmål i Ethics sikrer, at alle tilbudsgivere modtager svarene fra FMI i anonymiseret form, og at FMI kan overholde ligebehandlingsprincippet. Udbudsbetingelsernes beskrivelse af, hvordan der skal stilles spørgsmål, er således ikke alene en ordensforskrift.

Det er tilbudsgivers eget ansvar at anvende udbudsportalen korrekt. Forkert benyttelse af udbudsportalen kan derfor ikke føre til, at ordregiveren har handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet eller proportionalitetsprincippet.

Ethics har oplyst, at der ikke var driftsforstyrrelser på platformen den 30. april 2024, hvilket støttes af, at de øvrige tilbudsgivere foretog upload af spørgsmål på Ethics den 30. april 2024 og den 1. maj 2024 i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Ethics har endvidere oplyst, at der ikke var meldinger om enkeltstående fejl den 30. april 2024.

Systemloggen på Ethics-portalen indeholder ifølge Ethics alle de oplysninger, som er relevante for ordregiver, herunder oplysninger om afsendte spørgsmål.

Efter indholdet af systemloggen fra Ethics-portalen lægger klagenævnet til grund, at konsortiet den 30. april 2024, kl. 20.51.01 forsøgte at uploade spørgsmålene under fanen ”Tender submission”. Dette støttes af, at opsætningen på det screenshot, som konsortiet tog den 30. april 2024, har samme opsætning som dokumentet forsøgt uploadet under ”Tender submission, at begge dokumenter har samme filnummer, og at Christian Duurloo har forklaret, at alle dokumenter vedrørende udbuddet, herunder spørgsmål og svar, var på den side, hvor screenshots blev taget, og hvor den uploadede fil fremgik.

Klagenævnet finder på denne baggrund, at Babcock ikke har bevist, at det var på grund af fejl i Ethics-systemet, at spørgsmålene ikke blev uploadet korrekt på Ethics-portalen og dermed ikke modtaget af FMI i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Da konsortiet således ikke stillede spørgsmålene i overensstemmelse med kravene i udbudsbetingelserne, ville det have været i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, hvis FMI havde besvaret spørgsmålene, som FMI modtog på e-mail den 7. maj 2024.

Der er efter det anførte derfor ikke grundlag for at fastslå, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Den øvrige kontakt til FMI i perioden fra den 6. maj 2024 til den 16. maj 2024 kan ikke føre til et andet resultat.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

Ad påstand 2

På baggrund af det anførte under påstand 1 tages påstanden ikke til følge.

Herefter bestemmes

Klagen tages ikke til følge.

Babcock Vehicle Engineering Limited skal inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse betale 60.000 kr. i sagsomkostninger til Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse.

Klagegebyret tilbagebetales ikke.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Maiken Nielsen
chefkonsulent