

## **Klagenævnet for Udbud**

(Kirsten Thorup, Katja Høegh, Henrik Fausing, Birgitte Nellenmann)

J.nr.: 19/07070

24. januar 2020

### K E N D E L S E

(Visse oplysninger i kendelsen er på parternes begæring ikke offentliggjort)

Elbit Systems Ltd.

(advokat Anne Bergholt Sommer, Aarhus)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse

(advokat Bo Schmidt Pedersen, København)

## **Indhold**

|  |    |
|--|----|
| <b>Klagens indgivelse og parternes påstande</b> .....                                      | 4  |
| <b>Sagens nærmere omstændigheder</b> .....   | 7  |
| 2013-udbuddet .....  | 7  |
| 2015-udbuddet .....  | 11 |
| GFE (Government Furnished Equipment) .....   | 17 |
| MOTS/COTS.....   | 19 |
| Dokumentation og verifikationstest .....   | 21 |
| Kravspecifikationen.....   | 25 |
| Nexters tilbud .....   | 28 |
| Evaluering af verifikationstest.....   | 28 |
| Life cycle costs (LCC) .....   | 34 |
| Træningsprogram .....  | 50 |
| Samlet endelig evaluering .....  | 52 |
| Tildelingsbeslutningen .....   | 55 |
| Kontraktændringer.....   | 58 |
| <b>Parternes anbringender</b> .....  | 60 |
| Elbits anbringender ad påstand 1 .....   | 60 |
| Ad påstand 1, litra a – ikke oplyst om mulighed for opbygning på TATRA-våbenplatform ..... | 60 |
| Ad påstand 1, litra b – MOTS/COTS .....  | 62 |
| Ad påstand 1, litra c – dokumentation og verifikationstest – krav 3.18, 3.29 og 5.02 ..... | 64 |
| Ad påstand 1, litra d – beregning af ”Life Cycle Costs”(LCC) .....                         | 67 |
| Ad påstand 1, litra e – operational capability .....                                       | 70 |
| Ad påstand 1, litra f – træningsprogram.....   | 71 |
| Ad påstand 1, litra g – kontraktændringer .....  | 71 |
| FMI’s anbringender ad påstand 1 .....  | 73 |
| Ad påstand 1, litra a – ikke oplyst om mulighed for opbygning på TATRA-våbenplatform ..... | 73 |
| Ad påstand 1, litra b – MOTS/COTS .....  | 75 |
| Ad påstand 1, litra c – dokumentation og verifikationstest – krav 3.18, 3.29 og 5.02 ..... | 76 |
| Ad påstand 1, litra d – beregning af ”Life Cycle Costs”(LCC) .....                         | 80 |
| Ad påstand 1, litra e – operational capability .....                                       | 82 |
| Ad påstand 1, litra f – træningsprogram.....   | 82 |

|   |     |
|---|-----|
| Ad påstand 1, litra g – kontraktændringer .....   | 83  |
| Elbits anbringender ad påstand 2 og 3 .....   | 87  |
| FMI's anbringender ad påstand 2 og 3 .....  | 89  |
| <b>Klagenævnet udtaler:</b> .....   | 90  |
| Ad påstand 1, litra a – ikke oplyst om mulighed for opbygning på<br>TATRA-våbenplatform ..... | 90  |
| Ad påstand 1, litra b – MOTS/COTS .....   | 91  |
| Ad påstand 1, litra c – dokumentation og verifikationstest – krav 3.18,<br>3.29 og 5.02 ..... | 91  |
| Ad påstand 1, litra d – beregning af ”Life Cycle Costs”(LCC).....                             | 93  |
| Ad påstand 1, litra e – operational capability .....  | 96  |
| Ad påstand 1, litra f – træningsprogram .....   | 97  |
| Ad påstand 1, litra g – kontraktændringer .....   | 97  |
| Ad påstand 2 og 3 .....   | 99  |
| Sagsomkostninger .....  | 100 |
| <b>Herefter bestemmes:</b> .....  | 100 |

## **Klagens indgivelse og parternes påstande**

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 088-149557 af 2. maj 2013, offentliggjort den 7. maj 2013, udbød Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI) [Danish Defence Acquisition and Logistics Organization (DALO)] som udbud med forhandling en kontrakt om levering af selvkørende artilleri efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet (direktiv 2009/81/EF).

Efter modtagelse af endelige tilbud meddelte FMI ved brev af 30. april 2015, at udbuddet var annulleret. Af brevet fremgår blandt andet desuden, at tilbuddet fra Elbit Systems Ltd. ("Elbit") var vurderet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 242-439446 af 10. december 2015 iværksatte FMI et nyt udbud af kontrakten. Udbuddet blev gennemført som et begrænset udbud med forhandling efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet.

FMI prækvalificerede fem virksomheder. Ved tilbudsfristens udløb den 21. november 2016 havde styrelsen modtaget endelige tilbud fra Elbit og Nexter Systems ("Nexter").

FMI meddelte ved brev af 14. marts 2017, at styrelsen havde til hensigt at indgå kontrakt med Nexter, og bekendtgørelse om indgået kontrakt blev offentliggjort den 26. maj 2017.

Den 10. juli 2017 indgav Elbit klage til Klagenævnet for Udbud over FMI. Elbit fremhævede, at klagen blev indgivet med henblik på afbrydelse af den præklusive frist for at påklage FMI's tildelingsbeslutning, jf. klagenævnsloven § 7, stk. 2, nr. 1.

Den 25. januar 2018 traf klagenævnet afgørelse om at give Elbit yderligere aktindsigt end meddelt af FMI. FMI har under klagesagens forløb taget stilling til yderligere anmodninger om aktindsigt fra Elbit. Disse afgørelser er ikke blevet påklaget til klagenævnet.

Elbit har endeligt nedlagt følgende påstande:

### "Påstand 1

Klagenævnet skal konstatere, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4, idet FMI:

- a. ikke har sikret lige vilkår for tilbudsgivernes udarbejdelse og afgivelse af tilbud, herunder idet FMI ikke gjorde det klart for Elbit, at det var tilladt at afgive tilbud på levering af det selvkørende artilleri med tilbud på en opbygning på våbenplatformen TATRA,
- b. i udbudsmaterialet, underkriterier og opstillede krav til den leverede ydelse forudsatte, at det tilbudte selvkørende artilleri skulle kunne kvalificeres som MOTS/COTS-løsninger, men desuagtet ved evalueringen ikke tog i betragtning, hvorvidt det tilbudte selvkørende artilleri kunne kvalificeres som en MOTS/COTS-løsning,
- c. ikke ved evalueringen af tilbuddene har påset og behandlet tilbuddene i overensstemmelse med de opstillede krav i udbudsbetingelserne om dokumentation og verifikation af oplysningerne i tilbuddene, herunder ved verifikationstesten, idet:
  - FMI i udbudsbetingelserne havde opstillet krav om vedlæggelse af dokumentation og beskrivelse alternativt alene dokumentation henholdsvis bestået verifikationstest til verifikation af oplysninger og tilbuddenes opfyldelse af en række mindstekrav og krav.
  - FMI ikke har afvist tilbuddet fra Nexter som ukonditionsmæssigt, alternativt tillagt det betydning ved evalueringen af tilbuddet fra Nexter, at Nexter ikke med tilbuddet havde vedlagt dokumentation for opfyldelse af en række mindstekrav og krav, men udelukkende en egen-oplyst beskrivelse af tilbuddet.
  - FMI ikke har afvist tilbuddet fra Nexter som ukonditionsmæssigt, alternativt tillagt det betydning ved evalueringen af tilbuddet fra Nexter, at Nexter ikke ved verifikationstesten af det af Nexter tilbudte artillerisystem kunne verificere og dokumentere tilbuddets overensstemmelse med en række mindstekrav og krav,
- d. har evalueret tilbuddene for så vidt angår LCC, herunder særligt for drift- og vedligeholdelsesomkostningerne på en måde og med en evalueringsmetode, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet:
  - den af Nexter oplyste og/eller den af FMI beregnede LCC for Nexters tilbud, som udgør grundlaget for evalueringen, ikke er repræsentativ for det forventede indkøb af artillerisystemet, herunder det forventede indkøb af reservedele, og idet
  - FMI har foretaget en ubegrundet og udokumenteret ændring af Nexters tilbud for så vidt angår beregning og evaluering af drift og vedligeholdelse i Nexters tilbud ved at

- tillægge prisen vedrørende omkostninger til reparation, reservedele og planlagt vedligeholdelse ca. 426 %, herunder uden at iværksætte proceduren for unormalt lave tilbud i forsvars[- og sikkerheds]direktivets artikel 49,
- e. har anvendt en evalueringsmetode for så vidt angår underkriteriet ”operational capability”, der ikke er i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes angivelser herfor,
  - f. i strid med udbudsbetingelserne accepterede, at det træningsprogram, som Nexter tilbød, afveg fra kravet om, at tilbudsgiverne skulle levere et træningsprogram senest 1 måned før SAT,
  - g. har foretaget en række ændringer i den indgåede kontrakt med Nexter Systems, som indebærer en væsentlig ændring af kontrakten i forhold til de i udbudsmaterialet foreskrevne krav til det leverede selvkørende artilleri og vilkårene herfor. De herved gennemførte ændringer indebærer så væsentlige ændringer i kontraktens bestemmelser og de ydelser, der skal leveres i henhold til kontrakten, at den ændrede kontrakt mellem FMI og Nexter ikke kan anses udbudt ved det forudgående gennemførte udbud. Ændringen af kontrakten uden forudgående udbud af denne reviderede kontrakt, udgør en krænkelse af det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip og ligebehandlingsprincip, idet den ændrede kontrakt ikke kan anses for at have været korrekt konkurrenceudsat i overensstemmelse med [f]orsvars- og sikkerhedsdirektivet 2009/81/EF.

#### Påstand 2

Klagenævnet skal annullere FMI's beslutning af 14. marts 2017 om at tildele kontrakten om ”Køb af artillerisystemer og understøttende logistik” til Nexter Systems.

#### Påstand 3

Klagenævnet skal i medfør af klagenævnslovens § 17, § 18 stk. 1, og stk. 2, og § 19 erklære den indgåede kontrakt mellem FMI og Nexter Systems for uden virkning for fremtiden og pålægge [FMI] en økonomisk sanktion, alternativt pålægge FMI at bringe den indgåede kontrakt med Nexter Systems til ophør og lovliggøre forholdene, idet FMI ved de under påstand 1, pkt. a-g behandlede forhold groft har tilsidesat ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet og gennemført væsentlige ændringer ved kontrakten uden behørig forudgående offentlighed eller konkurrenceudsættelse heraf.

#### Påstand 4

FMI tilpligtes til Elbit Systems at betale 5.000.000 USD, subsidiært et af Klagenævnet for Udbud fastsat mindre beløb, med tillæg af procesrente fra klagens indgivelse den 10. juli 2017, subsidiært forrentet fra et senere tidspunkt.”

FMI har vedrørende påstand 1 - 3 nedlagt påstand om, at klagen ikke tages til følge, og vedrørende påstand 4 nedlagt påstand om frifindelse.

Klagenævnet har besluttet at udsætte behandlingen af påstand 4, indtil klagenævnet har taget stilling til påstand 1 - 3.

Klagenævnets formand har i medfør af lov om Klagenævnet for Udbud § 10, stk. 4, besluttet, at sagen skal behandles af to formænd og to sagkyndige.

Der har været berammet mundtlig forhandling den 11. marts 2019, men forhandlingen blev aflyst den 6. marts 2019 som følge af yderligere anmodninger fra Elbit om aktindsigt hos FMI. Klagenævnet besluttede herefter, at sagen skulle behandles på skriftligt grundlag. Klagen er herefter behandlet skriftligt.

## **Sagens nærmere omstændigheder**

### 2013-udbuddet

I udbudsbekendtgørelse nr. 2013/S 088-149557 af 2. maj 2013 [”2013-udbuddet”] står der:

“ ...

II.1.9) Information about variants

Variants will be accepted: no

... ”

II.2.2) Information about options

Options: yes

Description of these options: The contracting authority will have the opportunity to exercise the following positive and negative options:

Positive option: Purchase of up to 6 additional artillery systems (up to a total number of 21 artillery systems to be delivered).

Negative option: Reduce the initial delivery with up to 6 artillery systems (down to a total number of 9 artillery systems to be delivered).

... ”

I udbudsbetingelserne vedrørende dette udbud står følgende om det planlagte indkøb:

“ ...

2. SCOPE OF PROCUREMENT

This tender is conducted according to contract notice 2013/S 088-149557 and relates to the acquisition of artillery systems and supporting logistics. The Danish Armed Forces has deemed it necessary to replace its existing artillery systems and has therefore initiated a procurement process for the acquisition of new, modern artillery systems. On this background DALO wishes to acquire 15 artillery systems (with the option to increase the number up to 21) and a range of ancillary supplies and services that sustain the artillery systems which are expected to be in operation for at least 20 years throughout which period they shall be deployed both in domestic and international operations.  
 ...”

Under 2013-udbuddets spørgsmål/svarfase indkom den 14. oktober 2013 følgende spørgsmål fra Elbit:

”Is there a preference of DALO / Danish Army for the utilization of a specific type of truck (a truck in service of the Danish Army) to be used as the Weapon Platform for a wheeled self-propelled solution?  
 ...”

Hertil svarede FMI den 4. november 2013:

”No”

I et spørgsmål af 11. november 2013 hedder det blandt andet:

”We would like to indicate that there is a particular reason for which we request that DALO will consider a possible extension of the FIO [First Indicative Offer] submission.

We would like to inform you that we are considering very seriously offering a vehicle manufactured by [...] for our artillery system solution.

Although the artillery system we intend to offer can be implemented on several platforms and our understanding, as reflected in answer No.1, that DALO has no preference for a specific vehicle, we consider (...)’s solution as the most beneficial and cost effective in means of commonality and life cycle costs to DALO and to the Danish Artillery and would like to be able to offer it in the framework of our FIO.”

I FMI’s svar af 15. november 2013 står blandt andet.:

“DALO will [...] point the tenderers attention to the fact that this tender is conducted as a negotiated procedure, which could give the tenderer the



possibility to submit an offer based on e.g. another platform later in the process if a FIO2, FIO3 etc. is requested, or at the time of the BAFO. The award of the contract will in all probability be done on the basis of the evaluation based on the BAFO. This is however at the tenderers own risk and the evaluation of the FIO will be done on the basis of the offer submitted at the deadline for FIO.

Consequently, DALO will not make an extension to the deadline for FIO, but we encourage all tenderers to submit the best offer possible with the product available at the time of the FIO deadline.

At the same time DALO would like to stress that we have no preference with regard to the type of truck offered other than the functional requirements listed in Annex A.1, which will be part of the evaluation in both the FIO and BAFO. Hence, the requirements stated in the Tender Material and the Contract Award Criteria's mentioned in Appendix TC-1 are the only indications of DALOs preferences.”

I det første indikative tilbud (FIO) fra Elbit afgivet den 29. november 2013 tilbød virksomheden en løsning baseret på våbenplatformen af mærke RMMV (MAN). Som option tilbød Elbit våbenplatformen TATRA 8x8 High Mobility Heavy Duty (TATRA).

I tilbuddets konklusion står der:



*Volume I – General  
Executive Summary*

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

I en e-mail af 17. januar 2014 fra FMI til Elbit står der:

“ ...

As a detailed preparation for the inspection visit from DALO side, DALO has prepared the following list of areas and subjects that are of general and special interest to DALO with regards to your proposed solution.

When doing your presentation of your system, DALO would appreciate that you pay attention to the DALO areas of special interest.

...

The lists are not exhaustive and shall not be considered as such. The intention with the lists is to provide you with insight into what areas DALO would like to know more about, when considering your proposed solution.

Presentation and all information, data, etc., shall of course be based on your proposed MAN solution, fulfilling all mandatory requirements, in the configuration offered to DALO.

...”

I et referat fra et forhandlingsmøde afholdt den 18. marts 2014 mellem Elbit og FMI står blandt andet:

”It is clarified by DALO that TATRA truck chassis should not be in the contract option column. This is corrected by Elbit immediately.”

FMI oplyste ved brev af 30. april 2015 tilbudsgiverne om, at styrelsen havde besluttet at annullere 2013-udbuddet. I brevet står der:

“...

With reference to the abovementioned Contract Notice, whereby DALO called for tenders concerning self-propelled artillery, DALO hereby regret to inform you that it has been decided to cancel the tender process. A formal cancellation notice has today been submitted to Tenders Electronic Daily.

The cancellation is the result of a need for the Danish [D]efence to reassess its acquisition planning and create the necessary space for future flexibility, for example in order to be able to rebuild the damaged EH 101 helicopter.

However, DALO has been authorized to inform you, that the results of the evaluation in the now cancelled competition showed, that Elbit Systems Ltd., Israel, was considered to have submitted the economically most advantageous tender.

DALO wishes to inform you that in light of the cancellation it has been decided to explore other options for maintaining fire support competencies within the Danish [D]efence.

...”

Meddelelse om annullationen blev bekendtgjort ved supplerende bekendtgørelse nr. 2015/S 086-154764 offentliggjort den 5. maj 2015.

### 2015-udbuddet

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 242-439446 af 10. december 2015 [”2015-udbuddet”] udbød FMI på ny en kontrakt om selvkørende artilleri. Bekendtgørelsen indeholder blandt andet følgende:

“II.2.1) Total quantity or scope:

Delivery of 15 artillery systems with an option to purchase up to 6 additional systems (up to a total number of 21 artillery systems to be delivered). Furthermore the contract encompasses the sustainment of the artillery system for a period of 10 years enabling DALO to purchase additional spare parts, services, training etc.

Estimated value excluding VAT:

Range: between 66 000 000 and 133 000 000 EUR

...

IV.3.2) Previous publication(s) concerning the same contract  
Other previous publications

Notice number in the OJEU: 2013/S 088-149557 of 7.5.2013.”

I udbudsbetingelserne står der blandt andet:

#### ”2. SCOPE OF PROCUREMENT

This tender is conducted according to contract notice 2015/S 242-439446 and relates to the acquisition of artillery systems and supporting logistics.

The Danish Armed Forces has deemed it necessary to replace its existing artillery systems and has therefore initiated a procurement process for the acquisition of new, modern artillery systems.

DALO tendered for a new artillery system during the period 2013-2015. The tender was cancelled in March 2015, due to the Danish Defence need for reassessment of its acquisition planning.

As the reassessment has now taken place, the need for acquiring new artillery systems has been deemed relevant. This has caused the Danish Defence to start a process of investigating procurement possibilities with Norway, parallel with this re-newed tender process. This parallel process was started late 2015. The investigation with Norway has now ended, concluding that the procurement possibilities are not relevant, and the

Danish Defence is continuing its acquisition process with the present tender.

...

## 5. TENDER MATERIAL

The complete tender material consists of:

- Contract Notice 2015/S 242-439446
- Invitation to tender
- These Tender Conditions

Appendices to the Tender Conditions:

- Appendix TC-1 : Contract Award Criteria and Evaluation method
- ...

Acquisition Contract including annexes A - Z

- Sustainment Contract (Annex Z), including appendices SC-A - SC-J

### 5.1 Regarding the Contracts

In order to facilitate both the acquisition and the sustainment of the artillery systems, there are included two contractual agreements in the tender material:

...

When drawing up the offers, the tenderers should pay due attention to what parts of the contracts and the enclosed annexes/appendices the tenderer can make reservations to.

Reservations are only acceptable to the extent they have been permitted in section 8 below.

...

## 6. CONTRACT AWARD CRITERIA AND EVALUATION METHOD

The contract will be awarded on the basis of the award criterion "the most economically advantageous tender" using the award criteria with specified weighting and the evaluation method as described in Appendix TC-1 (Contract Award Criteria).

...

## 8. REQUIREMENTS AND RESERVATIONS

### 8.1 Requirements Categories

The requirements in the tender documents are divided into three categories: Mandatory Requirements, Key Requirements and Conditional Requirements as further explained in clause [8.2 to 8.4] below.

## 8.2 Mandatory Requirements

The Mandatory Requirements are reflected in the contract notice and characterise the nature of the procurement at hand. Consequently, the contract notice are not subject to negotiation.

The INDO should be in compliance with all Mandatory Requirements. Non-compliance with any Mandatory Requirements in the INDO may lead to disqualification if DALO deems that it is not viable to amend the INDO due to the nature and extent of the non-compliance or if the non-compliance would, in effect, jeopardise equal treatment of the tenderers in the subsequent negotiations.

Thus, tenderers are strongly encouraged not to make reservations to Mandatory Requirements in the INDO (or any subsequent offers).

The BAFO must be in compliance with all Mandatory Requirements. BAFOs that do not comply with all the Mandatory Requirements will be considered as “non-compliant offers” and will therefore not be taken into consideration.

## 8.3 Key Requirements

The tender documents include a number of Key Requirements. Key Requirements may be a subject to negotiation and may be changed by DALO in the negotiation process. DALO may e.g. modify the content of a Key Requirement or change the Key Requirement to a Conditional Requirement or to a Mandatory Requirement.

DALO may also withdraw Key Requirements or add new Key Requirements during the negotiation process and / or in the revised tender documents.

The tenderer should preferably fulfill all Key Requirements in the INDO. However, INDOs that do not comply with all Key Requirements will not be considered as “non-compliant offers” and will therefore remain part of the negotiation process.

The BAFO must be in compliance with all Key Requirements. BAFOs that do not comply with all Key Requirements (“non-compliant offers”) will not be taken into consideration. However, if DALO identifies reser-

vations to a Key Requirement in the BAFO, DALO may - with due respect of the principles of equality and transparency - contact the tenderer and ask for the reservation to be withdrawn.

#### 8.4 Conditional Requirements

The tender documents include a number of conditional requirements. Conditional Requirements may be a subject to negotiation and may be changed by DALO in the negotiation process. DALO may e.g. modify the content of a Conditional Requirement or change the Conditional Requirement to a Key Requirement. DALO may also withdraw Conditional Requirements or add new conditional requirements during the negotiation process and / or in the revised tender documents.

The fulfillment of Conditional Requirements is a part of the evaluation of the tenderer, cf. clause 6.

#### 8.5 Categorisation of the tender documents and reservations

Regarding the Contract (draft) and Annexes and Appendices:

The Acquisition Contract including annexes A – Z and the Sustainment Contract (Annex Z), including appendices SC-A – SC-J are Key Requirements in their entirety with the exception of the Requirements Specification in Annex A, cf. below.

In the INDO, the tenderer should not make reservations in the INDO with regard to the provisions in the Acquisition Contract including annexes A-Z and the Sustainment Contract (Annex Z), including appendices SC-A-SC-J. Thus, the INDO is to be drafted on the basis of the enclosed Contracts, Annexes and Appendices. If the tenderer identifies requirements or contract provisions, etc. that the tenderer deems unacceptable or as significant risk factors or cost drivers, the tenderer should list these requirements / provisions in the template provided for in Appendix TC-3: Tenderer's identification of risk factors, cost drivers etc.

In the BAFO, the tenderer is not allowed to make reservations with regard to the provisions in the Acquisition Contract including annexes A-Z and the Sustainment Contract (Annex Z), including appendices SC-A–SC-J, cf. however the last paragraph of this section and section 8.3.

Regarding the Requirements Specification (Annex A):

The category of each requirement is specified in the Requirements Specification. If a requirement is a Mandatory Requirement this is stated in the row designated "Classification". The same applies for Conditional Requirements (named "Performance Requirements" in Annex A).

Non-compliance or partial compliance with Conditional Requirements in the Requirements Specification (Annex A) is not regarded as a reservation. The extent of compliance with the Conditional Requirements will form part of the evaluation, cf. clause 6.”

Tildelingskriteriet vedrørende 2015-udbuddet var i Appendix TC-1, ”Contract Award Criteria and Evaluation Method” beskrevet som følger:

“...

## 2. AWARD CRITERIA

The contract will be awarded on the basis of the award criterion "the most economically advantageous tender", cf. article 47 in directive 2009/81/EC.

In the evaluation of the offers, DALO will use the sub-criteria and evaluation method as described in this Appendix. Hence, DALO will use the following criteria with the specified weighting:

- Price, 60 %
- Operational Capacity, 40 %

The sub-criteria are described in more detail below.

### 2.1 Sub-criteria

#### 2.1.1 Price (60 %)

This sub-criterion measures the total estimated Life Cycle Costs (LCC) of operating the artillery systems offered by the tenderer. The LCC includes the costs associated with the acquisition, exercise of options and operation and support of the artillery systems.

The LCC covers the following costs:

- The Contract Price, cf. the Acquisition Contract, clause 2.10.
- The prices for exercise of the options, cf. Annex W to the Acquisition Contract.
- Total Operating & Support Costs
 

Total Operating & Support Costs will be evaluated on the basis of a cost calculation that will include the cost of operation in the life expectancy (for evaluation purposes 10 years) based on DALO's stated Concept of Operation and Maintenance Organization Structure, cf. annex A.4 and A.5 to the Acquisition Contract, and will include the following:

  - o Consumption of all Deliverables under the Sustainment Contract based on the prices for all Deliverables under the

Sustainment Contract, cf. appendix SC-C and SC-G to the Sustainment Contract, and the consumption scenario described in TC-1.1 (for evaluation purposes only).

- Spare parts consumption based on appendix SC-G to the Sustainment Contract where provision modes 1 and 2 are used (For evaluation purposes, this is calculated based on the following scenario: provision mode 1 in situations where all artillery systems are operating under the use profile NO-MISSION and provision mode 2 in situations where some artillery systems are operating under the use profile MISSION). DALO will, as part of the evaluation, adjust the MTBF and MTTR data given in appendix SC-G for confidence based on the additional background information for the data, or lack thereof, given as part of the tender. Especially, the time and number of observations on which data is based, and whether this has been in a configuration similar to the artillery system offered in the tender, will be taken into account.
- The consumption of consumables based on the same provision modes as stated above.
- Maintenance costs, including DALO's time consumption associated with maintenance based on the tenderer proposed maintenance plan, cf. appendix SC-B, the abovementioned prices, cf. appendix SC-C and SC-G, and DALO's maintenance organization structure, cf. annex A.5.
- Cost associated with the use profile NO-MISSION, in the event that the artillery system is assisted in connection with transportation, e.g. by using Heavy Equipment Transporters (HET), cf. annex A.4, section 3.1 (hence costs of acquisition, setup and operation of the required HET).

This sub-criterion will be evaluated on the basis of the elements described above.

...”

Om det kvalitative underkriterium hedder det blandt andet:

#### “2.1.2 Operational Capabilities (40%)

This sub-criterion measures the performance and quality of the artillery systems offered by the tenderer as well as the quality of the tenderer's proposed logistical setup and services to be provided under the Sustainment Contract. Furthermore, this sub-criterion measures to what extent the tenderer can respect the delivery times which by DALO is deemed to be the most favourable.

Hence, this sub-criterion will be evaluated in the basis of the following partial criteria with the specified weighting:



- Performance and Quality of the Artillery System, 80 %
- Logistical Setup and Services, 10 %
- Delivery, 10 %

The tenderers will receive points between 1-5 for each of the partial criteria from which a total score between 1-5 for the sub-criterion Operational Capabilities will be calculated as the weighted average of the elements.

The partial criteria are described in more detail below.

#### 2.1.2.1 Performance and Quality of the Artillery System (80%)

This partial criterion will be evaluated on the basis of the tenderer's response to the requirements in annex A. Please note that DALO will conduct verification tests in connection with the evaluation of these requirements, cf. section 11 in the Tender Conditions.”

#### *GFE (Government Furnished Equipment)*

Af den Acquisition Contract, som sammen med en Sustainment Contract indgik som kontaktgrundlag i udbudsmaterialet, fremgår blandt andet:

### ”2. THE SUPPLIER'S DELIVERIES

#### 2.1 Overall Description of Delivery

The delivery according to this Contract consists of artillery systems and a range of ancillary products and services that sustain the acquisition.

In order to facilitate both the acquisition and the sustainment, the Contract encompasses two main contractual agreements - this Acquisition Contract and a Sustainment Contract (Annex Z). These two agreements are mutually explanatory and shall be seen together as a whole that regulates the contractual relations between the Supplier and DALO.

The Acquisition Contract concerns primarily the delivery of artillery systems and initial logistics, such as documentation, training, support, initial spare parts etc. The Sustainment Contract covers the products and services that DALO need in order to properly operate the artillery systems. This includes core-services - that the Supplier shall deliver for the duration of the Sustainment Contract - as well as non-core (optional) services such as the Supplier's performance of maintenance and repairs. The latter will be contracted for by DALO on a case by case basis.

...

#### 2.3.24.4 Introduction of new GFE

If DALO has installed new GFE in the artillery systems in accordance with the Supplier's written consent but the Supplier's specifications and/or instructions regarding interfaces and installation of such GFE has not been complied with, the Supplier's System Responsibility is modified accordingly.

...

### 3. DALO'S DELIVERIES

#### 3.1 Provision and Management of Government Furnished Equipment, etc. (GFX)

DALO shall provide, and the Supplier shall manage, GFX in accordance with the following provisions:

##### 3.1.1 Representation

The Supplier acknowledges and agrees that:

- (1) DALO is obligated to provide GFX as specified in Annex A.2
- (2) DALO's obligations to provide GFX on the dates or at the times specified in the detailed work plan prepared in accordance with clause 2.3.4 are subject to the Supplier delivering the Deliverables in accordance with the Milestones and Final Delivery Date specified in Annex V, and
- (3) any delay of the Supplier in meeting its obligations under the Contract may result in DALO not being able to provide GFX at the time the Supplier requires delivery or access to that GFX.

The Supplier is responsible for ensuring that the GFX does not adversely impact on production, delivery or functionality of the Deliverables.

##### 3.1.2 Delay by the Supplier

If at any time the Supplier's requirement for delivery of or access to GFX changes because of a delay by the Supplier in meeting its obligations under the Contract, DALO shall use reasonable endeavors to accommodate changes to the Supplier's requirements for delivery or access to GFX and make any relevant change to the Contract in accordance with clause 4.1 below, if possible.

##### 3.1.3 Delay by DALO

If DALO fails to deliver or provide access to GFX on the dates set out in the detailed work plan, e.g. for the purpose of installation of GFE, the

Supplier shall be entitled to a proportionate postponement of the date of delivery of (such part of) the Deliverables if the Supplier can show a clear cause-and-effect with respect to the delay in question.”

Annex SC-A indeholder følgende om blandt andet installation af GFE-materiel:

”...

### 3.5 Change Management

#### 3.5.1 General

A proposed change to component, sub-assembly, artillery system configuration or part of the documentation in the production baseline including all approved changes shall be managed using a formal change management procedure.

The Change Management Procedure is a cooperation between DALO and Supplier. The Procedure shall include the following major elements:

1. Request for Change (RFC) from either DALO or the Supplier. The RFC defaults to a proposal, unless specifically authorized by DALO.
2. Change Management Procedure, ensuring protection against unintended changes, corruption of hard- or software, or configuration documentation from the Supplier, Sub-contractors or DALO.

...

#### 3.5.4 Processing of Changes

##### 3.5.4.1 RFC

RFCs are created by Supplier wishing to perform a technical change, based on new user- or industry experience, obsolete components, continuous development etc.

RFCs can also be created by Supplier on the basis of a DALO request, if DALO wishes to introduce changes to the artillery system configuration, eg. Mounting of new GFE equipment, etc.

...”

### *MOTS/COTS*

Af udbudsbetingelsernes Annex A, DALO's Requirements Concerning the Deliverables, fremgår blandt andet følgende om en såkaldt ”MOTS/COTS” (military of the shelf/commercial of the shelf)-løsning:

“1.1. Background and scope

...

Purpose and scope

...

DALO expects a MOTS/COTS SOLUTION that fulfils the Danish Defence acquisition principles:

- Equipment is primarily acquired as fully-developed, introduced and combat proven by Danish military partners.
- Equipment ensuring standardization across the services or the existing operational systems is preferred.
- Equipment must in the widest possible sense accommodate Danish deployment requirements and support of network-based-operations.

These principles have been operationalized into this requirements specification, along with the rest of the tender material. Please note that these principles contain neither explicit nor implicit requirements that the tenderers must satisfy. The principles have alone served as DALO's foundation when drawing up the requirements, the evaluation criteria and the rest of the tender material.”

I udbudsbetingelsernes Annex K, System Safety Requirements, hedder det:

”...

#### SYSTEM SAFETY PROGRAMME PLAN

The Supplier shall develop a System Safety Programme Plan (SSPP) that documents the Supplier's methodology for the identification, classification, and mitigation of safety hazards as part of the overall system engineering process. The SSPP shall identify and describe all activities which will be performed in order to comply with the safety requirements for the artillery system.

The purpose of the systems safety activities is to identify for DALO any potentially dangerous situation that may arise during any professional use of the artillery system and thus outlines the requirements for developing and implementing a system safety programme in order to:

- a) Identify hazards.
- b) Analyse and assess the risk of hazards.
- c) Implement hazard resolution to ensure the prevention of accidents by elimination of hazards or reduction of the risk level of such hazards to a tolerable level.
- d) Record all safety analysis results and recommendations.

For this reason, it is important that the systems safety activities are based on use of data from all the following sources:

- e) Experience from practical use of the actual artillery system and the integrated equipment (i.e. communication systems, sensors, etc),
- f) ...
- g) systematic testing of the artillery system in operational situations,
- h) systematic analysis of these artillery systems and situations of use.
- i) ...”

I udbudsbetingelsernes Annex O, The Supplier's Outline Test Management Plan and Outline Acceptance Test Procedures (at the time of tender), står der:

“When preparing the submission of this Annex, the Supplier should pay attention to Clause 2.3.15 of the Acquisition Contract, and Annex N describing DALO's requirements for testing and acceptance testing procedures.

Especially, the Supplier is requested to inform exactly which tests that have been performed before in connection with delivery to another NATO-customer.

...”

#### *Dokumentation og verifikationstest*

I Annex A er om dokumentation og verifikationstest anført:

“...

#### 2.3 Documentation

The following categories are valid for the 'Documentation' column of Annex A.1. It specifies how the tenderer should document how and to what extent the requirement is fulfilled. Requirements may have more than one documentation requirement.

| Documentation ID | Description |
|------------------|-------------|
|------------------|-------------|

|     |  |
|-----|--|
| C   | <p>The tender must include a certificate as documentation.</p> <p>A certificate shall in this connection be a document attesting officially, authoritatively and objectively that a particular object has fulfilled a specific requirement. Certificates required according to Annex A.1, shall be included in the tenderer's response if available, otherwise they shall be delivered at time of First Delivery Date. DALO cannot accept a deliverable, if the delivery is conditioned upon receipt of a certificate, and the certificate has not been produced and approved by DALO.</p> |
| D   | <p>The tender must include a description and/or relevant documentation.</p> <p>Documentation shall be a document and/or multimedia, providing proof that a particular object fulfills a specific requirement. Documentation shall be included in the tenderer's response.</p>  |
| N/A | Not applicable.  |
| VT  | The tenderer's response to the requirement in question is subject to a verification test, cf. section 2.3.1.   |

### 2.3.1 Verification Test

Please note that DALO will conduct a verification test in order to verify the tenderer's response, cf. the tender conditions, section 11.

The requirements – and the tenderer's response hereto – which are subject to a verification test is marked with “VT” in the documentation column in Annex A.1, cf. section 2.3.

...”

Udbudsbetingelserne indeholder følgende oplysninger om verifikationstesten:

“...

## 11. VERIFICATION TEST OF BAFO

### 11.1 Generally

DALO will conduct verification tests on an artillery system (the Test Specimen) that each tenderer is required to make available for DALO in order to verify that the tenderers' BAFOs satisfies the requirements in Annex A.1 and the specifications listed in the tenderers' offers.

The verification tests will be carried out after the BAFOs have been submitted and - if possible - take place on the premises of the tenderer in

question (main site). However, if deemed necessary, cf. below, parts of the verification test can take place on a secondary test site.

Representatives from DALO shall be present at the test and will conduct a test-log in which the test results will be entered. Hence, the presence of DALO, enabling visual verification from DALO, is acquired for the full verification test.

Following the conclusion of the test - but before DALO leaves - DALO will compose a summary regarding the test and test results which is presented to the tenderer and explained if necessary.

...

### 11.2 Content of the verification test

DALO will conduct a verification test in order to verify certain parts of the tenderers' BAFOs.

The requirements in Annex A.1 and the tenderers' response hereto which will be subject to a verification test, can be divided into the following categories (which are further described in section 1.2 in Annex A);

- Annex A.1, section 1 – Primary weapon system
- Annex A.1, section 2 – Secondary weapon system
- Annex A.1, section 3 – Weapon platform
- Annex A.1, section 4 – Fire Control System

The specific requirements in Annex A.1 – and the BAFO's responses hereto – which will be subject to a verification test is described in detail in section 2.3.1 in Annex A and Annex A.1. DALO reserves the right to expand the list of requirements in Annex A.1 to be subject to verification test if deemed necessary. In this connection, DALO will observe the principles of equal treatment and non-discrimination.

The Test Specimen should in all aspects conform with and be identical to the artillery system offered to DALO, however;

1. If the Test Specimen deviate from the artillery system to be offered to DALO, the tenderer shall describe in which aspects the Test Specimen and the performance hereof deviate and furthermore, possible consequences of the deviation with regard to the what extent this will influence on the verification test, cf. Appendix TC-5.
2. If the Test Specimen cannot be tested as a fully assembled system, all subcomponents should be available for verification testing at one test site (main test site). These subcomponents should also in all aspects conform with and be identical to the subcomponents offered to DALO. If the Test Specimen is not fully assembled

and/or possible subcomponents are not identical with the artillery system offered to DALO, the tenderer shall describe this and to what extent this will influence on the performance of the Test Specimen and consequently on the verification test, cf. Appendix TC-5.

If DALO deems that the Test Specimen does not conform with and is identical to the artillery system offered to DALO, which as a minimum is by DALO deemed to be the case in the abovementioned scenarios (point 1 and 2), this may be regarded negatively in the test. In this connection, DALO will – based on the extent and the nature of the deviation – assess to what extent this will be taken into account in the test and subsequent evaluation. If this assessment is conducted, DALO will observe the principles of equal treatment and non-discrimination.

...

### 11.3 Consequences of the Test

If the verification test shows that the relevant requirements in the BAFO(s) in question cannot be verified with regard to the requirements tested, this can have the following consequences:

- 1) If the requirements in question are minimum requirements and the test shows that these are not satisfied, the BAFO will be rejected.
- 2) If the requirements in question are not minimum requirements and the test shows an overperformance compared to the tenderers response in the BAFO, the response is deemed to be verified, and DALO will evaluate the tenderer's BAFO based on the response in question.
- 3) If the requirements in question are not minimum requirements and the test shows an underperformance compared to the tenderers response in the BAFO, DALO will re-evaluate the tenderer's BAFO taking into account the verification test result in question.

### 11.4 End of Testing

After the necessary tests according to section [11.1-11.3] have been conducted, DALO will, on the basis of the BAFOs and the test results, make the final evaluation in accordance with section 6 of the Tender Conditions.

...”

I udbudsmaterialets rettelsesblad nr. 5 står blandt andet om verifikationsstestens gennemførelse:



”

|   |    |                   |   |
|---|----|-------------------|---|
| 5 | 13 | Verification Test | <p>The verification test should be clarified, stating that visual verification in the presence of authorized DALO personnel is needed for all verification tests.</p> <p>As a consequence hereof, changes are made to;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- The Tender Conditions, section 11.1.</li> </ul> |
|---|----|-------------------|---|

”

I udbudsbilaget ”Tenderer’s description of the Test Specimen” hedder det blandt andet:

#### “1. INTRODUCTION

The Annex should be completed by the Tenderer and shall contain as much information as possible regarding the Test Specimen and how and to what extent it deviate from the artillery system offered to DALO. This should also include a description of to what extent the deviation in question influence on the performance of the Test Specimen compared to the artillery system/subcomponents to be offered to DALO.

When completing this Annex, the tenderer should pay attention to section 11.2 of the Tender Conditions.”

#### *Kravspecifikationen*

I Annex A er beskrevet, hvorledes kravene i ”Requirement Response Sheet” er opdelt. Mindstekrav er markeret med ”M”, og øvrige krav er delt i to niveauer, krav af meget høj betydning (”R”) og andre krav (”O”). Det anføres således:

“...

##### 2.1 Classification

The following categories are valid for the ’Classification’ column of Annex A.1 (Requirement Response Sheet). Each requirement is classified as a ’Mandatory Requirement’ or a ’Performance Requirement’. Mandatory Requirements are marked with ’M’. Performance Requirements are divided into two levels; requirements with very high relevance, marked with ’R’, and regular performance requirements, marked with ’O’.

| Classification ID | Description   |
|-------------------|---|
| M                 | A mandatory requirement must be fulfilled by the tenderer. Non-compliance with any mandatory requirements may lead to disqualification, cf. the tender conditions, section 8. No points will be awarded for compliance with mandatory requirements. |
| R                 | A performance requirement with very high relevance is prioritized by a weight from 1-4 (4 indicating the highest priority). The tenderer's response will be awarded points on a scale between 0 and 15, cf. section [3.2].                          |
| O                 | A performance requirement prioritized by a weight from 1-4 (4 indicating the highest priority). The tenderer's response will be awarded points on a scale between 0 and 5, cf. section [3.2].   |

”

Udbudsmaterialets kravspecifikation ”Annex A.1 – Requirements Response Sheet” indeholder følgende krav, som er påberåbt i relation til Elbits påstand 1 c og 1 g:

”

| R# | Requirement description | Classification | Weight | Documentation | Scoring Model |
|----|-------------------------|----------------|--------|---------------|---------------|
|    |                         |                |        |               |               |

...

|  |  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|--|

”

FMI har ud for krav 1.13 i kolonnen ”Tenderer Description Remarks and references to how the tenderer meets the requirement and how the compliance is documented” tilføjet følgende:

”The supplier is asked to include a description of the weather conditions under which compliance of this requirement is obtained.”

Af kravoversigten fremgår endvidere:

”

### 3. Weapon Platform

...

...

”

FMI har ud for krav 3.28 i kolonnen ”Tenderer Description Remarks and references to how the tenderer meets the requirement and how the compliance is documented” tilføjet følgende:

“ ...

With regard to the tender evaluation; It is evaluated positively, if there are crew emergency stops outside and inside of the personnel compartment. Also that there are emergency door openers. Further, it is evaluated positively that all access through doors, hatches etc., has been designed focusing on easy and fast in/out movement.”

I det samme dokument står der om krav 3.29 og 5.02:

”

...

### 5. Personnel Requirements

...

”

FMI har ud for krav 5.02 i kolonnen ”Tenderer Description Remarks and references to how the tenderer meets the requirement and how the compliance is documented” tilføjet følgende:

”The tenderer is asked to include documentation on how compliance to each bullet point is achieved.”

### *Nexters tilbud*

I tilbuddet fra Nexter, som Elbit har modtaget i en delvis ekstraheret version, som er den, der citeres her, står følgende beskrivelse vedrørende krav 3.18:

“ ...

#### 4.19.2 Results

| Compliant | Performance achieved | Means of verification |
|-----------|----------------------|-----------------------|
| Yes       | █ meters             | Test & analysis       |

##### 4.19.2.1 Passing through water

The Danish CAESAR® is able to stay in a deep of █ m of water. All the components which are water-sensitive are above █ meters. █ In the video “MOVIETATRA\_01 Req. 3.09-3.18.mpg”, a test of passing through a water hole is done, the sequence starts at 0'38.

“

Om opfyldelsen af krav 3.29 står i samme dokument:

”

#### 4.29.2 Results

| Compliant | Means of verification |
|-----------|-----------------------|
| Yes       | Test & analysis       |

The Danish CAESAR® is equipped with two independent electrical networks, which have their own main switch. The weapon system network is protected by its own batteries, against unexpected truck network interrupt (surges and outages).

Trials will be renewed with specific Danish configuration according to MIL-STD 1275B and MIL-STD 461F (see Annex O §2.2.1) due to GFE (ECM, ATCN, Bofors LEMUR).

There is a battery cut-off switch available on the Danish CAESAR®:

...”

### *Evaluering af verifikationstest*

Efter modtagelse af endelige tilbud gennemførte FMI verifikationstests.

Dokumentet “Notat verifikationstest artilleri”, som er udarbejdet i forbindelse med verifikationstesten, indeholder blandt andet følgende om Nexters tilbudte løsning vedrørende krav 3.29:

” █

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]



[REDACTED]

I et tilsvarende notat udarbejdet i forbindelse med verifikationstesten af El-bits tilbudte løsning står der om krav 3.29:

[REDACTED]

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]”

I dokumentet ”Trippræport” har FMI anført følgende vedrørende de gennemførte tests:

”...

#### BAGGRUND OG FORMÅL

I forbindelse med udbuddet vedr. anskaffelse af nye artillerisystemer til Hæren (M-932072 - Anskaffelse af artillerisystem), har anskaffelsesprojektet gennemført verifikationstest (VT) hos de to tilbudsgivere, som har indleveret Best-And-Final- Offer (BAFO).

Formålet med VT var, at give anskaffelsesprojektet et praktisk verificeret og valideret grundlag for at evaluere tilbudsgivernes tilbud vedrørende de operationelle krav.

Aktiviteterne i VT består i at verificere og validere tilbudsgivernes BAFO-besvarelser for 30 udvalgte krav fra kravspecifikationen samt at indsamle dokumentation der kan betrykke anskaffelsesprojektet i at kravopfyldelse kan finde sted.

Sidstnævnte er især på områder, som ikke er fuldt færdigudviklede på VT tidspunktet.

...

#### RESULTAT AF VT

##### 1. BAGGRUND

VT gennemførelsen er i det følgende beskrevet ved overordnet opsummering af de testede kravområder, samt eventuelle bemærkninger, som de enkelte tests har medført. I de tilfælde hvor en test har givet anledning til justering af tilbudsgiverens BAFO kravbesvarelse er dette markeret med rød baggrund og bemærkning er påført. Det skal understreges, at der ikke i VT er fundet krav som ikke er opfyldt, men derimod alene krav, hvor performance udført ved VT ikke har vist sig at svare til den i BAFO oplyste performance.

Trippræporten bygger på henholdsvis FMI myndighedssektionens (ref. d-e) og HKIC betragtninger og forhold (ref. f-g), som er observeret under VT. Disse forhold er ganske kort gennemgået i nærværende rapport, ved en objektiv sammenligning mellem de to systemer. Disse forhold er ikke en del af udbudsevalueringen og tjener alene til at bidrage til input til en eventuel implementeringsfase for den pågældende kandidat.

##### 2. OPSUMMERING AF VT RESULTATER



Hver enkelt gennemført test i VT er dokumenteret i form af en "Requirement Verification Report" [RVR]

...

Opsummeringen af de enkelte RVR er for overskuelighedens skyld samlet i nedenstående tabel:

| Req. ID | NEXTER CAESAR         |         | ELBIT ATMOS           |         |
|---------|-----------------------|---------|-----------------------|---------|
|         | Performance confirmed | Remarks | Performance confirmed | Remarks |

...

|      |     |   |  |  |
|------|-----|---|--|--|
| 3,18 | Yes | DALO measured a water depth of [REDACTED] meters. |  |  |
|------|-----|---|--|--|

...

## OVERORDNET VURDERING AF SYSTEMERNE

...

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]. Elbit vurderes således at leve op til det tilbudte.

Nexter CAESAR var ikke monteret med en sekundær bevæbning. Der blev gennemført en præsentation vedr. integration af en OHW på CAESAR. Her blev påvist, at det er muligt at montere en OHW (eks. LEMUR). For at hindre beskadigelse af elektronik vil det være nødvendigt at montere et beskyttelsesskjold mellem munden og OHW.

...

## 7. MOBILITET

Begge artillerisystemer tilfredsstillende de obligatoriske krav, og opfylder endda størstedelen af de optionelle krav. I flere tilfælde bedre end det tilbudte, hvilket vurderes at give et stort udviklingspotentiale. Begge systemer har et vægtpotentiale på ca. 7.000 kg, hvilket vurderes meget tilfredsstillende i forhold til eventuel klargøring til udsendelse.

Begge artillerisystemer lever således op til mobilitetskravene uden besvær. Der er dog forbedringspunkter på begge systemer og dette bør løftes i forbindelse med designmøde efter kontrahering.

## 8. KONKLUSION

Elbit ATMOS fremstår som et modnet system, hvor der er sket en del forbedringer siden sidste udbud. Det vurderes derfor, at systemet vil kunne være klar til implementering i DNK jf. tidsplan med få ændringer/tilpasninger.

Nexter CAESAR fremstår som et kompetent system, der er i den sidste del af sin udviklingsfase med væsentligt forbedret teknologi i forhold til det sidste udbud.

Det kan konstateres, at der er flere steder hvor den sidste finish ikke er på plads, hvorfor det vurderes at dette vil være et væsentligt fokuspunkt i forbindelse med implementeringsfasen. Den samlede vurdering er dog, at systemet vil kunne være klar til implementering i DNK jf. tidsplanen.  
...”

Efter testens gennemførelse udstedte FMI til Elbit og Nexter dokumentet ”Requirement Verification Report”, hvoraf det blandt andet fremgår, at krav 3.29 er opfyldt.

#### *Life cycle costs (LCC)*

Af Acquisition Contract fremgår blandt andet:

#### ”2.10 Price and Breakdown

##### 2.10.1 Contract Price

The Supplier undertakes to fulfil all obligations under this Contract and as further specified therein in accordance with the Time Schedule and Milestones set out in Annex V at the fixed amount of

[xxxxxxxxxxxxxx,-]

which shall constitute the Contract Price not to be exceeded in any way unless so agreed according to clause 4.1 below. If a variation order is placed by DALO or options have been exercised prior to Commencement, the value of such order(s) shall be considered part of the Contract Price for the purposes of this Contract, including when calculating Penalty.

It is expressly agreed and understood that the Contract Price shall cover all the Supplier's obligations in connection with this Contract.

##### 2.10.2 Breakdown into Categories

The Supplier has made a breakdown of the Contract Price into categories in Annex W, enabling DALO to know the relevant unit prices, hourly

rates etc. necessary when assessing what constitutes a reasonable price for any variation orders, cf. clause 4.1, issued.”

I Annex I om ”Initial Package of Spare Parts, Special Tools, Test Equipment and Consumables” er det blandt andet anført:

## ”1. INTRODUCTION

This Annex is related to clause 2.3.8 in the Acquisition Contract which concerns the Supplier's obligation to deliver an Initial Package consisting of spare parts, special tools, test equipment and consumables (collectively Spare Parts and Other Items) for operation and maintenance of all artillery systems in the period from First Delivery Date until 6 months after the Final Delivery Date. The package shall, however, contain all special tools and test equipment even if these are not needed by DALO within this period.

The Initial Package shall cover all Spare Parts and Other Items necessary to operate the artillery systems in accordance with the use profile NO MISSION described in Annex A.4 (Concept of Operations) without the need for DALO to purchase additional Spare Parts or Other Items.

Especially with regard to special tools and test equipment, the quantities shall be based on the description of the maintenance organisation structure in the Danish army as well as the different types of workshops included in Annex A.5 (Danish Army Maintenance Organization Structure), and suitable for the organization and the use profiles MISSION / NO MISSION described in Annex A.4 (Concept of Operation). Suitability in this context means that it should be possible to sustain all the artillery systems, also in situations where systems are in use under both use profiles simultaneously over a prolonged period. That is a situation where some systems are away on operation, operating under the use profile MISSION, while the remainder are operating from their home base under the use profile NO-MISSION. The Supplier shall describe the suggested distribution of the special tools and test equipment in the Initial Package in the situation where systems are operated under both the use profiles simultaneously.

The composition of the Initial Package may be subject for the negotiations conducted as part of the tender procedure, cf. the Tender Conditions.

The Supplier has submitted lists of Spare Parts and Other Items with the Sustainment Contract as Appendix SC-G and the description of the Initial Package shall be based on these lists.

## 2. THE INITIAL PACKAGE OF SPARE PARTS AND OTHER ITEMS

[To be inserted by the Supplier by filling in the relevant columns in Appendix SC-G.1-3, possibly supplemented by a separate list and/or other document(s) providing additional information]”

I Annex W “Prices, price regulation and breakdown into categories” skulle tilbudsgiverne oplyse tilbudte priser. Af indledningen til bilaget fremgår blandt andet:

### ”2. PRICE BREAKDOWN

#### 2.1 Generally

Below the Supplier shall break down the total price into categories which shall then be broken down into further sub-categories. This will i.a. enable DALO to identify potential cost drivers, facilitating the negotiations that are to take place as part of the tender procedure.

#### 2.2 Breakdown for Each Category of Deliverables

The total price for the Deliverables shall be broken down for each category. This shall include - but is not limited to:

- Cost of artillery systems, cf. clause 2.2 of the Acquisition Contract, stated per artillery system
- Cost of Spare Parts and Other Items included in the initial package in accordance with the Supplier's submission in Annex I to the Acquisition Contract, stated per category of parts
- Cost of Education and Training in accordance with the Supplier's submission in Annex H to the Acquisition Contract.
- Cost of initial documentation, cf. clause 2.3.10 of the Acquisition Contract
- Costs associated with all testing to be performed in accordance with the Supplier's submission in Annex O to the Acquisition Contract
- Cost of Advance Payment Bond, cf. clause 2.3.21.1 of the Acquisition Contract
- Cost of Performance Bond, cf. clause 2.3.21.2 of the Acquisition Contract
- Cost of insurance (product liability and professional liability), cf. Clause 2.10 of the Acquisition Contract

#### 2.3 Breakdown of the Cost of the Artillery Systems, if applicable

The cost of an artillery system shall be broken down for each section of the artillery system, including - but not limited to - the cost of:

- The weapon platform
- The primary weapon system
- Etc.

The Supplier is asked to provide further breakdown of these sections into sub-categories.

#### 2.4 Breakdown of the Cost of other Categories

The cost of the different categories of the Deliverables mentioned in section [2.2 and 2.3] as well as other categories submitted by the Supplier, shall be further broken down into minor items, including, but not limited to:

- Labour costs at different proficiency level
- Costs of materials, preferably per part-level if possible
- Other production costs
- Administration costs
- Etc.”

Annex Z indeholdt den Sustainment Contract, som sammen med Acquisition Contract udgjorde det udbudte kontraktgrundlag. Af Sustainment Contract fremgår blandt andet:

### ”2. THE SUPPLIER'S DELIVERIES

#### 2.1 Core and Non-core Services and Supplies

##### 2.1.1 Core Services

On the conditions stipulated in this Contract and its Appendices, the Supplier undertakes to provide, and DALO to purchase, the Core services specified in Appendix SC-A and Appendix SC-B.

The Core Services will be delivered by the Supplier while the Contract is in force and are not conditioned on DALO making a separate order. The delivery shall commence when the first batch of artillery systems are delivered to DALO, cf. clause 2.5

##### 2.1.2 Non-core Services

The Non-core Services specified in Appendix SC-A and Appendix SC-B will be contracted for on a case by case basis following the ordering procedure described in clause 2.4.

DALO is not obliged to purchase these from the Supplier and shall have the right to make arrangements with other suppliers, including the Supplier's sub-suppliers, for the delivery of these items.

The Supplier is obligated to deliver the Non-core Services at the terms specified in this Contract whenever requested by DALO, cf. However clause 2.4.

### 2.1.3 Supplies

The Supplies (Spare Parts and Other Items) specified in Appendix SC-G will be contracted for on a case by case basis following the ordering procedure described in clause 2.4.

DALO is not obliged to purchase these from the Supplier and shall have the right to make arrangements with other suppliers, including the Supplier's sub-suppliers, for the delivery of these items.

Notwithstanding the commencement of Core Services according to clause 2.1.1, the Supplier is obligated to deliver the Non-core Services at the terms specified in this Contract whenever requested by DALO, cf. however clause 2.4.

...

## 2.4 Ordering Procedure

### 2.4.1 Non-core Services

Prior to issuing a Purchase Order for a Non-core Service, DALO shall submit to the Supplier a Support Request (cf. Appendix SC-D) - through the Web-based Portal - describing the task and stating the requirements concerning location, time frames etc. Based upon the Support Request, the Supplier shall submit an offer (cf. Appendix SC-D) through the Web-based Portal - within 14 Days after the receipt of DALO's Support Request.

The offer shall state the price for the task - and where applicable - an estimate of which Spare Parts and/or Other Items and special facilities are needed for the task and to what extent these are expected to be provided by DALO, and include information about the time frames within which the work and services can be carried out. The offer shall be based on and explicitly refer to the price categories contained in Appendix SC-C.

The Supplier's offer cannot deviate in any way from the terms set out in this Contract, including the Appendices and in particular Appendix SC-C.

The price stated in an offer shall be fixed and include not only the items to be supplied and used by the Supplier but also the Supplier's time consumption. It is the Supplier's responsibility that the time consumption anticipated is correct. The Supplier will not be entitled to further payments in the event that the Supplier's estimate of the time consumption proves to be incorrect unless approved in writing by DALO.

Only in exceptional cases where the task cannot be fully defined at the point in time where DALO issues a support request will the Supplier be entitled to quote the price for the services on a time and material basis. If this is the case, the price shall be based on the rates in Appendix SC-C.

Upon receipt of the Supplier's offer, DALO shall check the availability of Spare Parts, Other Items, and special facilities needed for the performance of the task. If DALO cannot provide certain Spare Parts/Other Items, the Supplier shall be notified of this in order for the Supplier to send an updated Offer including these parts.

After receiving the Supplier's offer for Non-core Services, DALO can choose to accept the offer within 21 Days after the receipt of the offer by submitting a Purchase Order cf. clause 2.4.3, or through the Web-based Portal cf. clause 2.2.4.

If DALO accepts the Supplier's offer within the stipulated time frame, the Supplier is obliged to carry out the service on the exact same terms as were set out in the Supplier's offer.

If, during the delivery of the agreed services, it is found necessary to extend, reduce or otherwise modify the task, such changes shall be issued as written amendments to DALO's Request and/or the Supplier's offer. Any amendments shall be made in accordance with clause 4.14.”

I Appendix TC-1.1 ”Non-core scenario description” anføres det:

”The table below illustrates the scenario used in the LCC calculation for the purchase of Non-Core Services. Note that this is for evaluation purposes only and should not be taken as a commitment or plan on the part of DALO to make any purchase at any time.

The table shows the incidents leading to the purchase of certain Non-Core Services and the type and amount of purchases made as a result.

| Scenario  | Service   | Amount purchased <sup>1</sup> | Timing |
|---|---|-------------------------------|--------|
| Introduction of a major new GFE on the Artillery Systems, with related modification | Assistance with Drawing up Specifications for new GFE                               | 8 hours                       | 2023   |
|   | Assistance with integrating Existing GFE  | 10 hours in 1 day in DK       |        |
|   | Non-core Services performed in Denmark  | 1 day                         |        |
|   | Consequences of DALO's introduction of new GFE for other Core and Non-Core Services | 10 hours                      |        |
|   | System Integration Service and the Supplier's System Responsibility                 | 20 hours                      |        |
|   | Project Management  | 20 hours                      |        |
|   | Change Management   | 20 hours                      |        |
|   | Systems Configuration Verification  | 8 hours                       |        |
|   | Maintenance and Modification services   | 30 hours in 3 days in DK      |        |
|   | Non-core Services performed in Denmark  | 3 days                        |        |
|   | Supervision activities  | 8 hours                       |        |

...”

I Appendix SC-A “DALO's requirements concerning the Deliverables (Core and Non-core Services and supplies)” står der blandt andet:

#### “1. INTRODUCTION

This Appendix describes the Core Services that the Supplier is obligated to deliver under the Contract and the Non-core Services that DALO might order, cf. clause 2.1 in the Contract.

Services described in this Appendix are Core Services unless stated otherwise.



| ID  | SubID | Name  | Core | Non-core |
|-----|-------|---|------|----------|
| S1  | 0     | Meetings and project management   |      |          |
|     | 1     | Sustainment Contract Review Meeting   | X    |          |
|     | 2     | System Review Meeting   | X    |          |
|     | 3     | Project Management  |      | X        |
| S2  | 0     | Configuration Management  |      |          |
|     | 1     | Configuration Management of Documentation and Components                            | X    |          |
|     | 2     | Version indexes of Documents, Drawings, Parts Lists and Components                  | X    |          |
|     | 3     | Master Configuration List   | X    |          |
|     | 4     | Change Management   |      | X        |
|     | 5     | Data Management   | X    |          |
|     | 6     | System Configuration Verification   |      | X        |
| S3  | 0     | Damage Assessment   |      |          |
|     | 1     | Damage Assessment Report  |      | X        |
| S4  | 0     | Training Service  |      |          |
|     | 1     | Development of Training Plans   |      | X        |
|     | 2     | Development of Training Material Packages   |      | X        |
|     | 3     | Instructors on Request  |      | X        |
| S5  | 0     | System Integration Service  |      |          |
|     | 1     | System Integration Service and the Supplier's System Responsibility                 |      | X        |
|     | 2     | Assistance with Integrating Existing GFE  |      | X        |
|     | 3     | Assistance with Drawing up Specifications for new GFE                               |      | X        |
|     | 4     | Consequences of DALO's introduction of new GFE for other Core and Non-Core Services |      | X        |
| S6  | 0     | Information Management  |      |          |
|     |       | Web-based portal  | X    |          |
| S7  | 0     | Maintenance and Monitoring Services   |      |          |
|     | 1     | Maintenance and Modification Services   |      | X        |
|     | 2     | Fleet Monitoring Services   |      | X        |
|     | 3     | Supervision Activities  |      | X        |
| S8  | 0     | International Operations  |      |          |
|     | 1     | Maintenance   |      | X        |
|     | 2     | Training  |      | X        |
|     | 3     | Damage Assessment   |      | X        |
| S9  | 0     | Help Desk   |      |          |
|     | 1     | Help Desk Service   | X    |          |
|     | 2     | 24/7 Help Desk  |      | X        |
| S10 | 0     | Assistance in Denmark   |      |          |
|     | 1     | Non-Core Services to be performed in Denmark  |      | X        |

“

Tilbudsgiverne skulle udfylde følgende tilbudslister, der knytter sig til Appendix SC-A:

”

| Appendix SC-G.2 - List of special tools and test equipment |             |                  |                            |                             |       |  |
|--|-------------|------------------|----------------------------|-----------------------------|-------|--|
| Line number  | Item number | Name/description | Original Manufacturer (OM) | OM's spare part number/code | Price | Number (amount) of this item included in Initial Package |
| 1  |             |                  |                            |                             |       |  |
| 2  |             |                  |                            |                             |       |  |
| 3  |             |                  |                            |                             |       |  |

”  
...

og

”

| Appendix SC-G.3 List of consumables |                     |                  |                           |   |           |
|-------------------------------------|---------------------|------------------|---------------------------|---|-----------|
| Line number                         | NSN (if applicable) | Name/description | Minimum Ordering Quantity | Price per unit of Minimum Ordering Quantity | Lead Time |
| 1                                   |                     |                  |                           |   |           |
| 2                                   |                     |                  |                           |   |           |
| 3                                   |                     |                  |                           |   |           |

”  
...

I Appendix SC-B "The Supplier's Offer" skulle tilbudsgiverne udfylde yderligere tilbudslister. Det fremgår af indledningen til bilaget blandt andet:

#### "1. GENERALLY

In this appendix, the Supplier's offer with regard to the Sustainment Contract shall be inserted.

Together with Appendix SC-C (Prices) and Appendix SC-G (Spare Parts and Other Items), this Appendix (including Appendix SC-B.1) forms the supplier's bid with regard to the Sustainment Contract.

The offer contained in this Appendix shall be based on DALO's requirements in Appendix SC-A, the Sustainment Contract and the other appendices to the Sustainment Contract, which in combination contain the requirements and expectations of DALO with regard to the supplier's bid. The supplier should therefore pay close attention not only to the content of Appendix SC-A but also to the content of the other parts of the Contract."

Af Appendix SC-C "Prices Core & Non-core Services" fremgår blandt andet:

#### " GENERALLY

This Appendix contains the Supplier's prices for Core- and Non-core Services. Core and Non-core Services are described in Appendix SC-A.

The prices for Spare Parts and Other Items are contained in Appendix SC-G.

The Supplier should pay attention to the Sustainment Contract, clause 2.7.

The Supplier is not obligated to use the form below, but if the Supplier chooses to use a different format the prices shall be at least as detailed as the form indicates.

The Supplier may choose to supplement the form by including additional and/or more detailed prices. If doing so, the Supplier should state clearly what the price covers as well as the relationship to the Supplier's description of the services offered in Appendix SC-B.

...

#### 2. PRICES FOR CORE SERVICES

Prices for Core Services are fixed prices per year (Sx refers to Appendix SC-A services):

The fixed prices regarding S1 Meetings and Project Management shall include the Suppliers total travel expenses, i.e. flight tickets, accommodation and subsistence allowance:

| Service   | Price per year | Total price per year |
|---|----------------|----------------------|
| <b>S1 Meetings and Project Management</b>                               |                |                      |
| S1.1 Sustainment Contract Review Meeting                                |                |                      |
| S1.2 System Review Meeting  |                |                      |
| <b>S2 Configuration Management</b>                                      |                |                      |
| S2.1 Configuration Management of Documentation and Components           |                |                      |
| S2.2 Version indexes of Documents, Drawings, Parts Lists and Components |                |                      |
| S2.3 Master Configuration List  |                |                      |
| S2.5 Data Management  |                |                      |
| <b>S6 Information Management</b>  |                |                      |
| S6.1 Web-based portal   |                |                      |
| <b>S9 Help Desk</b>   |                |                      |
| S9.1 Help Desk Service  |                |                      |
| <b>Total price per year</b>   |                |                      |

### 3. PRICES FOR NON-CORE SERVICES

The price of Non-core Services are either fixed, based on time and material depending on the character of the task or a combination of fixed prices and prices bases in time and material.

The time and material-prices shall be calculated by multiplying the actual amount of hours spent for the employees allocated to the task with the hourly rates stated in the table with due regard to employee category in question. Each employee must keep a record of the hours spent as well as description of the performed tasks.

Non-core services that may be provided using Danish partners should be quoted on separate lines for each service, or in clause 3.9.”

Appendix SC-C indeholder tilbudslister, som skulle udfyldes af tilbudsgiverne med priser på ydelser af samme type som nævnt i tabellen i pkt. 2.

I Appendix SC-G “Lists of Spare Parts and Other Items” er det anført:

“1. GENERALLY

This Appendix consists of the Supplier's lists of Spare Parts and Other Items with prices, lead times and other information.

As stated in the Tender Conditions, the offers should preferably be submitted both as a paper copy and as an electronic copy. When submitting the electronic copy, this Appendix shall be submitted as an editable Microsoft Excel-file, version 2007 (or equivalent), using the template in Appendices SC-G.1-G.3, enabling DALO to extract the data contained herein.

The lists shall contain information on all Spare Parts and Other Items that are contained in the offer under the Sustainment Contract, including the Spare Parts and Other Items that form the Initial Package as required by the Acquisition Contract.

Attention is pointed to the fact that this Appendix shall cover all supplies that DALO shall be able to purchase under the Sustainment Contract.

This is divided into three lists:

- The List of Spare Parts (Appendix SC-G.1) shall, therefore, contain any Item that can be removed from the Artillery Systems and replaced with a similar or alternative item. This includes Parts/Items that do not fail or require removal or replacement as part of the normal operation and maintenance of the Artillery Systems.
- The List of Special Tools and Test Equipment (Appendix SC-G.2) shall contain all Special Tools (defined in Annex A.3 to the Acquisition Contract) and equipment. If the Supplier is in doubt whether a required tool is a Special Tool, or a standard tool, and as such, is a part of a Danish Defence workshop's standard toolset, such a "borderline" standard tool should be included in the list, but with the number in the Initial Package set to 0. This will allow DALO to evaluate whether this tool is part of a standard workshop, and if not, request it from the Supplier.
- The List of Consumables (Appendix SC-G.3) shall contain all items or materials which are consumed in the operation and maintenance of the Artillery Systems (excluding fuel and ammunition) and which DALO shall be able to purchase from the Supplier under the Sustainment Contract, or which constitute a significant cost.

Amendments to the lists can only be made exceptionally and in accordance with the procedure in the Sustainment Contract. The Supplier therefore should make sure that all Items necessary for the sustainment of the artillery systems throughout the duration of the Sustainment Contract are included in the lists.

...

## 2. DYNAMIC LEAD TIMES AND PRICES FOR CERTAIN SPARE PARTS - PROVISION MODE 1 AND 2

### 2.1 Generally

As part of the Acquisition Contract, the Supplier shall deliver an Initial Package of Spare Parts and Other Items that enables DALO to operate and use the artillery systems in accordance with the statement of Concept of Operations (scenario 1) in Annex A.4 in the period from First Delivery Date until 6 months after the Final Delivery Date.

DALO will not keep a large stock of Spare Parts and Other Items from the Commencement, nor does DALO intend to do so in the future. It is therefore of utmost importance, that the Supplier is able to supply DALO (upon DALO's request) with Spare Parts and Other Items so that DALO's needs - cf. the description of Concept of Operations (Scenario 1) in Annex A - are met at all times. This requires the Supplier to keep a stock of Spare Parts and Other Items with a size and structure sufficient to meet the lead times which the Supplier has committed itself to in the tender. DALO has no specific requirements as to how or where the Supplier shall set up his stock as long all requirements in the Contract are met.

### 2.2 Provision Mode 1 and Provision Mode 2

Since DALO's need for Spare Parts can change over time there is a need for flexibility with regard to the lead times.

If the use of the artillery systems increases, specifically if the artillery systems are to operate in a high intensity war fighting environment with the use profile MISSION as described in Annex A.4 (Concept of Operations), the demand for certain Spare Parts will increase correspondingly. [In these situations, it will be beneficial for DALO to be able to purchase these Spare Parts with lower lead times than usual. It will enable DALO to maintain reduced peace time stocks of these Spare Parts.]

Consequently, the Supplier [may] offer Spare Parts in two different provision modes:

- Provision Mode 1 - The standard provision mode with normal lead times, suitable for a situation in which all Artillery Systems are used for training missions, operating from their home base with the use profile NO MISSION as described in Annex A.4 (Concept of Operations).
- Provision Mode 2 - High demand provision mode with lower than normal lead times (and possibly higher prices) on selected Spare Parts, suitable for a situation in which a number of the Artillery Systems are deployed on a mission away from their home base, operating in a high intensity war fighting environment with the use

profile MISSION as described in Annex A.4 (Concept of Operations). The remaining Artillery Systems will still be operating from their home base with the use profile NO MISSION.

DALO can change between the provision modes following the procedure in the Sustainment Contract (clause 2.2.5.4).

If the lead times of the same Spare Part differ between the two provision modes, the Supplier is entitled to state a higher price. Conversely, the Supplier cannot state a higher price if the lead time remains the same in the two provision modes.

The Supplier shall make sure that the list of Spare Parts - which is to be inserted in Appendix SC-G.1 - reflects the different provision modes, i.e. that [for certain Spare Parts there may be a shorter lead time and a correspondingly higher price in Provision Mode 2.]

Attention is pointed to the fact that shorter lead times are only necessary for Spare Parts where there is a [benefit to DALO] in high demand-situations, cf. the description of Provision Mode 2 [above]. This means that there may not be a need for lower lead times with regard to Spare Parts for which there is a short standard lead time, or for which the demand is the same regardless of use profile. In this case, the lead time [should] remain the same in both Provision Modes.

It is the Supplier's responsibility to estimate for which Spare Parts there is a need for shorter lead times taking into account DALO's needs and the description of the intended use in Annex A4 (Concept of Operations).

### 3. REQUIRED INFORMATION IN THE LISTS OF SPARE PARTS AND OTHER ITEMS

#### 3.1 Generally

The Supplier shall fill out the enclosed excel-sheets (Appendix SC-G.1-G.3).

The format of the excel-sheets, including the column headings, should not be changed. Any additional or supporting information shall be included as comments or attached in separate document(s). The Supplier is encouraged to provide additional background information to the information provided in the excel-sheets (MTBF and MTTR data in particular). This should include underlying assumptions behind the data, the amount of time and number of observations on which the data is based, etc. and may be given either on a line by line or subsystem level. DALO will use the information to assess the uncertainty and level of confidence

of the data as part of the tender evaluation process and for logistics planning purposes.

The level of information required by DALO is not the same for all Spare Parts. Certain types of information shall only be submitted for Spare Parts to the extent this is required in section [3.3] below.

If submittal of information is not mandatory for all Spare Parts and Other Items, this is indicated in the excel-sheet with the inclusion of "if applicable" in the category header.

In Appendix SC-G.1, "Units per System" must for each product line state how many of this Spare Part are included in one complete Artillery System.

### 3.2 Information on prices

The Supplier shall include pricing as follows:

- In Appendix SC-G.1:
  - "Price per unit of Minimum Ordering Quantity (Provision Mode 1)", meaning the price per 1 (one) of the Spare Part, not the price of the entire Minimum Ordering Quantity. This price is applicable under Provision Mode 1.
  - "Price per unit of Minimum Ordering Quantity (Provision Mode 2)", meaning the price per 1 (one) of the Spare Part, not the price of the entire Minimum Ordering Quantity. This price is applicable under Provision Mode 2. If not applicable, put NA in this field.
  - "Price per unit of Economical Most Advantageous Ordering Quantity (Provision Mode 1)", meaning the price per 1 (one) of the Spare Part, not the price of the entire Economical Most Advantageous Ordering Quantity. This price is applicable under Provision Mode 1.
- In Appendix SC-G.2:
  - "Price" means the price per 1 (one) of the Special Tool/ Test Equipment. If the Special Tool/ Test Equipment is included for information purposes only, i.e. not available for purchase from the Supplier, put NA in this field.
- In Appendix SC-G.3:
  - "Price per unit of Minimum Ordering Quantity", meaning the price per 1 (one) of the unit given in the previous column as the Minimum Ordering Quantity. If the Consumable is included for information purposes only, i.e. to indicate the requirement and cost of consumption of this Consumable, but not available for purchase from the Supplier, put NA in this field.

### 3.3 Information on MTBF (Mean Time Between Failure) and MTTR (Mean Time to Repair)

#### 3.3.1 Definitions

Mean Time Between Failure (MTBF) is defined as:

- The mean number of calendar days between Failures (as defined below) on an Artillery System operating under the given Use Profile, cf. Annex A.4 to the Acquisition Contract (Concept of Operations). If the Spare Part is not expected to fail or wear out due to normal use, put “NA” in the column. If the value is unknown at tender time, put “UNK” in the column.

Failure is defined as:

- When it is necessary to replace a Spare Part due to failure of the part in question, i.e. the part cannot perform its intended function, and not because it is automatically changed as part of regular planned maintenance. Only non-planned replacement due to the state of the part is thus covered by the definition of “Failure”.

Mean Time To Repair (MTTR) is defined as:

- The time measured in man-hours (e.g. if two persons are needed: the total number of hours for both persons) necessary to remove the item and replace it with a new item. Include the time it takes to open hatches, remove and replace other items to reach the item in question, etc. If the value is unknown at tender time, put “UNK” in the column.

Information on MTBF (Mean Time Between Failure) and MTTR (Mean Time to Repair)

#### 3.3.2 Obligation to submit information on MTBF and MTTR

Information on MTBF and MTTR shall be submitted for Spare Parts to the extent that:

- MTBF is such that the replacement frequency for the Spare Part is larger than once every three years under the NO MISSION or the MISSION use profile.
- The unit price for the Spare Part (“Price per unit of Minimum Ordering Quantity (Provision Mode 1)”) is more than 100 EUR.

Additional available information on MTBF and/or MTTR for Spare Parts should be included for information purposes. Alternatively, “NA” shall be put in the relevant fields to indicate that the value is known to fall outside the requirement stated above. If the value is unknown at tender time, this shall be indicated by putting “UNK” in the field.

### 3.4 Third party Spare Parts



The Supplier shall state in Appendix SC-G.1 for each Spare Part offered if DALO is entitled to use spare parts which are not supplied by the Supplier, without loss of Warranty, provided that the spare parts used by DALO are of the same quality and have the same functionality as the spare parts used by the Supplier.”

De ovennævnte tilbudslister SC-G.1-3 indgik i udbudsmaterialet og skulle udfyldes af tilbudsgiverne.

Af referat af FMI's forhandlinger med Elbit den 2. september 2016 underskrevet af parterne den 20. september 2016 fremgår blandt andet:

#### “2.4 LCC calculations (DALO)

1. Generally DALO advises Elbit to provide background information regarding their numbers, in particular regarding Mean Times Between Failures (MTBF) in SC-G.1.
2. Regarding SC-G.3. List of Consumables. Elbit explains that the reason for them providing a similar response in MISSION and NO-MISSION profiles is that the consumption is time dependent and that with the described profiles there will be no difference.
3. DALO advises Elbit to correct reference inconsistencies across SC-8.1 and SC-G.1.
4. Regarding SC-G.1, DALO emphasizes that Elbit should include every possible spare.
5. There was a general discussion, based on examples from BOS and Cabin Assembly, regarding provision modes 1 and 2 in SC-G.1. DALO states that PM2 is only relevant, when a price premium leads to a reduction in delivery time. Elbit will look into this and optimise where relevant.
6. Regarding SC-G.1, DALO points to line 367, where it says "Product 1", and asks Elbit to clarify the meaning of this. Elbit will look into this.
7. DALO raised a minor problem concerning broken links in the Excel files provided by Elbit.
8. Regarding SC-G.1, DALO demonstrates how the spare part costs and man hour costs are calculated.
9. Regarding SC-G.1, Units Per System, Elbit has put N/A in several places, and will correct this in the BAFO.

#### 2.5. LCC (Eibit)

1. There was a general discussion regarding the definition and pricing of non-core services in SC-C and SC-A. DALO clarified their intentions with these Appendices. DALO will look into the area to see, if it is possible to clarify further.

2. DALO advised Elbit to carefully read SC-J, when describing IN-TOPS non-core services.”

### *Træningsprogram*

Udbudsmaterialet indeholder bestemmelser om tilbudsgivernes udarbejdelse og levering af træningsprogram.

I bilaget ”Annex V - Time Schedule and Milestones” står der om tilbudsgivernes forpligtelser til overholdelse af fastsatte milepæle:

“ ...

#### 1.1. Generally

This annex consists of a guide and an Excel chart (Annex V.1 "The Milestone Chart").

...

The tenderer should fill out the Milestone Chart and state when all deliveries are made and when claims for payment will be forwarded to DALO. The tenderer shall make sure that all delivery and payment dates are consistent with DALO's requirements.

...”

I ”Milestone Chart” står der:

”

| Comb. | Definition   |
|-------|--|
| DD    | Delivery Deadline  |
| PP    | Project Phase (Defines start and end of the delivery in the Milestone) |
| MP    | Milestone with penalty   |
| PD    | Payment for Delivery   |
| [...] | [...]  |

| Milestones |                           |                    |             |  |       |
|------------|---------------------------|--------------------|-------------|--|-------|
| #          | Description of Milestones | Contract reference | Requirement | Delay incurs penalty(MP)?<br>Delivery entitles to payment(PD)? | Start |
| Milestones |                           |                    |             |  |       |

...

|    |                                    |       |   |        |  |
|----|------------------------------------|-------|---|--------|--|
| 12 | Delivery of education and training | 2.3.7 | No later than 1 month prior to SAT of the 1st batch | MP, PD |  |
|----|------------------------------------|-------|---|--------|--|

“

I udbudsmaterialets bilag “DALO's overall requirements to the standards of education and Training and proficiency level of DALO personnel to be trained” hedder det:

“... ”

## 9. COURSE SCHEDULING

The courses must be scheduled by the Supplier as close as possible to the deployment in work of the material body at DALO approved facility.

Training shall be scheduled as follows:

- Operator training – between 1 and 3 months before SAT of first batch of artillery systems is carried out.
- Mechanics training – between 1 and 3 months before SAT of first batch of artillery systems is carried out.

If SAT is not successful, DALO will for internal training purposes need to have at least 2 artillery systems at their disposal until SAT of first batch has been approved.

The supplier must describe what the interconnections are between the dates of training course(s) and deployment for work of the material body in case of change of delivery schedule.

...”

I Nexters tilbud står om ”Træningsprogram” blandt andet:

## ”4. “USAGE” TRAINING

### 4.1 Organisation

The staff and the training environment is sized to accommodate the required number of trainees [from 15 to 20 people].

The training will take place in Denmark, one month prior to the Site Acceptance Test (SAT) of the first batch. In the event of a change to the delivery schedule, the course dates will be shifted in accordance with the same schedule.

The training shall be held in English.

This training lasts 10 days and is made up of 4 modules broken down as follows:

...

## 5. ECHELON 2 AND 3 MAINTENANCE TRAINING

### 5.1 Organisation

The staff and the training environment is sized to accommodate the required number of trainees from [10 to 15 people].

The training will take place in Denmark, one month prior to the Site Acceptance Test (SAT) of the first batch. In the event of a change to the delivery schedule, the course dates will be shifted in accordance with the same schedule.

This training lasts 30 days and is broken down into 2 modules”

Tilbudsbilaget ”Annex V – Time Schedule and Milestones” fra Nexter indeholder følgende:

”

| Milestones |                                    |                    |   |  |         |                           |        |
|------------|------------------------------------|--------------------|---|--|---------|---------------------------|--------|
| #          | Description of Milestones          | Contract reference | Requirement   | Delay incurs penalty(MP)?<br>Delivery entitles to payment(PD)? | Start   | Duration [days/ weeks/..] | End    |
| Milestones |                                    |                    |   |  |         |                           |        |
| ..         | ...                                | ...                | ...   | ...  | ...     | ...                       | ...    |
| 12         | Delivery of education and training | 2.3.7              | No later than 1 month prior to SAT of the 1st batch | MP, PD   | TO+21m  | 60 days                   | TO+23m |
| ..         | ...                                | ...                | ...   | ...  | ...     | ...                       | ...    |
| 16.3       | SAT Test Phase                     | 2.3.15             | Annex N   | MP   | TO+23.5 | 10 days                   | TO+24m |

”

### *Samlet endelig evaluering*

I evalueringsrapporten står blandt andet:

”3.3.2.1 Kravopfyldelse (Performance and Quality of the Artillery Systems) (80 %)

Kravopfyldelsen er evalueret i overensstemmelse med afsnit 2.1.2.1 i Appendix TC-1.

Tildelingen af point er sket ud fra en vurdering af kandidaternes kravbesvarelser ved inddragelse af vægtning, scoringsmodeller mv., jf. herom også Appendix TC-1 og Annex A.1. Se hertil i øvrigt bilag 1, tabs "2.1 OC" / "2.1 OC - Elbit" / "2.1 OC - Nexter".

FMI har som en del af tilbudsevalueringen valgt at verificere dele af kravbesvarelserne og udnyttede derfor retten til at foretage verifikationstest i henhold til udbudsbetingelsernes afsnit 11. Herom bemærkes følgende:

- I Elbits verifikationstest observeredes og dokumenteredes det, at Elbit systemet præsterede stort set som kravbesvarelsen stillede i udsigt, med mindre fradrag i points ved verifikationstesten.
- Nexters verifikationstest viste, at Nexter systemet ligeledes præsterede stort set som kravbesvarelsen stillede i udsigt, med mindre fradrag i points ved verifikationstesten.
- Begge systemer viste på visse punkter at kunne præstere bedre end anført i kravbesvarelsene. Dette medførte dog ikke en forøgelse af antal point, idet FMI anlagde en restriktiv fortolkning af testen, således at der ikke kunne opnås flere point for testresultater, som var bedre end BAFO kravbesvarelsen, jf. også afsnit 11 i udbudsbetingelserne.”

Om evalueringen af priserne for drift- og vedligeholdelsesomkostninger hedder det i samme dokument:

”...

#### 3.3.1.1.1 Justering af omkostningsområder

I forbindelse med evalueringen har FMI lagt følgende til grund:

...

- FMI har valgt at foretage en risikojustering af driftsomkostningerne (”Total Operating & Support Costs”, jf. ovenfor) for de to tilbudsgivere, idet datagrundlaget anses for at være behæftet med usikkerhed.
- Elbits driftsomkostninger vurderes på baggrund af det omfattende datagrundlag, at være i den høje ende, men dog realistiske. FMI har på baggrund af en risikojusteret tilgang, jf. nærmere herom nedenfor, valgt at reducere LCC-modellens estimat på Elbits driftsomkostninger fra [REDACTED] mDKK til [REDACTED] mDKK (ca. [REDACTED] mDKK over driftsperioden)
- Nexters driftsomkostninger er omvendt vurderet at være meget lave ud fra et noget sparsomt datagrundlag, som sammen med filtre i LCC-modellen bevirker urealistisk lave driftsomkostningsestimater.
- Da begge platforme er 8x8 undervogne har FMI valgt at tilnærme Nexters driftsomkostninger til Elbits driftsomkostninger, men med en forøget risiko i den risikojusterede tilgang, idet Nexter benytter en Tatra-undervogn, som ikke er kendt af det danske forsvar, mens Elbit ATMOS benytter en MAN HX81 undervogn, som i højere grad er kendt i det danske forsvar gennem MAN HX77, som har været benyttet i bl.a. Afghanistan. Således justeres LLC-modellens estimat for Nexters driftsomkostninger fra [REDACTED] mDKK til [REDACTED] mDKK (ca. [REDACTED] mDKK over driftsperioden).

...

#### 3.3.1.2.2 Beregning af de samlede omkostninger (LCC)

|   | ELBIT (DKK) | NEXTER (DKK) |
|---|-------------|--------------|
| Anskaffelse ("Contract Price")  | ██████████  | ██████████   |
| Optionsudnyttelse ("Exercise of options")                               | ██████████  | ██████████   |
| Driftsomkostningerne ("Total Operating & Support Costs", jf. ovenfor)   |             |              |
| - Core Services   | ██████████  | ██████████   |
| - Drift (repairs, consumables and planned maintenance) - risikojusteret | ██████████  | ██████████   |
| - Non-core Services   | ██████████  | ██████████   |
| - I alt   | ██████████  | ██████████   |
| <b>Samlede driftsomkostninger (LCC) (afrundet)</b>                      | ██████████  | ██████████   |

Således har Elbit afgivet et tilbud med en samlede LCC-pris på DKK ██████████ mens Nexter har afgivet et tilbud med en samlede LCC-pris på DKK ██████████.

I henhold til prisevalueringmodellen, som beskrevet ovenfor i afsnit 3.3.1.2.1, tildeles:

- Nexter; **5,00 point** (laveste LCC-pris)
- Elbit; **3,77 point** (baseret på en økonomisk ramme på 50 %). Elbits LCC-pris er ██████████ % højere end Nexters LCC-pris.

Udregningen af de samlede driftsomkostninger (LCC) samt trykprøvning heraf, har givet anledning til at anføre følgende afsluttende bemærkninger:

- Overordnet har FMI valgt en lineær scoringskurve i forbindelse med den samlede score. Således er Afvigelsesintervallet sat til 50 % (som rummer begge LCC-priser) og ikke en mindre afvigelse idet dette blot ville bevirke at forskellen i score ville forstørres. Såfremt et større Afvigelsesinterval var benyttet, ville dette medføre at Elbit ville nærme sig Nexter scoringsmæssigt. ██████████  
██████████  
██████████
- Såfremt optionsudnyttelsen var blevet vægtet med den maksimale udnyttelse, ville dette naturligvis tilgodese den billige leverandør

frem for den lidt eller meget dyrere leverandør. I det aktuelle udbud, ville dette have tilgodeset Nexter i endnu højere grad, da Nexter har en enhedspris som er lidt dyrere end Elbit i lave styktal, hvorimod Nexter er billigere i optionsstyktal over 2.

- Såfremt driftsomkostningerne på våbenplatformen (køretøjet) ikke blev vurderet meget konservativt, ville dette gøre afstanden i score mellem Elbit og Nexter større. Da driftsomkostningsområdet er det område, hvor der i evalueringsmodellen er det videste rum for FMI estimering, er det naturligt at se på, hvor meget Nexters driftsomkostninger skal belastes for at sidestille tilbuddet scoringsmæssigt med Elbit. Af evalueringen ses det, at Nexter, udover de i forvejen meget konservative estimater, skal pålægges ekstra driftsomkostninger for mindst ■ mDKK over en 10-års periode (svarende til differencen mellem den samlede evalueringspris for henholdsvis Elbit og Nexter). På baggrund af FMI's kendskab til driftsomkostninger på tilsvarende køretøjer samt på baggrund af Nexters tilbud, vurderes det, at dette ikke kan gøres med nogen som helst rimelighed.

Det kan konstateres, at Nexter ville stå endnu stærkere i forhold til Elbit, såfremt FMI havde undladt at basere prisevalueringen på de ovenfor nævnte forhold.

...”

### *Tildelingsbeslutningen*

I tildelingsbeslutningen står blandt andet:

”DALO received Best and Final Offers (BAFO) from Elbit Systems and Nexter Systems, and carefully reviewed and evaluated the two offers on the basis of the requirements and the award criteria stated in the tender conditions and the Appendix TC-1 hereto.

On this basis DALO can inform Elbit Systems that its offer is not considered to be the most economically advantageous tender. Hence, it is DALO's assessment that Nexter Systems has submitted the winning offer.

DALO considers the tender submitted by Elbit Systems to be of a high quality in general, which has enabled DALO to perform the evaluation of the offer based on the information provided in the Elbit Systems offer material.

Elbit Systems' offer obtained a total score of 3.99 while Nexter Systems' offer obtained a total score of 4.67.

The background for this is detailed below.

#### PRICE (60%)

The total Life Cycle Cost (LCC) associated with the offer of Elbit Systems has been calculated to a total of ██████ mDKK, which exceeds Nexter System's LCC of ██████ mDKK by more than ██████%.

The contribution of core and non-core services under the sustainment contract to the LCC calculation was slightly lower for Elbit Systems compared to Nexter Systems.

With regard to the costs of repairs, consumables and planned maintenance (RCP), the contribution of these costs to Elbit Systems' LCC was also slightly lower than the contribution of the same costs to the LCC calculation for Nexter Systems. In this connection it should be noted, that DALO conducted a risk-based adjustment of the RCP-calculation used in the evaluation, which resulted in a reduction of Elbit Systems' RCP by app. 1% and an increase of Nexter Systems' RCP by app. 426 %.

However, with regard to the costs of the acquisition (meaning both the initial acquisition of 15 systems and the possible exercise of the options), the contribution of this cost to the LCC for Nexter Systems' offer – compared Elbit Systems' offer – was extremely small, which was the decisive factor for the outcome of the LCC-calculation and consequently the points awarded for the price criterion.

Consequently, Nexter Systems was awarded the score of 5.00, while Elbit Systems was awarded the score of 3.77.

#### OPERATIONAL CAPABILITY (40%)

The operational capability was evaluated in accordance with the following criteria:

- Performance and Quality of the Artillery Systems (80% of 40% total)

The performance and quality of the artillery systems offered by Elbit Systems is by DALO evaluated to be of a high level, and hence Elbit Systems was awarded the score of 4.37 (out of 5.00) under this criterion. Corrections derived from the conducted verification test have been taken into account in this score.

The performance and quality of the artillery systems offered by Nexter Systems was by DALO also evaluated to be of a high level, and hence Nexter Systems was awarded the score of 4.31.



- Logistical Setup and Services (10% of 40% total)  
The Logistical Setup offered by Elbit Systems is by DALO evaluated as attractive in relation to the requirements of the Danish Defence, and hence, Elbit Systems was awarded the score of 4.87 (out of 5.00) under this criterion.

The Logistical Setup offered by Nexter Systems was by DALO also evaluated as attractive in relation to the requirements of the Danish Defence, and hence, Nexter Systems was awarded the score of 4.16.

- Delivery (10% of 40% total)  
The delivery scheme offered by Elbit Systems was by DALO evaluated as somewhat attractive to DALO and hence, Elbit Systems was awarded the score of 3.26 (out of 5.00) under this criterion.

The delivery scheme offered by Nexter Systems was by DALO also evaluated as somewhat attractive, and hence, Nexter Systems was awarded the score of 3.00.

As a consequence, Elbit Systems was awarded an overall weighted score of 4.31 for Operational Capability, while Nexter Systems was awarded an overall weighted score of 4.16.

## OVERALL CONCLUSION

Elbit Systems has offered a solution with slightly better quality (Operational Capability) than Nexter System. Despite that, Nexter Systems was by DALO deemed to have offered the most economically advantageous offer, as Nexter Systems has offered a solution with a significantly lower LCC (Price), which in accordance with the evaluation model has been taken into account in the evaluation with a weight of 60 %.

Consequently, Nexter Systems was given an overall evaluation score of 4.67, while Elbit Systems was given an overall evaluation score of 3.99.

As a concluding remark, Elbit Systems should note that DALO has gone to great lengths in the effort of evaluation of the offers, assuring equal treatment and transparency in the interpretation. However, even following such adjustments, Elbit Systems offer was not deemed the most economically advantageous tender.

If Elbit Systems should be interested in a follow-up meeting concerning the tender procedure and the tender evaluation (and Elbit Systems' letter

of 12<sup>th</sup> March 2017), DALO would be more than pleased to welcome Elbit Systems at DALO for a brief meeting in this regard.

DALO intends to enter into a contract with Nexter Systems after a standstill period of 10 days counted from the day following the dispatch of this information. The standstill period expires on March 24<sup>th</sup>, 2017.

Once again DALO thanks Elbit Systems for participating in the tender procedure and hopes that Elbit Systems will be interested in participating in relevant future tender procedures.”

FMI og Nexter indgik kontrakt(er) (Acquisition Contract og Sustainment Contract) i maj 2017 som bekendtgjort i EU-Tidende ved bekendtgørelse nr. 2017/S 100-199637.

### *Kontraktændringer*

Siden kontraktindgåelse har FMI og Nexter indgået tre tillægsaftaler til kontrakten. FMI har meddelt Elbit fuld aktindsigt i tillægsaftale 1 og delvis aktindsigt i tillægsaftale 2 og 3. Tillægsaftalerne er i det følgende betegnet ”Amendments”.

I Amendment no. 2 står blandt andet:

#### “1. SCOPE OF THE AMENDMENT NO. 2

The Parties have entered into the following Amendment ("the Amendment No. 2") to Contract No. 4600004556 already modified through Amendment No. 1 ("the Contract") as the Parties wish to make a variation order regarding the type of gearbox in the artillery systems from semiautomatic to fully automatic gearboxes.

...

#### 2. CONSEQUENCES OF THE AMENDMENT NO. 2

This Amendment No. 2 entails the following changes to the Contract and appertaining Annexes and Appendices;

##### The contract:

The Contract Price shall be adjusted. Hence, the Contract Price stated in section 2.10.1 of the Contract shall be changed from EUR [...] to EUR [...].”

Amendment no. 3 indeholder blandt andet følgende:

## ”1. SCOPE OF THE AMENDMENT

The Parties have entered into the following Amendment ("the Amendment No. 3") to Contract No. 4600004556 already modified through Amendment No. 1 and 2 ("the Contract"). This amendment concerns the work performed by the Supplier on the 15 CAESAR®8X8 due to the DALOs introduction of new GFE.

The Parties have decided to make an Amendment, cf. 4.17, instead of a variation order, cf. clause 4.1 of the Contract.

## 2. CONSEQUENCES OF THE AMENDMENT NO. 3

...

Appendix 1, section 5, section 6 (6.1-6.7) and sections 7-10, concerning technical issues, technical consequences and technical impact on the CAESAR® shall be implemented in the Contract. The Parties agree that the EMC tests with GFE are out of scope, however this does not affect or change the Supplier's obligations according to requirement no.3.29 in Annex A.1. section 5.7.5 in Annex B.

...

The Contract Price shall be adjusted. Hence, the Contract Price stated in section 2.10.1 of the Contract shall be changed from EUR [...] to EUR [...].”

FMI og Nexter indgik den 6. september 2018 en aftale om leje af CAESAR 6x6 og indrykkede herom den 11. oktober 2018 en bekendtgørelse om indgåede kontrakter med nr. 2018/S 196-444392 i EU-tidende.

I lejekontrakten står der blandt andet:

“§ 1: The subject-matter, purpose and application of the Rental Agreement

...

The rented assets are identified and described as follows:

CAESAR 6x6: the CAESAR 6x6 is planned to be equipped with a barrel which is in the 1st quarter of its life. Please note that it is a normal barrel and not a piezo instrumented one.

The rented assets include the necessary spare parts / tools / consumable to be able to undertake the firing session and takes also into consideration

the wear of the system. These ancillary items and the CAESAR 6x6 shall be fit-for-purpose as per the LESSEE's purpose for entering into the Lending Agreement.

The rented assets are to be used for certification of existing ammunition stocks.”

## **Parternes anbringender**

### Elbits anbringender ad påstand 1

Elbit har gjort følgende gældende:

*Ad påstand 1, litra a – ikke oplyst om mulighed for opbygning på TATRA-våbenplatform*

Elbit har gjort gældende, at FMI ved at opstille forskelligrettede vilkår for tilbudsgiverne i forhold til valg af våbenplatformen har tilsidesat ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i strid med forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4.

Elbit har nærmere anført, at udbud og indkøb af selvkørende artilleri offentliggjort i 2013, henholdsvis 2015, i henhold til FMI's egne oplysninger og anvisninger i udbudsbetingelserne er én sammenhængende og videreført proces. Udbudsbekendtgørelsen for 2015-udbuddet indeholder ligeledes i afsnit IV.3.2 en henvisning til udbudsbekendtgørelsen for 2013, hvilket bekræfter den direkte forbindelse mellem de to udbud.

Udbudsgrundlaget i denne sag må derfor anses for at være udbudsmaterialet og udbudsprocessens forløb, herunder med FMI's meddelelser og anvisninger over for Elbit som tilbudsgiver i hele processen fra 2013 og frem til tildelingsbeslutningen i 2017. Dette medfører, at udbudsmateriale og udbudsprocessens forløb fra udbuddet offentliggjort i 2013 skal inddrages som grundlag for klagenævnets vurdering af sagens forhold, i det omfang disse ikke er ændret eller imødegået med andre dokumenter, vilkår mv. i forbindelse med genoptagelsen og videreførelsen af udbuddet i 2015.

FMI har under spørgsmål/svar i 2013-udbuddet opfordret tilbudsgiverne, herunder Elbit, til at anvise forskellige muligheder for valget af våbenopbygning

ved afgivelse af FIO2, FIO3 eller BAFO. Det gjorde Elbit i sit første indikative tilbud (FIO) ved at foretage en direkte sammenligning af de to tilbud om selvkørende artilleri på våbenopbygningen MAN HX81, henholdsvis TATRA.

FMI har efterfølgende under forhandlinger og i korrespondance i forbindelse med udbudsprocessen i 2013 bibragt Elbit en forudsætning om og direkte anvisning på at afgive tilbud på et artillerisystem baseret på våbenplatformen MAN.

Henset til, at der var tale om en videreførelse og genoptagelse af 2013-udbuddet, lagde Elbit til grund, at de forudgående anvisninger fortsat var gældende. For at overholde principperne om ligebehandling og gennemsigtighed burde FMI have underrettet Elbit om ændringen i FMI's præference af våbenplatformen i 2015-udbuddet. Styrelsen fastholdt imidlertid Elbit i den vildfarelse, at FMI fortsat pålagde Elbit at afgive tilbud med våbenplatformen MAN HX81. FMI burde have oplyst, at styrelsen nu tillod Elbit at afgive tilbud med artilleri på platformen TATRA såvel som MAN, og at valget derimellem stod Elbit helt frit, jf. blandt andet klagenævnets kendelse af 9. november 2017, C.F. Møller A/S mod Region Hovedstaden v/NytHospital og Ny Psykiatri Bispebjerg, og COWI A/S, Nordic Office of Architecture og AART architects A/S mod samme.

Nexter har ikke modtaget tilsvarende anvisninger fra FMI om våbenopbygningen. Dette har medført en umiddelbar og væsentlig økonomisk fordel for Nexter, idet denne virksomheds tilbud er baseret på våbenplatformen TATRA, som er væsentligt billigere end våbenplatformen MAN.

Af evalueringsrapporten fremgår, at den prismæssige forskel mellem tilbudsgiverne var udslagsgivende for den endelige tildelingsbeslutning. Forskellen i tilbudsgivernes forudsætninger har dermed haft væsentlig og direkte betydning i forhold til den endelige tildeling.

Elbit baserede sit tilbud på våbenopbygningen MAN for at stille sig bedst muligt i forhold til tildeling af kontrakten. Valget af MAN under 2013-udbuddet førte til, at Elbits tilbud blev vurderet til at være det økonomisk mest fordelagtige. Forholdet havde således ved den daværende udbudsforretning bestemmende indflydelse på evalueringsresultatet.

*Ad påstand 1, litra b – MOTS/COTS*

Elbit har yderligere gjort gældende, at FMI ved at foretage en evaluering af tilbuddene i strid med de opstillede kriterier og grundlaget for evalueringen, jf. udbudsbetingelserne, har tilsidesat ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4.

FMI havde i udbudsmaterialet forudsat, at tilbudsgiverne skulle levere en MOTS/COTS-løsning. Dette fremgik af udbudsbetingelserne Annex A, ligesom kravet var indarbejdet i blandt andet Annex K, "System Safety Requirements", og Annex O, "The Supplier's Outline Test Management Plan and Outline Acceptance Test Procedures (at the time of tender)".

I Annex K var stillet krav om tilbudsgivernes udarbejdelse af en sikkerhedsplan for systemet (SSPP) og vedlæggelse heraf i tilbuddet baseret på og med indeholdelse af data fra erfaringer med egentlig anvendelse af det tilbudte artillerisystem og integrerede dele heraf og systematisk testning heraf i operationelle situationer samt konkret brug af systemet. Der var således i Annex K indarbejdet krav til tilbudsgiverne om at overholde FMI's forudsætning om en MOTS/COTS-løsning og FMI's anskaffelsesprincipper om, at det tilbudte og leverede udstyr skulle være fuldt udviklet, introduceret og afprøvet i kampsituationer.

I Annex O var indarbejdet krav til tilbudsgiverne om, at det tilbudte og leverede udstyr skulle være fuldt udviklet, introduceret og afprøvet af Danmarks militære partnere i andre NATO-lande. Udstyret skulle dermed være en MOTS/COTS-løsning.

FMI var herefter forpligtet til i overensstemmelse med sine egne anvisninger i udbudsmaterialet at lade det indgå i tilbudsvurderingen, om tilbudsgiverne havde afgivet tilbud med en MOTS/COTS-løsning og i overensstemmelse med det danske forsvars anskaffelsesprincipper. Det må endvidere lægges til grund, at det ville udgøre en væsentlig del og/eller et grundlæggende element, at tilbudsgiverne afgav tilbud med en sådan MOTS/COTS-løsning.

En undladelse af at påse tilbudsgivernes overholdelse heraf ville være en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4.

Konklusionen i Tripprapporten vedrørende begge tilbudte systemer fremhæver, at der var helt grundlæggende forskel på artillerisystemerne i forhold til det grundlæggende krav og forudsætningen om MOTS/COTS. Elbits løsning, som er et færdigudviklet produkt, der alene vil skulle gennemgå mindre og enkelte tilpasninger, kunne i henhold til konklusionen således kvalificere sig som en MOTS/COTS-løsning. Det tilbudte system er således afprøvet i kamp af en række landes forsvar, heriblandt forsvaret i Thailand, Israel og NATO-landene Polen og Rumænien.

Nexters løsning, som indeholdt et helt nyt ladesystem, ny lastvogn som våbenplatform, der er uprøvet for Nexters system, helt ny kabine, helt nyt opbevaringsdesign, helt ny INS til artilleribrug og helt nyt direkte affyringsigte, kunne derimod ikke i Tripprapporten kvalificeres som en MOTS/COTS-løsning. Danmark er det første land, hvortil Nexter sælger sin 8x8 CAESAR. Endvidere er den tilbudte løsning end ikke et udviklingsprojekt, som er tæt på at være færdigudviklet. Dette understøttes af, at systemet ikke kunne afprøves fuldt ud i den gennemførte verifikationstest, hvilket er dokumenteret ved lejekontrakten i forbindelse med certificering af ammunition og udarbejdelse af skydetabeller.

FMI har ikke taget det forhold, at Nexter ikke tilbød en MOTS/COTS-løsning, i betragtning under evalueringen af tilbuddene og har derved handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4.

Elbit har ved at iagttage FMI's krav og forudsætninger om levering af en MOTS/COTS-løsning haft en mængde ekstraomkostninger, idet systemet for at være en sådan løsning skal være afprøvet og gennemtestet, hvilket i sagens natur medfører en forøgelse af prisen. Et udviklingsprojekt som det, Nexter har tilbudt, har ikke gennemgået tests, og prisen for at gøre materiellet MOTS/COTS-klar er derfor ikke påløbet, hvilket giver Nexter mulighed for at tilbyde en væsentlig billigere løsning. En konsekvens heraf vil blive, at der pålignes ekstra omkostninger på FMI og brugerne af systemet, idet der vil skulle ske tilpasninger og justeringer af artillerisystemet under kontraktens løbetid, som klarlægges under den efterfølgende brug af systemet.

*Ad påstand 1, litra c – dokumentation og verifikationstest – krav 3.18, 3.29 og 5.02*

Elbit har anført, at der i udbudsbetingelserne var stillet krav om, at alle krav angivet med ”D” i kravspecifikationen skulle dokumenteres af tilbudsgiverne. Det var i den forbindelse præciseret i Annex A, afsnit 2.3 ”Documentation”, at det var et selvstændigt eksplicit krav, at dokumentation skulle vedlægges tilbudsgiverens besvarelse.

Det fremgår også af udbudsmaterialets kravspecifikation, Annex A.1, at der for enkelte krav var stillet *supplerende* krav om vedlæggelse af særlige beskrivelser og dokumentation i tillæg til dokumentationskravet ”D”, som defineret ved udbudsbetingelserne.

Den blotte angivelse af ”D” ud for et krav uden særlig specifikation om supplerende dokumentation og/eller beskrivelse vedrørende betingelserne og omstændighederne for kravets opfyldelse indebar efter ordlyden af udbudsbetingelsernes Annex A et krav om egentlig dokumentation og en eventuel beskrivelse af tilbuddets opfyldelse af kravet.

En tilbudsgivers undladelse af at vedlægge dokumentation vedrørende krav med markeringen ”D” skulle således medføre, at FMI var forpligtet til at afvise tilbuddet fra den pågældende.

Elbit har videre anført, at angivelsen ”VT” ud for et krav indebar, at tilbuddenes overholdelse af kravet skulle kunne eftergås og kontrolleres ved gennemførelse af en verifikationstest.

Det blev udtrykkeligt fremhævet i kravspecifikationen, Annex A.1, at verifikationstestens formål var at verificere, at de endelige tilbud overholdt kravene i samme dokument, Annex A.1.

En tilbudsgivers tilsidesættelse af verifikationskravet skulle medføre, at FMI var forpligtet til at afvise tilbuddet fra den pågældende tilbudsgiver, idet denne ikke havde opfyldt de opstillede mindstekrav til tilbuddets indhold og dokumentation for opfyldelse af mindstekravet.

Af udbudsmaterialet fremgår, at verifikationstesten ville blive gennemført med deltagelse af FMI’s repræsentanter, og at der var tale om autoriseret



FMI-personel. Det fremgår endvidere, at FMI-personalet ville føre en testlog. Det må lægges til grund, at notatet vedrørende verifikationstesten af Nexters tilbudte system er den omtalte testlog for denne tilbudsgiver. Dokumentet er således det autoriserede FMI-personels registrerede resultater for Nexters tilbudte artillerisystem. Det fremgår endvidere, at testresultaterne ville blive overført til Tripprapporten og ville blive lagt til grund for den videre behandling af tilbuddene alt efter, om testen kunne verificere, at kravene i kravspecifikationen var overholdt, og om testen viste en bedre eller dårligere opfyldelse af kravene end angivet i tilbuddene. Udbudsmaterialet har således foreskrevet en direkte sammenhæng mellem testloggen, Tripprapporten og den endelige evaluering.

I notatet om den gennemførte verifikationstest af Nexters tilbudte løsning fremgår, at det ikke var muligt at sikre dokumentation for overholdelse af kravene. Nexter havde således ikke fremlagt den foreskrevne dokumentation m.v., som kunne sikre overholdelsen af krav, herunder mindstekrav til det leverede artillerisystem. I notatet om Elbits tilbudte løsning konstaterede FMI, at løsningen til fulde opfyldte de stillede krav.

Disse forskelle i notaterne er imidlertid ikke afspejlet i Tripprapportens sammenfatning og konklusion vedrørende de tilbudte systemer, ligesom de ikke fremgår af evalueringsrapporten. I sidstnævnte er lagt en stort set enslydende vurdering af de to tilbud til grund for pointtildelingen vedrørende delkriteriet ”Performance and Quality of the Artillery Systems”. Det fremgår imidlertid af udbudsmaterialet vedrørende evalueringen af delkriteriet, herunder om inddragelse af resultaterne fra verifikationstest, at testresultaterne ville blive lagt til grund på den måde, at både over- og underperformance ville føre til en korrektion på baggrund af testresultaterne, og at denne ville blive lagt til grund for tilbudsevalueringen. Evalueringen af tilbuddene blev dermed ikke gennemført i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Ifølge udbudsmaterialet skulle tilbudsgiverne vedlægge dokumentation for opfyldelse af mindstekrav 3.29 om artillerisystemets elektroniske installationer m.v. og performancekrav 3.18, som indeholdt krav om, at køretøjet skulle kunne køre op fra vanddybder på minimum 0,75 meter. Det fremgik af udbudsmaterialet, at opfyldelsen af kravene skulle kontrolleres under verifikationstesten.

Af notatet for verifikationstesten af Nexters system fremgår imidlertid, at der vedrørende krav 3.29 ikke er fremlagt dokumentation for det konkrete tilbudte system, og at systemet ikke er blevet kontrolleret ved testen. FMI lagde til grund, at kravet var opfyldt ved en beskrivelse fra Nexter om, at virksomheden havde erfaringer for opfyldelsen af kravet. En sådan beskrivelse kan imidlertid ikke sidestilles med eller anses for at udgøre dokumentation og verifikation af det tilbudte.

Der blev ikke udført en verifikation af artillerisystemets opfyldelse af kravet ("VT"), som det var foreskrevet i udbudsbetingelserne. Det fremgår ligeledes af Nexters besvarelse for krav 3.29, at Nexter undskyldte sig med, at selskabet ikke modtog GFE-materiel til testen.

Denne tilsidesættelse af mindstekrav 3.29 skulle i sig selv have ført til, at tilbuddet fra Nexter blev erklæret ukonditionsmæssigt.

Elbit fremlagde derimod egentlig dokumentation for kravets opfyldelse, idet virksomheden dokumenterede, at artillerisystemet er testet i empiriske studier af et certificeret EMI laboratorium. Oplysningerne i tilbuddet om kravets opfyldelse kunne dermed verificeres, og opfyldelsen af kravet og verifikationen heraf blev på den baggrund anerkendt af FMI ved en underskrevet Requirement Verification Report.

Elbit har endvidere anført, at Nexter vedrørende performancekrav 3.18 kun vedlagde en beskrivelse for kravets opfyldelse, men altså ikke nogen dokumentation herfor. Der er i relation til kravene om dokumentation ikke forskel på mindstekrav og performancekrav. Elbit har ikke mulighed for at kontrollere, om kravet ikke konkret havde betydning for tildelingsbeslutningen, men dette kan ikke uden videre afvises.

I notatet fra verifikationstesten af Nexters løsning fremgår endvidere, at krav 3.18 ikke kunne opfyldes, hvorimod det samme krav i Triprapporten blev konstateret opfyldt.

Eftersom FMI ikke har lagt disse forhold om manglende dokumentation for opfyldelse til grund for sin evaluering af tilbuddet, men derimod har anset kravet for opfyldt af Nexter, har FMI handlet i strid med udbudsmaterialets forskrifter og dermed tilsidesat ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4.

Krav 5.02 skulle tilsvarende dokumenteres af tilbudsgiverne. Det var ud for kravet præciseret, at tilbudsgiverne skulle vedlægge dokumentation til hvert enkelt bullet point. Denne præcisering må anses som en skærpelse til det dokumentationskrav, der følger af "D". Af notatet for verifikationstesten kan imidlertid udledes, at Nexters tilbudte løsning ikke opfyldte kravet, idet der står, at "den nuværende nødluge [ikke havde] nogen torsionstang og kunne ikke åbnes af én mand alene", og at "dørene [ikke blev] fikseret i en åben stilling, hvorfor der var risiko for at få kropsdele i klemme under ind- og udstigning fra kabinen." Dette viser, at mindstekravet i pkt. 5.02 ikke var opfyldt. Såfremt en enkelt person ikke kan åbne nødlugen, vil enkeltpersoner, som måtte blive fanget i køretøjet med øvrige tilskadekomne, ikke kunne sikre sig selv eller de øvrige. Kravet må ses i den kontekst, det er stillet, og heri ligger et krav om, at nødlugen skal kunne åbnes af én person, idet køretøjet skal kunne bruges i en eventuel kampsituation, hvor der i sagens natur ikke altid kan være mere end én person til rådighed til at åbne en nødluge.

FMI har under klagesagen bekræftet, at Nexter ikke havde vedlagt dokumentation for kravets opfyldelse, men alene en beskrivelse herom.

FMI har også på dette grundlag tilsidesat ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4.

Elbit har endelig bestridt, at virksomheden ikke har afgivet BAFO i overensstemmelse med udbudsbetingelserne i relation til krav nr. 1.13. Det var således anført i kravet, at tilbudsgiverne blot skulle vedlægge en beskrivelse af de vejr- og betingelser, hvorunder krav 1.13, der omhandlede artilleriets evne til at skyde længere end 40 kilometer, var opfyldt. Elbit havde vedlagt en sådan beskrivelse og havde dermed iagttaget sine forpligtelser.

*Ad påstand 1, litra d – beregning af "Life Cycle Costs" (LCC)*

#### Reservedele:

Ifølge Appendix TC-1 om evalueringsmodellen vil reservedelsforbrug baseret på appendix SC-G indgå i LCC-beregningen. Det fremgår endvidere, at forbruget vil blive kalkuleret på baggrund af de to opstillede profiler: "NO MISSION" og "MISSION". Vurderingen af priskriteriet ville tage udgangspunkt i en LCC-beregning foretaget over 10 år baseret på FMI's Total Operating & Support Costs og med udgangspunkt i bilagene om FMI's Operation

and Maintenance Organization Structure, som er en beskrivelse til tilbudsgiverne af, hvordan og hvor meget anskaffelsen vil blive anvendt, som er delt op i en NO-MISSION og MISSION brugerprofil. Brugen af anskaffelsen er forskellig under de forskellige brugerprofiler.

I beregningen af Total Operation & Support Costs indgår blandt andet forbruget af reservedele og tiden brugt på at vedligeholde anskaffelsen. Den evalueringstekniske fastsættelse af pris for forbruget af reservedele og tiden brugt til at vedligeholde anskaffelsen skete på grundlag af appendix SC-C og SC-G.

Appendix SC-C og SC-G indeholder imidlertid kun en anmodning om at opliste reservedele til brug for anskaffelsen og prissætte dem under forskellige forudsætninger. Af appendix SC-C og SC-G fremgår derimod ikke, hvordan prisangivelserne for de enkelte reservedele medregnes i LCC-beregningen. Samtidig fremgår det af samme appendix SC-G pkt. 3.3, at tilbudsgiverne skulle angive, hvor lang tid der vil gå mellem, at en given reservedel skal skiftes ud. Dette skal angives, hvis enhedsprisen overstiger 100 euro, eller reservedelen skal skiftes oftere end hvert 3. år.

Et krav om at angive tidsrummet mellem hver defekt eller reparation for reservedele, der koster over 100 euro, eller som skal skiftes oftere end hvert 3. år, betyder, at størstedelen af reservedelene vil skulle angives sammen med en oplysning om, hvor tit de skulle skiftes. Reservedele, som ikke skal skiftes mere end hvert 3. år, vil nemlig typisk være mere slidstærke og udgøre større og mere vitale komponenter, som i så fald også vil koste over 100 euro (743 kr.).

Det fremgår dermed ikke af bilag TC-1 sammenholdt med bilag SC-C og SC-G, hvorledes reservedele ville indgå ved beregningen af LCC.

FMI har, som udbudsmaterielet er formuleret, frit kunnet vælge, hvilke reservedele der skulle indgå i evalueringen, hvilke priser for reservedelene FMI ville lægge til grund, og hvorledes omkostningerne skulle indgå i evalueringen. Den manglende præcisering af, hvordan reservedele og Appendix SC-G indgik i evalueringen af LCC-omkostningerne, er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4.

Den blotte opstilling af reservedele bevirker ikke, at FMI tilstrækkeligt har konkurrenceudsat det ikke uvæsentlige indkøb af reservedele, ligesom det er uigennemsigtigt, hvilke reservedele og hvilke priser FMI angiveligt skulle have inddraget i evalueringen.

Den beskrevne model for evalueringen af LCC-omkostninger var således uigennemsigtig, og FMI har ikke løftet bevisbyrden for, at alle relevante reservedele blev inddraget i evalueringen, endsiige hvorledes omkostninger til reservedele blev inddraget, jf. blandt andet klagenævnets kendelse af 15. februar 2019, KONE A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

#### Unormalt lavt bud fra Nexter:

FMI burde herudover have iværksat proceduren efter forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 49 om unormalt lave tilbud, idet der var flere indikationer på, at tilbuddet fra Nexter var unormalt lavt. Ved at undlade at gennemføre en sådan proces har FMI handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4.

LCC indgik i tildelingskriteriet med en vægt på 60 %, og ud af de 60 % udgjorde omkostningerne for drift og vedligehold en tredjedel. I tildelingsbeslutningen står, at FMI har forhøjet Nexters tilbudte pris vedrørende omkostninger til reparationer, reservedele og planlagt vedligeholdelse med ca. 426 % uden nærmere begrundelse eller dokumentation. Med så væsentlige ændringer skal der imidlertid foreligge et sikkert grundlag og nærmere dokumentation for den gennemførte ændrede prissætning.

Udgangspunktet om, at en ordregivende myndighed ikke har en undersøgelsespligt for oplysninger afgivet af tilbudsgiverne, må fraviges, når der er særligt grundlag for at antage, at oplysningerne ikke er retvisende. FMI har i evalueringsrapporten anført, at Nexters oplysninger for drift og vedligeholdelse er "urealistiske", og derved erkendt, at oplysningerne i tilbuddet fra Nexter ikke var retvisende, og at de ikke kunne danne grundlag for evalueringen eller tildeling af kontrakten. FMI burde have foretaget en nærmere kritisk gennemgang og afklaring af grundlaget for Nexters prissætning, herunder som præciseret i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 49 om iværksættelse af procedure for unormalt lavt bud. En fejlbehæftet kalkulation af et tilbud, som medfører en korrektion af tilbuddet med 426 %, må i sig selv anses for at udgøre dokumentation for, at dette har været vildledende og

behæftet med en sådan usikkerhed, at der ikke er tilstrækkeligt sikkert grundlag for tilbuddets overholdelse af de opstillede krav til drift og vedligeholdelse.

FMI kunne have været berettiget til at justere prisen på baggrund af en redegørelse fra Nexter, men ved egenhændigt at justere på prisen uden at have en forudsætning herfor, idet kun en lille del af den lave driftspris fra Nexter fremkom på baggrund af angivelige uhensigtsmæssigheder i ”filtre”, har FMI handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og ikke iagttaget de beskyttelses hensyn, som fastsættes med artikel 49 i forsvars- og sikkerhedsdirektivet.

Elbit har endvidere anført, at FMI ikke i tilstrækkeligt omfang har taget højde for forskellen imellem de to tilbudte typer af våbenplatforme og betydningen heraf i forhold til omkostninger til vedligeholdelse og support. Elbits tilbudte våbenplatform MAN HX81 anvendes allerede af det danske forsvar og indgår således allerede i Forsvarets eksisterende flåde af køretøjer. MAN HX81 har en væsentlig lavere generel serviceomkostning end Nexters tilbudte TATRA lastvogn. Hertil kommer, at en introduktion af flere lastvogne af samme type, som det danske forsvar allerede har, vil medføre, at Forsvaret kan anvende samme reservedelslager for det selvkørende artilleri i forhold til lastvognen som til de øvrige lastvogne. Dette letter væsentligt omkostningerne for Forsvarets udgifter til reservedele og vedligeholdelse.

*Ad påstand 1, litra e – operational capability*

Elbit har gjort gældende, at FMI ikke har gennemført evalueringen af tilbuddenes ”Operational Capability” i overensstemmelse med det, som fremgår af udbudsbetingelserne. Dette gælder særligt i forhold til evalueringen af ”Performance and Quality of the Artillery Systems”, som udgjorde 80 % af den kvalitative bedømmelse af tilbuddenes ”Operational Capability”.

Evalueringen af tilbuddene er således ikke sket i overensstemmelse med forskrifterne for evalueringen, herunder med behørig inddragelse af testresultaterne for de afgivne tilbud. Det fremgår derimod af evalueringsrapporten, at FMI ved evalueringen har undladt at inddrage testresultaterne, i det omfang afvigelserne var i negativ retning i forhold til de opstillede krav.

Denne tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet har haft væsentlig og direkte betydning for tildelingsbeslutningen.

*Ad påstand 1, litra f – træningsprogram*

Elbit har gjort gældende, at Nexter ikke har overholdt betingelserne i udbudsmaterialet om, at tilbudsgiverne skulle levere et træningsprogram senest én måned før SAT [Site Acceptance Test] for den første leverance. Af Nexters tilbud fremgår således, at virksomheden i tilbuddet alene har reserveret 2 uger mellem gennemførelse af træningsprogrammet og SAT, hvilket er i strid med udbudsmaterialet.

*Ad påstand 1, litra g – kontraktændringer*

Elbit har gjort gældende, at FMI ved at foretage væsentlige kontraktændringer efter kontraktens indgåelse har handlet i strid med forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4.

Tillægsaftalen, Amendment no. 2, vedrører en ændring af våbenplatformens gearboks fra semiautomatisk til fuldautomatisk.

Allerede under verifikationstesten blev det identificeret af FMI, at den semi-automatiske gearboks var et negativt parameter, jf. testloggen. Den efterfølgende aftale om udskiftning af gearboksen til en fuldautomatisk gearboks har konkret indflydelse på ydeevnen og beregningen af LCC og dermed også den evalueringstekniske pris. Udskiftningen udgør således, henset til gearkassens centrale funktion i køretøjet, en ændring af et væsentligt element i kontrakten efter kontraktindgåelsen.

At tilbudsgiverne havde mulighed for at tilbyde en fuldautomatisk gearkasse medfører ikke, at en efterfølgende ændring til en fuldautomatisk gearkasse ikke er væsentlig. Ved tilbudsafgivelsen er risikoen for prissætningen af gearkassen tilbudsgiverens risiko. Ved en efterfølgende ændring på FMI's initiativ er det ikke længere leverandørens risiko, idet leverandøren i denne situation kan prissætte ændringen uden hensyntagen til, hvilken indvirkning det får på evalueringresultatet, da denne i sagens natur er foretaget.

Det kan ikke udelukkes, at forholdet kunne have betydning for FMI's kontrakttildeling, hvis det havde været inddraget i forbindelse med udbuddet. Der er dermed tale om ændring af et grundlæggende element. Kontrakten for

levering af det selvkørende artilleri med de gennemførte ændringer har dermed ikke været behørigt konkurrenceudsat i henhold til forsvars- og sikkerhedsdirektivet.

Også den ændring, som følger af den tredje tillægsaftale, Amendment no. 3, om GFE [Government-Furnished Equipment]-materiale udgør en væsentlig ændring, som er i strid med forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4. Denne tillægsaftale indeholder således ydelser, som allerede burde være omfattet af kontrakten, idet det i krav 3.29 var forudsat, at GFE-materiellet skulle installeres på systemet. Elbit har ikke fået aktindsigt i oplysningerne i Appendix 1 til den tredje tillægsaftale med informationer af teknisk karakter, hvilket indikerer, at der er væsentlige ændringer, som FMI ikke vil have frem i lyset.

Det fremgår endvidere af tillægsaftalens Appendix 2, at aftalen har medført en ændring af leveringstidspunkt og milepæle i henhold til den udbudte kontrakt. Det følger af fast praksis, at sådanne ændringer udgør en væsentlig ændring af kontrakten. Det bemærkes i denne forbindelse, at det blev tillagt væsentlig vægt under evalueringen af tilbuddet fra Nexter, at virksomheden baserede sit tilbud på en meget kortere tids- og leveringsplan.

Elbit har endelig gjort gældende, at FMI ved at indgå lejekontrakten vedrørende CAESAR 6x6 har foretaget en ændring af et grundlæggende element og dermed har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4.

De ydelser, der er omfattet af lejekontrakten, var en del af de mindstekrav, der var til det selvkørende artilleri. Det fremgår således af mindstekrav 1.01, at artillerisystemet skulle være i stand til at affyre en række forskellige ammunitionstyper, herunder de typer, som bliver testet ved det lejedes udstyr. Udfærdigelsen af skydetabeller burde dermed også være indeholdt i kontrakten. Elbit havde i sit tilbud indkalkuleret, at der skulle foretages tests af ammunitionstyper og udfærdigelse af skydetabeller, da netop det indgik i mindstekrav 1.01.

Det formål, artillerisystemet CAESAR blev lejet med, var indeholdt som en del af kontrakten. Udgiften hertil må ses som en ekstraomkostning, der vil skulle lægges oveni den samlede anskaffelsessum.



Det følger af fast praksis fra klagenævnet og EU-Domstolen, at det ikke er lovligt at foretage ændringer på kontrakten relateret til mindstekrav. De konkrete gennemførte ændringer må på det foreliggende grundlag anses for reelt at udgøre en ændring af mindstekravet 1.01. Kontrakten med de gennemførte ændringer har dermed ikke været behørigt konkurrenceudsat i henhold til forsvars- og sikkerhedsdirektivet.

#### FMI's anbringender ad påstand 1

FMI har gjort følgende gældende:

*Ad påstand 1, litra a – ikke oplyst om mulighed for opbygning på TATRA-våbenplatform*

FMI har bestridt, at styrelsen under 2013-udbuddet tilkendegav eller anviste, at FMI havde præferencer for en bestemt våbenplatform, og at 2015-udbuddet reelt var en videreførelse af 2013-udbuddet.

FMI har nærmere anført, at styrelsen efter annullationen af 2013-udbuddet undersøgte mulighederne for blandt andet enten at koble sig på den norske artillerikonkurrence eller låne/leje et artillerisystem fra en anden nation. Disse bestræbelser var forgæves, og FMI iværksatte derfor et nyt udbud af tilsvarende indkøbsgenstand. Forsvarets krav til artillerisystemets funktion havde ikke ændret sig i den mellemliggende periode, hvorfor udbudsmaterialet i det store hele var enslydende i 2013- og 2015-udbuddet. Selvom udbuddene vedrører den samme genstand, og udbudsmaterialet er enslydende, ændrer det ikke på, at de to udbud skal betragtes som to separate udbud. Det er ikke korrekt, når Elbit anfører, at der blot var tale om ”en midlertidig afbrydelse og ikke en reel annullering og nyt udbud, men en videreførelse af det forudgående udbud”. 2013-udbuddet blev formelt annulleret, og der blev iværksat en ny udbudsprocedure ved den nye udbudsbekendtgørelse. FMI var derfor ikke forpligtet til at inddrage forhold fra 2013-udbuddet i forbindelse med gennemførelse af 2015-udbuddet.

Ingen af tilbudsgiverne henviste til udbudsmaterialet fra 2013-udbuddet eller tilkendegav, at forudsætninger for og forløbet omkring 2015-udbuddet havde indvirket på deres deltagelse og ageren i 2015-udbuddet.

Klagenævnets kendelse af 9. november 2017, C.F. Møller A/S mod Region Hovedstaden v/NytHospital og Ny Psykiatri Bispebjerg og COWI A/S, Nordic Office of Architecture og AART architects A/S mod samme, er ikke relevant i denne sammenhæng, idet der i sagen var tale om ét udbud, og i den konkrete klagesag er der tale om to udbud, ét i 2013 og ét i 2015.

FMI har endvidere anført, at det må bero på en konkret vurdering, om forhold, der vedrører 2013-udbuddet, har betydning i forbindelse med 2015-udbuddet. Selv hvis 2015-udbuddet skulle betragtes som en reel videreførelse af 2013-udbuddet, har FMI ikke i forbindelse med det tidligere udbud tilkendegivet eller på nogen måde indikeret, at FMI foretrak en opbygning af artillerisystemet på MAN-løsningen fremfor andre løsninger, herunder TATRA.

I en mail af 17. januar 2014 forud for et møde mellem parterne gjorde FMI Elbit opmærksom på, at Elbits præsentationer, oplysninger m.v. til mødet skulle være baseret på MAN-løsningen, idet Elbit havde tilbudt denne som hovedløsning i sit FIO. FMI fandt anledning til at præcisere dette, idet Elbit som option til FIO havde tilbudt at opbygge artillerisystemet på en TATRA-våbenplatform. Af udbudsbekendtgørelsen fremgik, at der ikke kan tilbydes alternative løsninger. I et referat fra et forhandlingsmøde af 18. marts 2014 står, at det under mødet blev præciseret, at det ikke var muligt at tilbyde optioner i forbindelse med udbuddet, og at Elbit derfor var nødsaget til at vælge én løsning med hensyn til våbenplatform samt i den forbindelse i sagens natur at ”sanere” sit tilbud for konkrete beskrivelser, der alene vedrørte den tilbudte option. FMI tilkendegav ikke, at TATRA-våbenplatformen kunne eller burde indgå i den kontraktmæssige løsning, idet det var op til Elbit at afgøre, hvilken løsning man ønskede at tilbyde.

FMI har således ikke i forbindelse med 2013-udbuddet tilkendegivet eller på nogen måde anvist, at FMI havde en præference for en bestemt våbenplatform, og havde allerede derfor ikke en forpligtelse til at berigtige dette forhold under 2015-udbuddet.

Heller ikke i forbindelse med 2015-udbuddet tilkendegav FMI at have en præference for så vidt angår den valgte våbenplatform. Havde FMI haft en præference for en bestemt våbenplatform, ville dette under alle omstændigheder ikke indgå i FMI's vurdering af tilbuddene, idet våbenplatformen ikke indgik direkte i evalueringsmodellen.

*Ad påstand 1, litra b – MOTS/COTS*

FMI har bestridt, at udbudsmaterialet indeholdt krav om, at tilbudsgiverne skulle afgive tilbud på en standardvare, også betegnet som en MOTS/COTS-løsning.

FMI har nærmere anført, at Forsvarets grundlæggende anskaffelsesprincip er, at der skal leveres hyldevarer eller MOTS/COTS-løsninger. Forsvaret kendetegnes imidlertid ved en høj grad af specialisering, hvilket indebærer, at der næsten altid skal tages højde for særhensyn. Inden for de enkelte dele af artillerisystemet kan det således give mening at anføre, at den tilbudte løsning skal indeholde MOTS/COTS-produkter, men når systemet betragtes som et hele, der er tilpasset FMI's krav, vil dette aldrig kunne betragtes som en MOTS/COTS-løsning.

Annex K, som Elbit har henvist til i denne forbindelse, udgør et mindstkrav og indgik derfor ikke i evalueringsgrundlaget. Formålet med Annex K var alene at få beskrevet de sikkerhedsaktiviteter, som leverandøren forventede at gøre brug af under kontrakten. Derudover beskriver Annex K, at disse sikkerhedsaktiviteter skulle være baseret på data fra tilgængelige kilder, herunder f.eks. praktisk erfaring med anvendelsen af det aktuelle system og/eller praktisk erfaring med brug af et andet system af samme art. Annex K indeholder på ingen måde krav om, at det tilbudte og leverede udstyr skulle være fuldt udviklet, introduceret og afprøvet i kampsituationer.

Annex O, som Elbit ligeledes har henvist til, udgør også et mindstekrav og indgik derfor heller ikke i evalueringsgrundlaget. Ifølge Annex O skulle tilbudsgiveren beskrive sin Test Management Plan, som skulle afleveres som en del af tilbuddet. FMI opfordrede blandt andet tilbudsgiveren til i sin Test Management Plan at oplyse, hvilke test der har været udført på systemet tidligere i forbindelse med leveringer til andre NATO-lande. Årsagen hertil er, at de påkrævede tests er ganske omkostningsfulde og tidkrævende. I tilfælde af, at systemerne allerede var blevet testet, var der derfor ikke behov for, at disse tests skulle udføres igen. Annex O indeholder ikke krav om, at det tilbudte og leverede udstyr skal være fuldt udviklet, introduceret og afprøvet.

Der var således ikke indarbejdet et krav om MOTS/COTS-løsning i udbudsmaterialets Appendix K og O.

I udbudsmaterialets Annex A var det endvidere tilkendegivet, at anskaffelsesprincippet ikke udgjorde et krav, som tilbudsgiverne skulle opfylde, ligesom dette ikke indgik i evalueringen af tilbuddene. Klagenævnets nævnte kendelse af 9. november 2017, er allerede af denne grund ikke relevant.

Det ville dermed være i strid med evalueringsmodellen, hvis FMI havde inddraget forholdet om MOTS/COTS under tilbudsbedømmelsen.

*Ad påstand 1, litra c – dokumentation og verifikationstest – krav 3.18, 3.29 og 5.02*

FMI har anført, at kategoriseringen ”D”, jf. kravspecifikationen, indebar, at tilbudsgiverne skulle beskrive opfyldelsen af kravet *eller* vedlægge dokumentation herfor. Hvis tilbudsgiveren valgte relevant dokumentation, skulle dette være i form af et dokument og/eller multimedie, og denne dokumentation skulle vedlægges tilbuddet. Der var ikke krav om, at tilbudsgiverne skulle vedlægge både beskrivelse og dokumentation, alternativt kun relevant dokumentation.

For flere af de krav, der var kategoriseret med ”D”, havde FMI desuden i kolonnen ”Tender Description - Remarks and references to how the tenderer meets the requirement and how the compliance is documented” i kravspecifikationen indsat en præcisering af, hvilken dokumentation tilbudsgiverne skulle indlevere for givne krav.

Krav 3.18, 3.29 samt 5.02 var alle markeret med ”D”, og de to tilbudsgivere skulle derfor i relation til disse krav vedlægge dokumentation i form af en beskrivelse eller i form af et dokument.

Kategoriseringen ”VT” indebar, at kravet ville være genstand for en verifikationstest. Der var ikke tale om en ”evalueringstest”, men derimod en verifikationstest, som overordnet set skulle anvendes til at verificere tilbudsgivernes skriftlige kravbesvarelse.

Som det fremgår af udbudsbetingelsernes punkt 11.3, ville en ”overperformance” i testen – set i forhold til tilbudsgiverens besvarelse i sit tilbud – føre til, at svaret var ”verificeret”, og FMI ville derfor foretage evalueringen på baggrund af tilbudsgiverens svar (skrivebordsevalueringen). Samtidig ville

en ”underperformance” i testen – set i forhold til tilbudsgiverens besvarelse i sit tilbud – føre til, at FMI ville anvende testresultatet i evalueringen.

Verifikationstesten blev i overensstemmelse med sædvanlig kutyme inden for Forsvaret gennemført af brugergrupper, som alle har erfaring med at operere de udbudte typer systemer. Repræsentanterne fra brugergrupperne havde til opgave at teste de tilbudte artillerisystemer inden for specifikt udpegede emner. Undervejs tog repræsentanterne dog også noter i relation til forhold, der blev observeret under testen, og som eventuelt kunne have betydning i det fremtidige samarbejde, hvis den pågældende leverandør fik tildelt kontrakten. Notaterne skal ses i dette lys, nemlig at det er brugernes observationer, der ikke nødvendigvis (kun) var konkret møntet på specifikke krav og verificeringen heraf.

Verifikationstesten varede tre dage for hver tilbudsgiver, og der blev for hver udført test udarbejdet en opsamling på resultatet af testen i form af Requirement Verification Report. Det er disse dokumenter, som i udbudsbetingelserne er benævnt ”test logs”. Konklusionerne fra verifikationstesten blev efterfølgende dokumenteret og samlet i en såkaldt Trippræport, som blev udarbejdet af FMI.

Den egentlige evaluering/verificering på kravniveau er dokumenteret i Trippræporten, hvoraf fremgår, at begge tilbudte systemer opfyldte alle mindstekrav. Hvorvidt systemerne på andre punkter – ikke relateret til specifikke krav – klarede sig forskelligt var ikke relevant at behandle i Trippræporten. At der er forhold, der er angivet forskelligt i notaterne og Trippræporten, er en naturlig følge af notaternes, henholdsvis Trippræportens forskelligartede formål.

Efter gennemførelsen af verifikationstesten foretog FMI en endelig evaluering af de indkomne tilbud, hvori resultaterne fra testen, som beskrevet i Trippræporten, blev inddraget, jf. udbudsbetingelsernes punkt 11.4.

Der var således fuld overensstemmelse mellem testloggen, Trippræporten og grundlaget for evalueringen af tilbuddene. Verifikationstesten og den efterfølgende evaluering er dermed udført præcist efter udbudsbetingelsernes forskrifter.

Nexter *har* fremlagt dokumentation som foreskrevet i udbudsbetingelserne, og FMI *har* foretaget den nødvendige verifikation og kontrol af det tilbudte produkt.

Vedrørende Elbits nærmere indsigelser har FMI anført:

Krav 3.29 er kategoriseret som et mindstekrav i kravspecifikationen, og kravet er i dokumentations-kolonnen markeret med "D" og "VT". Heraf følger, at Nexter skulle beskrive *eller* vedlægge dokumentation for kravets opfyldelse, og at kravet ville være genstand for verifikationstesten. Nexter har i sit tilbud beskrevet opfyldelsen af kravet, og FMI vurderede på baggrund af beskrivelsen, at Nexter havde dokumenteret opfyldelsen af kravet, og at der således var vedlagt behørig dokumentation (i form af den vedlagte beskrivelse).

Krav 3.29 vedrører artillerisystemets elektriske installationer, og der stilles blandt andet krav om, at disse skal være sikret mod elektronisk forstyrrelse (EMC) mellem de respektive elektroniske systemer i artillerisystemet i henhold til nærmere specificerede militære standarder. Idet det testede artillerisystem ikke var integreret med det øvrige materiel, var det ikke på tidspunktet for afholdelsen af verifikationstesten muligt at teste, at kravet var opfyldt. Verifikationstesten bestod for dette kravs vedkommende derfor i, at tilbudsgiverne skulle dokumentere, at virksomhederne havde erfaring og viden om EMC og systemintegration. Denne del af verificeringen af Nexters produkt blev foretaget af en ekspert udpeget af FMI, som fik tilladelse til at se dokumentation, som er fortrolig. Nexter dokumenterede ved testen erfaring med og viden om EMC og systemintegration, hvorfor FMI fandt, at kravet var opfyldt, hvilket blev registreret i testloggen (Requirement Verification Report). At krav 3.29 ikke kunne testes ved en fysisk test gjorde sig også gældende for Elbits tilbud.

Krav 3.18 er et evalueringskrav, der er markeret med "O" i kravspecifikationen. Manglende opfyldelse af kravet ville derfor ikke betyde, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt. Kravet var i kravspecifikationen markeret med "D" og "VT". FMI vurderede på baggrund af beskrivelsen i Nexters tilbud, at kravet var opfyldt, og testen verificerede dette, jf. det anførte i Triprapporten. Det forhold, at det fremgår af testdeltagernes notat, at computersystemet (FCS) efter gennemførelsen af testen ikke kunne starte, har ikke relation til krav 3.18. Kravet gik på, at platformen skulle kunne trække sig selv op af vandet,

uden at motoren gik i stå. Det forhold, at en FCS-boks var uhensigtsmæssigt placeret, er blot en konstatering og tjener som et input til det efterfølgende design og justering.

Selv hvis det antages, at FMI ikke kunne verificere Nexters beskrivelse af opfyldelsen af krav 3.18 – altså at artillerisystemet og våbenplatformen var i stand til at køre op fra den tilbudte (og beskrevne) vanddybde – ville det alene betyde, at det var den testede vanddybde, der skulle lægges til grund i evalueringen, og ikke den beskrevne i tilbuddet, jf. udbudsbetingelserne punkt 11. Hertil kommer, at FMI's evaluering af dette krav ikke isoleret set har været afgørende for tildelingsbeslutningen.

Krav 5.02 er et mindstekrav, som ikke var genstand for verifikationstesten, idet kravet alene var markeret med "D".

Krav 5.02 går på, at artillerisystemet skal:

- ”
- warn the personnel if there is a risk of auto ignition in the barrel and/or chamber, and
  - be designed so that the CREW can perform an emergency stop of operation of the PWS, and
  - be designed so that the CREW carrying PERSONAL EQUIPMENT is able to evacuate the artillery system in the situation where the main entrance is blocked, and
  - safeguard against unintended firing in case of PWS malfunction.”

Kravet er således, at artillerisystemet skal opfylde hver af disse fire punkter, herunder at systemet skal være udstyret med en nødluge eller lignende, der er designet således, at personellet – iført personlig udrustning – kan komme igennem lugen. Det er kun efter Elbits fortolkning, at kravet indebærer, at én person skal kunne åbne lugen. Det bestrides følgelig, at der er en sammenhæng mellem det, som er observeret af testdeltagerne om, at åbning af lugen ikke kunne foretages af én person, som står i notatet fra verifikationstesten, og indholdet af det fastsatte mindstekrav.

Som dokumentation for opfyldelse af kravet havde Nexter vedlagt en beskrivelse, som indgik i virksomhedens endelige tilbud. FMI vurderede på baggrund af denne beskrivelse, at kravet var opfyldt.

FMI har endvidere anført, at Elbit vedrørende en række krav, herunder krav 1.13, alene vedlagde en beskrivelse og ikke dokumentation. Det må derfor være udtryk for en efterrationalisering hos Elbit, at virksomheden nu er af den opfattelse, at en beskrivelse ikke var tilstrækkelig dokumentation.

*Ad påstand 1, litra d – beregning af ”Life Cycle Costs”(LCC)*

Reservedele:

Reservedele indgik som en del af evalueringen af underkriteriet ”Price”. Prisen blev udregnet på baggrund af et estimat over de forventede Life Cycle Costs (LCC), der vil være forbundet med at operere de tilbudte artillerisystemer, herunder omkostninger ved anskaffelsen, eventuel brug af optioner samt drift og vedligeholdelse af systemerne i en 10-årig periode, jf. Appendix TC-1 til udbudsbetingelserne. Heraf fremgik blandt andet, at der i priserne indgik driftsomkostninger (”Total Operating & Support Costs”), som var opdelt i undergrupperne ”Core services”, ”Non-core services” og drift (”repairs, consumables og planned maintenance”). Reservedelene indgik som en del af evalueringen af reparationer (”Repairs”) og planlagt vedligeholdelse (”Planned Maintenance”).

For så vidt angår ”Repairs” skulle tilbudsgiverne i reservedelskataloget for hver reservedel opgive data for Mean Time Between Failure (MTBF) og Mean Time To Repair (MTTR), hvis reservedelene opfyldte de betingelser, som fremgik af pkt. 3.3.2 i Appendix SC-G, List of Spare Parts and Other Items.

Hvis tilbudsgiver – på baggrund af de her anførte to kriterier – havde udfyldt data for MTBF og MTTR for den enkelte reservedel i reservedelskataloget, ville reservedelen, hvis betingelserne var opfyldt, indgå i beregningen af ”Repairs”. Det vil sige, at det alene var reservedele med en vis værdi (over 100 EURO) og et vist forbrug (fejlhyppighed på over én gang hvert tredje år), som FMI var interesseret i at evaluere på. For hver af disse reservedele – der medregnes i ”Repairs”-prisen – blev dels omkostningen til indkøb af nye reservedele, når de fejler, dels omkostningen til udskiftning af den fejlede del med en ny beregnet. Den første del blev beregnet ud fra prisen for reservedelen og MTBF (mål for fejlhyppigheden), den anden ud fra MTTR og MTBF. For så vidt angår ”Planned Maintenance” blev der ud fra tilbudsgivernes til-



budte Maintenance Plan for artillerisystemet beregnet omkostningen til arbejdstid (baseret på oplysningen om krævede mandetimer i Maintenance Planen) samt omkostningen til de reservedele, der skal skiftes i forbindelse med eftersynet. Tilbudsgiverne havde altså i reservedelskataloget angivet, hvilke reservedele der skulle indgå i eftersynet. Både omkostningen til arbejdstid og til reservedele blev beregnet ud fra, hvor ofte der skulle foretages eftersyn, jf. tilbudsgivernes Maintenance Plan. Både Repairs og Planned Maintenance indgik i beregningen af ”Total Operating & Support Costs”, og ”Total Operating & Support Costs” indgik derefter – sammen med de øvrige poster – i beregningen af den samlede LCC, jf. Appendix TC-1.

Selve håndteringen af beregningen af LCC, herunder reservedele, var genstand for drøftelser med tilbudsgiverne gennem hele udbudsfasen og særligt i forbindelse med forhandlingerne, hvor der var afsat en hel dag kun til drøftelse af LCC og evalueringen heraf, jf. det fremlagte referat af 20. september 2016 af forhandlingerne med Elbit den 2. september 2016. Heraf fremgår i bulletform de punkter, der blev drøftet på mødet. Som det fremgår under pkt. 2.4, bullet 8, foretog FMI en demonstration af, hvordan reservedelsomkostningerne og ”man hour”-omkostninger blev beregnet. Der er derfor intet grundlag for Elbits (nuværende) opfattelse, hvorefter reservedele ikke indgik i evalueringen, idet dette har været indgående drøftet og redegjort for i løbet af udbudsprocessen.

FMI har ikke frit kunnet vælge, hvilke reservedele der skulle indgå i evalueringen, samt til hvilke priser. FMI har ladet reservedele indgå i evalueringen som forudsat og til de af tilbudsgiverne opgivne priser, helt i overensstemmelse med det angivne i udbudsmaterialet.

#### Unormalt lavt tilbud fra Nexter:

FMI har gjort gældende, at den efterfølgende risikojustering vedrørende LCC ikke var afgørende for tildelingsbeslutningen, idet Nexter, selv hvis justeringen ikke var foretaget, ville have afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

FMI har endvidere anført, at priserne for ”Total operating & Support Costs” (driftsomkostningerne) ikke udgjorde en tredjedel af den samlede LCC-beregning, idet omkostningerne for begge tilbud reelt udgjorde en markant mindre del heraf. For Nexter udgjorde driftsomkostningerne ██████%. Det er således ikke korrekt, når Elbit anfører, at FMI har justeret Nexters tilbud med

426 %, idet justeringen højst kan have påvirket ■■■ % af den samlede LCC beregning, svarende til 65 mio. kr. ud af en samlet LCC-pris på ■■■ mio. kr., jf. evalueringsrapporten. FMI har herom endelig bestridt, at styrelsen frit har anslået risikojusteringen af denne del af LCC-beregningen.

FMI har yderligere bestridt, at styrelsen var forpligtet til følge proceduren om unormalt lave tilbud som beskrevet i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 49. Bestemmelsen medfører ikke en generel undersøgelsespligt for ordregiveren, idet pligten alene aktiveres, såfremt et tilbud forekommer unormalt lavt. Dette var ikke tilfældet. Nexters driftsomkostninger blev vurderet til at være meget lave ud fra et noget sparsomt datagrundlag. Det sparsomme datagrundlag bevirkede – sammen med de ”filtre”, der var indsat i Excel-arket i LCC-modellen – at driftsomkostningsestimaterne blev urealistisk lave. Selv hvis FMI havde konstateret, at priserne for den pågældende andel af LCC-beregningen isoleret set fremstod som unormalt lave, er det, henset til at priserne indgik med en lille andel af den samlede LCC-beregning, FMI’s vurdering, at der ikke ville være en forpligtelse til at følge proceduren i artikel 49. Som senest fastslået af klagenævnet i delkendelse af 3. oktober 2018, Efkon GmbH mod Fjordforbindelsen Frederikssund, er det hverken i direktivet eller udbudsloven nærmere defineret, hvornår et tilbud er ”unormalt lavt”, hvorfor dette vil bero på et konkret skøn fra ordregiverens side.

*Ad påstand 1, litra e – operational capability*

FMI har bestridt Elbits anbringender vedrørende operational capabilities som udokumenterede.

Elbit har således ikke anført, hvilke krav FMI ikke har evalueret i overensstemmelse med udbudsmaterialet, og hvilken betydning dette har haft for evalueringsresultatet.

*Ad påstand 1, litra f – træningsprogram*

FMI har bestridt, at Nexter ikke har overholdt kravet i udbudsmaterialet vedrørende træningsprogrammet.

Nexter har i sit tilbud anført, at udførelsen af træningsprogrammet vil ske i perioden mellem 21 og 23 måneder efter kontraktindgåelse.

Virksomheden havde tilbudt to træningskurser; "Usage training" og "Echelon 2 and 3 maintenance training". Gennemføres kurserne samtidig, vil de have en samlet varighed på 30 dage, og hvis disse opstartes i TO+21,5, vil de kunne afsluttes cirka TO+22. Gennemføres de i forlængelse af hinanden, vil de have en samlet varighed på 40 dage, og hvis disse opstartes i TO+21, vil de kunne afsluttes cirka TO+22,5.

Uanset om kurserne gennemføres samtidig eller i forlængelse af hinanden, vil begge kurser altså kunne være afholdt én måned inden SAT (TO+23,5), jf. udbudsmaterialets Annex G. Dette fremgår endvidere direkte af Nexters tilbud.

FMI vurderede derfor, at Nexters tidsplan levede op til kravene i udbudsmaterialet.

#### *Ad påstand 1, litra g – kontraktændringer*

FMI har om de kontraktændringer, som Elbit har påberåbt sig, gjort følgende gældende:

Der findes ikke i forsvars- og sikkerhedsdirektivet en specifik regulering af ændringer efter kontrakttildeling. Spørgsmålet om adgang til ændringer er baseret på generelle EU-retlige principper, og det fremgår af EU-Domstolens dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Presstext, at ændringer i en kontrakt skal betragtes som indgåelse af en ny kontrakt, såfremt ændringerne er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige kontrakt og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle kontraktens grundlæggende elementer. Der skal således anvendes et væsentlighedskriterium, når det vurderes, om en ændring er at betragte som en ny kontrakt.

Amendment no. 2 om ændring i gearkasse-typen fra semiautomatisk til fuldautomatisk udgør ikke en væsentlig kontraktændring, som ikke kunne foretages uden fornyet udbud.

Ændringen af gearkassetype havde den praktiske konsekvens, at der skulle ske opdatering i anskaffelseskontrakten samt i en række bilag til kontrakten. Dette var blandt andet tilfældet for evalueringskravene 3.10, der vedrører den såkaldte aktionsradius, og 3.12.b, der vedrører vægtpotentiale. Som følge af den nye gearkasse var både aktionsradius og vægtpotentiale reduceret en

smule set i forhold til det tilbudte i udbudsprocessen, hvorfor de specifikke værdier blev opdateret som en del af indgåelsen af tillægget. Dette skete med henblik på at sikre, at det kontraktuelle grundlag afspejlede "realiteten", idet det ikke vil give mening, at Nexter kontraktuelt er forpligtet til mere end, hvad artillerisystemet med den ændrede gearkasse kan yde.

FMI havde ikke i udbudsmaterialet angivet specifikke krav til artillerisystemets gearkasse. Der fremgik således ikke mindstekrav til disse i forhold til gearkassens "type", være sig halv- eller fuldautomatisk.

Det overordnede resultat af evalueringen ville være det samme, også hvis Nexter havde tilbudt en fuldautomatisk gearkasse i det endelige tilbud. Af Amendment no. 2 fremgår således den (lille) beløbsmæssige betydning, som ændringen havde for kontraktsummen. Dertil kommer, at (den teoretiske) evaluering af krav 3.10 og 3.12.b ud fra en konkret væsentlighedsbetragtning isoleret set ikke havde været afgørende for tildelingsbeslutningen. De to evalueringskrav var alene to krav ud af i alt 64 evalueringskrav, hvorfor det – selv hvis Nexter alene havde opnået minimum point for disse krav – ikke kunne opveje forskellen på pointene i de to tilbud, idet Elbit fik en total score på 3,99, mens Nexter opnåede en total score på 4,67.

Ændringen af gearkassetype udvider endvidere ikke aftalens omfang, da der stedse har skullet leveres en gearkasse, og det potentielle marked for levering af artillerisystem er ikke påvirket af, om der skulle leveres halv- eller fuldautomatisk gearkasse – da der netop ikke var stillet krav herom i udbudsmaterialet.

Ændringen af gearkassetype kan derfor ikke anses for at udgøre ændring af et grundlæggende element, da ingen af de kriterier, som fremgår af Presse-text-dommen er opfyldt.

Amendment no. 3 udgør heller ikke en væsentlig kontraktændring, og der er ikke grundlag for, at ydelserne omfattet af kontrakttillægget burde have været omfattet af kontrakten.

Det bestrides, at afslaget på fuld aktindsigt i bilagene giver en formodning for, at der er tale om væsentlige ændringer. Aktindsigtsanmodningen er blevet behandlet i overensstemmelse med reglerne herfor i offentlighedsloven, og FMI er i den forbindelse kommet med en afgørelse om, hvilke oplysninger

der skal undtages fra aktindsigt. Elbit har ikke påklaget denne afgørelse. Kontrakttillægget og underbilagene er desuden fremlagt for klagenævnet uden ekstraheringer.

Der er tale om en ændring *i medfør af* kontrakten. Det var således i kontrakten og appendix SC-A, forudsat, at leverandøren skulle bistå med installation af ny GFE-materiel.

Ved kontraktindgåelsen i maj 2017 var det for en række GFE-materiel endnu ikke afklaret, hvilken type/fabrikat/version der skulle monteres, idet de udbud, hvor det specifikke GFE-materiel skulle indkøbes, endnu ikke var afsluttet. FMI modtog først i marts 2018 en endelig opgørelse fra Hæren over det nye GFE-materiel, der skulle installeres i artillerisystemerne, og som altså ikke var oplyst i udbudsmaterialets Annex A.2.1. Efterfølgende indgik parterne i november 2018 aftale om Nexters håndtering og installation af det nye GFE, jf. Amendment no. 3.

Introduktionen af nyt GFE-materiel betød, at det ikke var muligt for Nexter at levere til den aftalte tidsfrist, hvorfor det var nødvendigt at foretage en én til én forskydning af leveringsfristerne i Annex V.1 med den tid, det ville tage at installere det nye GFE-materiel. Opdateringen af Annex V.1 som følge af Amendment no. 3 var derfor foranlediget af FMI og var baseret på styrelsens forhold, ikke Nexters.

I tillægget blev det med henvisning til krav 3.29 aftalt, at EMC testen først ville blive gennemført, når systemet er færdigdesignet, og alt GFE med videre er installeret på platformen.

Krav 3.29 vedrører artillerisystemets elektriske installationer. Der stilles blandt andet krav om, at disse skal være sikret mod elektronisk forstyrrelse (EMC) mellem de respektive elektroniske systemer i artillerisystemet i henhold til nærmere specificerede militære standarder. En EMC-test kan derfor først udføres, når artillerisystemet er integreret med det øvrige materiel, dvs. GFE. Testen kunne derfor hverken gennemføres ved verifikationstesten i udbudsprocessen eller på tidspunktet for indgåelsen af kontrakttillægget.

De ydelser, der er omfattet af lejekontrakten, var *ikke* en del af mindstekrav 1.01.

Det følger af krav 1.01, at de nye artillerisystemer skal være kompatible med Forsvarets ammunitionslager, jf. krav 1.01 i kravspecifikationen. Det vil sige, at systemet skal kunne skyde med Forsvarets ammunition. Dette krav opfyldte Nexter i det endelige tilbud.

Der var imidlertid ikke fastsat krav om, hvor præcist det skulle være muligt at ramme objekter med artillerisystemerne, idet dette kræver detaljerede og præcise data, som kun kan opnås ved at foretage kvalificering af ammunitionen og ved at generere skydetabeller. Skydetabellerne skal altså sikre, at det er muligt at ramme så præcist som muligt, og er ikke relateret til, *om* ammunitionen kan anvendes, men derimod *hvor præcist* den kan ramme.

FMI havde derfor behov for at gennemføre kvalificeringen af ammunitionen og derved generere de nødvendige skydetabeller.

For at sikre, at kvalificeringen blev foretaget af de medarbejdere, der havde specialisterfaring med at teste ammunition og udarbejde korrekte skydetabeller, skulle dette finde sted allerede i 2018, inden de indkøbte CAESAR 8x8 var leveret.

Kvalificeringen af ammunitionen skulle ske på et primært våbensystem, der var nøjagtig svarende til det indkøbte for at sikre korrekt kvalificering. Denne fuldstændige identitet er et ubetinget krav og en nødvendighed for, at våbensystemet kan anvendes til kvalificering af ammunitionen. Fejlbehæftede skydetabeller vil indebære væsentlige sikkerhedsmæssige risici i operationelle situationer, da det derved risikeres, at ammunition rammer for langt fra det tilsigtede mål med risiko for tab af egne styrker, civile eller beskadigelse af civil infrastruktur.

FMI var derfor nødsaget til at leje et artillerisystem af Nexter. Denne kvalificering af ammunitionen havde også været nødvendig, hvis det var Elbit, som havde vundet udbuddet. Det var derfor en udgift, som FMI selv var ansvarlig for.

Elbit har anført, at det i Elbits tilbud var indkalkuleret, at der skulle foretages tests af ammunitionstyper og udfærdigelse af skydetabeller. Dette er imidlertid ikke dokumenteret, og der er ikke noget i tilbuddet, der indikerer, at dette skulle være tilfældet. Det må anses for usandsynligt, at Elbit har indlagt en sådan omkostning, når det hverken fremgår af ordlyden af kravet, eller at

FMI i øvrigt har kommunikeret under udbudsprocessen, at der blev stillet et sådant krav.

### Elbits anbringender ad påstand 2 og 3

Elbit har gjort følgende gældende:

#### *Ad uden virkning og ophør af kontrakt*

Det følger af det anførte ad påstand 1, at FMI groft har tilsidesat ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4. Denne tilsidesættelse har haft væsentlig og direkte betydning for tildelingsbeslutningen om at tildele kontrakten til Nexter. De overtrædelser, som påstand 1 vedrører, medfører, at den indgåede kontrakt med Nexter skal erklæres for uden virkning.

Den som følge af de ovenfor påberåbte kontraktændringer ændrede aftale indebærer så væsentlige ændringer i kontrakten mellem FMI og Nexter og de ydelser, der skulle leveres i henhold til kontrakten, og som var behandlet i udbudsbekendtgørelse og -betingelser for det oprindelige udbud, at FMI skulle have iværksat et nyt udbud af kontrakten på baggrund af det konstaterede behov for så væsentlige ændringer. FMI's beslutning om at indgå aftale med Nexter om den ændrede kontrakt uden forudgående udbud heraf udgør en krænkelse af det udbudsretlige gennemsigtighedsprincip og ligebehandlingsprincip, jf. EU-Domstolens domme i den nævnte sag C-454/06, Presse-text, sag C-91/08, Wall AG mod La ville de Francfort-sur-le-Main and Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, og C-549/14, Finn Frogne mod Rigspolitiet.

Den manglende forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse af den samlede kontrakt bevirker, at FMI reelt har foretaget en direkte tildeling af kontrakten. Klagenævnet er på baggrund heraf forpligtet til at erklære kontrakten med Nexter for uden virkning. Henset til den konkrete sammenhæng mellem de enkelte dele af kontrakten må kontrakten anses for at udgøre et udeleligt hele. Hele kontrakten skal derfor erklæres for uden virkning for fremtiden. Da sanktionen uden virkning som hovedregel alene finder anvendelse for fremtidige leverancer, skal der samtidig pålægges FMI en økonomisk sanktion beregnet ud fra den del af kontrakten, der allerede er opfyldt.

*Ad annulation*

Alternativt skal tildelingsbeslutningen annulleres, og klagenævnet skal pålægge FMI at bringe den indgåede kontrakt med Nexter til ophør, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 13, stk. 1, nr. 3, og princippet i udbudslovens § 185, stk. 2.

Det følger af almindelige principper om lovlig og forsvarlig forvaltning, at en ordregiver er forpligtet til at annullere eller bringe en kontrakt til ophør, såfremt det konstateres, at kontrakten er indgået på baggrund af et udbud, som ikke kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Dette må anses at gælde, uanset om der efter den gældende udbudsretlige regulering ikke i almindelighed er et eksplicit grundlag for at tilpligte en ordregiver at bringe en kontrakt, der er indgået på grundlag af den ulovlige tildelingsbeslutning, til ophør, idet dette må følge af de forvaltningsretlige grundprincipper om myndighedernes pligt til udøvelse af lovlig forvaltning.

Som følge heraf må en ordregivende myndighed som FMI være forpligtet til så vidt muligt at bringe kontrakten til ophør, når tildelingsbeslutningen er blevet annulleret af klagenævnet eller en domstol, og kontrakten dermed må anses for at være indgået uden gyldig/lovlig hjemmel.

Det følger endvidere af bekendtgørelse om forsvars- og sikkerhedsdirektivets implementering § 11, stk. 2 og 3, at bestemmelserne i lov om håndhævelse af udbudsreglerne skal finde tilsvarende anvendelse på udbud omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet. Denne lov er ændret til klagenævnsloven, som herefter indeholder bestemmelserne til implementering af kontroldirektiverne i dansk ret. Af forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 55, stk. 2, og kontroldirektivernes artikel 1 følger en forpligtelse for medlemsstaterne til at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. Det heri liggende EU-retlige effektivitetsprincip medfører, at der tillige for udbud efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet skal sikres en effektiv håndhævelse og sikring af direktivets retningslinjer for gennemførelse af udbud.

Bestemmelsen i udbudsloven § 185, stk. 2, er udtryk for sikring af den effektive håndhævelse af udbudsreglerne på samme vis som efter bestemmelserne i klagenævnsloven. På den baggrund må princippet heri tillige anses for omfattet af det foreskrevne princip om sikring af en effektiv håndhævelse i forsvars- og sikkerhedsdirektivets implementeringsbekendtgørelse § 11, stk. 2.



### FMI's anbringender ad påstand 2 og 3

FMI har med henvisning til det, der er anført ad påstand 1, samlet gjort gældende, at påstand 2 og 3 ikke skal tages til følge.

#### *Ad uden virkning og ophør af kontrakt*

Hverken Amendment no. 2, Amendment no. 3 eller lejeaftalen udgør en væsentlig ændring i kontrakten mellem FMI og Nexter, hvorfor klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, ikke finder anvendelse. Der er således heller ikke grundlag for, at der fastsættes en alternativ eller økonomisk sanktion, jf. klagenævnslovens §§ 18 og 19.

Selv hvis klagenævnet skulle finde, at Amendment no. 2, Amendment no. 3 og / eller lejeaftalen udgør en væsentlig ændring af kontrakten, har Elbit ikke sandsynliggjort, at der skulle være en sådan "konkret sammenhæng" mellem ændringerne og kontrakten, der kan begrunde, at hele kontrakten skal erklæres for uden virkning.

FMI har videre gjort gældende, at bestemmelsen i udbudslovens § 185, stk. 2, alene finder anvendelse på udbud omfattet af udbudslovens afsnit II, og da denne sag omhandler et udbud omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet, finder bestemmelsen i udbudsloven § 185, stk. 2, ikke anvendelse direkte og ej heller principperne heri.

Selv hvis det kunne antages, at principperne i udbudslovens § 185, stk. 2, finder anvendelse på anskaffelser omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet, har klagenævnet alene i de tilfælde, der er omfattet af klagenævnslovens § 13, stk. 2, direkte hjemmel til at påbyde en ordregiver at bringe en kontrakt til ophør.

Det savner således mening, at Elbit støtter den nedlagte påstand 2 på et synspunkt om, at klagenævnet skulle være forpligtet til at overholde principperne i udbudslovens § 185, stk. 2. Synspunktet herom må – i tråd med klagenævnets tidligere praksis herom – således afvises, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. oktober 2017, Oluf Brønnum & Co. A/S mod Københavns Kommune.

FMI har endelig anført, at påbud om lovliggørelse forudsætter, at forholdet faktisk kan (og skal) lovliggøres. Idet kontrakten mellem FMI og Nexter er indgået, og udbudsproceduren dermed er afsluttet, er der ikke længere noget at lovliggøre. Også denne del af påstanden skal derfor afvises.

#### *Ad annulation*

Elbit har hverken påvist eller sandsynliggjort udbudsretlige overtrædelser af en sådan karakter, at de ud fra en konkret væsentlighedsvurdering kan bære en annulation af tildelingsbeslutningen.

Det følger således af det anførte under påstand 1, at der ikke er sådanne væsentlige mangler ved FMI's tildelingsbeslutning, at den skal annulleres.

#### **Klagenævnet udtaler:**

##### Ad påstand 1

##### *Ad påstand 1, litra a – ikke oplyst om mulighed for opbygning på TATRA-våbenplatform*

Der var hverken i udbudsbetingelserne for 2013-udbuddet eller det aktuelle udbud i 2015 stillet krav om en bestemt våbenplatform. Under 2013-udbuddet angav FMI udtrykkeligt i sine svar af 4. og 15. november 2013 på Elbits spørgsmål af 14. oktober og 11. november 2013, som alle prækvalificerede modtog, at FMI ikke stillede krav herom.

Elbit har imidlertid gjort gældende, at FMI ved e-mail af 17. januar 2014 og det, som fremgår af referat fra et forhandlingsmøde afholdt den 18. marts 2014 mellem Elbit og FMI, har stillet krav om anvendelse af våbenplatformen af mærke RMMV (MAN), som Elbit tilbød i sit første indikative tilbud (FIO) af 29. november 2013, og nægtet brug af våbenplatformen TATRA 8x8 High Mobility Heavy Duty (TATRA), som Elbit i samme indikative tilbud havde tilbudt som en option.

Klagenævnet finder, at det, som FMI tilkendegav i e-mailen af 17. januar 2014 og forhandlingsmødet den 18. marts 2014, ikke kan forstås som andet og mere end en indskærpelse af, at Elbit ikke efter udbudsbetingelserne kunne tilbyde optioner. Det bemærkes herved, at FMI ikke berettiget ville

have kunnet stille strengere krav til en enkelt prækvalificeret, Elbit, end det, som i øvrigt fremgik af udbudsbetingelserne, som præciseret ved svarene af 4. og 15. november 2013.

Allerede af den grund har FMI ikke haft pligt til at meddele Elbit, at det under 2015-udbuddet, der i øvrigt må anses for et nyt udbud, var tilladt at tilbyde våbenplatformen TATRA.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

*Ad påstand 1, litra b – MOTS/COTS*

I udbudsbetingelsernes Annex A var fastsat, at

“DALO expects a MOTS/COTS SOLUTION that fulfils the Danish Defence acquisition principles.

...

Please note that these principles contain neither explicit nor implicit requirements that the tenderers must satisfy.

...”

Klagenævnet finder herefter – og henset til kontraktgenstandens karakter – at FMI ikke havde fastsat som et krav, at det tilbudte produkt skulle være en MOTS/COTS-løsning, eller at dette indgik som en bærende forudsætning, der selvstændigt skulle tillægges vægt. FMI var derfor ikke forpligtet til at inddrage dette under tilbudsevalueringen.

Påstanden tages derfor ikke til følge.

*Ad påstand 1, litra c – dokumentation og verifikationstest – krav 3.18, 3.29 og 5.02*

I kravspezifikationen står der, at tilbudsgiverne ved krav markeret med ”D” skulle vedlægge ”a description and/or relevant documentation.”. Det var yderligere beskrevet, at ”[d]ocumentation shall be a document and/or multi-media, providing proof that a particular object [fulfils] a specific requirement. Documentation shall be included in the tenderer’s response”.

Elbit har anført, at tilbudsgiverne ud for ”D”-krav skulle vedlægge beskrivelse og relevant dokumentation eller relevant dokumentation.

Efter klagenævnets opfattelse er der ikke grundlag for Elbits fortolkning af dokumentationskravet. Det fremgår således klart af Annex A, kravspecifikationens afsnit 2.3, at tilbudsgiverne ved "D"-krav skal vedlægge en beskrivelse og/eller dokumentation – altså enten/eller. Medmindre det specifikt fremgik af det enkelte krav eller under kolonnen "Tenderer Description Remarks and references to how the tenderer meets the requirement and how the compliance is documented", at tilbudsgiverne skulle vedlægge et bestemt dokument, eksempelvis et certifikat, var det således tilstrækkeligt at vedlægge en beskrivelse af tilbuddets opfyldelse af kravet. Det var derfor ikke i strid med udbudsmaterialet eller ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, at FMI ikke afviste tilbuddet fra Nexter, der vedrørende krav 3.18, 3.29 og 5.02 indeholdt en beskrivelse af kravets opfyldelse, idet det for disse kravs vedkommende ikke var angivet, at der skulle vedlægges et bestemt dokument.

Evalueringskrav 3.18 og mindstekrav 3.29 var begge markeret med VT for verifikationstest i kravspecifikationen. Heraf fulgte, at kravenes opfyldelse skulle verificeres under en verifikationstest, hvilket skete. Krav 5.02 skulle derimod ikke underkastes en sådan test.

Krav 3.29 angående artillerisystemets elektriske installationer er et mindstekrav. Efter de foreliggende oplysninger er der ikke grundlag for at antage, at Nexters beskrivelse af, hvorledes Nexter ville opfylde kravet, eller den fortløbende verifikationstest, der var foretaget af en særlig ekspert, og som for begge tilbudsgivere bestod i en gennemgang af dokumentation for at virksomheden havde erfaring og viden om EMC og systemintegration, viste, at kravet ikke ville blive opfyldt af Nexter.

Krav 3.18, hvorefter artillerisystemet og våbenplatformen skulle "be able to perform deep fording at a minimum depth of 0.75 metres with no preparation", var et evalueringskrav markeret med "O" i Annex A.1. Eventuel manglende opfyldelse af kravet ville derfor ikke betyde, at tilbuddet var ukonditionsmæssigt. Der er ikke grundlag for at tilsidesætte FMI's vurdering, hvorefter Nexters beskrivelse viste, at kravet ville blive opfyldt. Den omstændighed, at en testperson har noteret, at computersystemet (FCS) efter gennemførelsen af verifikationstesten ikke kunne starte, ses ikke at have sammenhæng med evalueringskrav 3.18, og indebærer ikke, at FMI skulle have lagt til grund, at evalueringskravet ikke var opfyldt.

Krav 5.02 er et mindstekrav, som ikke var genstand for verifikationstest, idet kravet alene var markeret med "D". Kravet indebærer blandt andet, at artillerisystemet skal være designet sådan, at "the CREW carrying PERSONAL EQUIPMENT is able to evacuate the artillery system in the situation where the main entrance is blocked". Der er ikke grundlag for at forstå kravet således, at det, som hævdet af Elbit, indebærer, at én person skal kunne åbne lugen. At en testdeltager (i anden sammenhæng) har observeret, at lugen ikke kunne åbnes af én person, betyder følgelig ikke, at krav 5.02 ikke var opfyldt.

Påstanden tages ikke til følge.

*Ad påstand 1, litra d – beregning af "Life Cycle Costs" (LCC)*

Af FMI's tildelingsmeddelelse og evalueringsrapport fremgår om evalueringen af "Life Cycle Costs" (LCC), at FMI foretog "a risk-based adjustment of the RCP-calculation [beregningen af drifts- og vedligeholdelsesomkostninger] used in the evaluation, which resulted in a reduction of Elbit Systems' RCP by app. 1% and an increase of Nexter Systems' RCP by app. 426 %." Uagtet denne forhøjelse af den evalueringstekniske pris for drift og vedligeholdelse opnåede Nexter samlet set 5 point (lavest LCC-pris), mens Elbit fik 3,77 point for en LCC-pris, som var █████ % højere end Nexters LCC-pris.

Elbit har påstået, at FMI har evalueret tilbuddene for så vidt angår LCC, herunder særligt for drift- og vedligeholdelsesomkostningerne, på en måde og med en evalueringsmetode, der ikke er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, idet den af Nexter oplyste og/eller den af FMI beregnede LCC for Nexters tilbud, som udgør grundlaget for evalueringen, ikke er repræsentativ for det forventede indkøb af artillerisystemet, herunder det forventede indkøb af reservedele, og idet FMI har foretaget en ubegrundet og udokumenteret ændring af Nexters tilbud for så vidt angår beregning og evaluering af drift og vedligeholdelse i Nexters tilbud ved at tillægge prisen vedrørende omkostninger til reparation, reservedele og planlagt vedligeholdelse ca. 426 %, herunder uden at iværksætte proceduren for unormalt lave tilbud i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 49.

Ifølge udbudsmaterialet skulle der leveres en initial leverance af blandt andet reservedele. Denne leverance skulle prissættes i Annex I om "Initial Package of Spare Parts, Special Tools, Test Equipment and Consumables", og denne

pris skulle oplyses i Appendix W som en del af det i Appendix TC-1 "Contract Award Criteria and Evaluation Method" nævnte delpriskriterium "Contract price".

Af Appendix TC-1 "Contract Award Criteria and Evaluation Method" fremgår om delpriskriteriet "Total Operating & Support Costs":

"Total Operating & Support Costs

Total Operating & Support Costs will be evaluated on the basis of a cost calculation that will include the cost of operation in the life expectancy (for evaluation purposes 10 years) based on DALO's stated Concept of Operation and Maintenance Organization Structure, cf. annex A.4 and A.5 to the Acquisition Contract, and will include the following:

- Consumption of all Deliverables under the Sustainment Contract based on the prices for all Deliverables under the Sustainment Contract, cf. appendix SC-C and SC-G to the Sustainment Contract, and the consumption scenario described in TC-1.1 (for evaluation purposes only).
- Spare parts consumption based on appendix SC-G to the Sustainment Contract where provision modes 1 and 2 are used (For evaluation purposes, this is calculated based on the following scenario: provision mode 1 in situations where all artillery systems are operating under the use profile NO-MISSION and provision mode 2 in situations where some artillery systems are operating under the use profile MISSION). DALO will, as part of the evaluation, adjust the MTBF and MTTR data given in appendix SC-G for confidence based on the additional background information for the data, or lack thereof, given as part of the tender. Especially, the time and number of observations on which data is based, and whether this has been in a configuration similar to the artillery system offered in the tender, will be taken into account.
- The consumption of consumables based on the same provision modes as stated above.
- Maintenance costs, including DALO's time consumption associated with maintenance based on the tenderer proposed maintenance plan, cf. appendix SC-B, the abovementioned prices, cf. appendix SC-C and SC-G, and DALO's maintenance organization structure, cf. annex A.5.
- Cost associated with the use profile NO-MISSION, in the event that the artillery system is assisted in connection with transportation, e.g. by using Heavy Equipment Transporters

(HET), cf. annex A.4, section 3.1 (hence costs of acquisition, setup and operation of the required HET).”

Heraf fremgår, at reservedele ville indgå ved LCC-beregningen af ”Total Operating & Support Costs” (drifts- og vedligeholdelsesomkostningerne), og at beregningen for så vidt angik reservedele ville være baseret på Appendix SC-G. En del af underbilagene til Appendix SC-G var da også tilbudslistes, som skulle udfyldes af tilbudsgiverne med priser på reservedele, som ville indgå i evalueringen.

Der er herefter og efter indholdet af evalueringsrapporten som gengivet ovenfor og det i øvrigt oplyste ikke grundlag for at antage, at de priser på reservedele, som ligger ud over den initiale leverance, og som både Elbit og Nexter har tilbudt, ikke er indgået i LCC-beregningen af drifts- og vedligeholdelsesomkostningerne. Klagenævnet finder således intet grundlag for at antage, at levering af reservedele ikke har været udbudt og er indgået i bedømmelsen af de modtagne tilbud.

Efter beskrivelsen i Appendix TC-1 er det imidlertid uigennemsigtigt, hvorledes beregningen ville blive og rent faktisk er foretaget, idet FMI har angivet at ville ”adjust the MTBF and MTTR data given in appendix SC-G for confidence based on the additional background information for the data, or lack thereof, given as part of the tender...”.

Hertil kommer, at der ifølge evalueringsrapporten og tildelingsmeddelelsen er foretaget en ”risk-based adjustment of the RCP-calculation used in the evaluation, which resulted in a reduction of Elbit Systems’ RCP by app. 1% and an increase of Nexter Systems’ RCP by app. 426 %” af de samlede drifts-omkostninger. Der er dermed ikke blot foretaget den mulige justering af ”MTBF and MTTR data” i relation til reservedelspriser, som er beskrevet i udbudsbetingelserne. Der er derimod foretaget en videregående ændring, som ligger ud over den foreskrevne evalueringsmetode, og som forøger uigennemsigtheden af, hvorledes evalueringen af drift- og vedligeholdelsesomkostningerne er sket.

Som sagen er oplyst for klagenævnet, er der intet grundlag for at antage, at den usikkerhed, som ifølge evalueringsrapporten består om Nexters drifts-omkostninger, som er ”vurderet at være meget lave ud fra et noget sparsomt

datagrundlag”, beror på, at Nexter har afgivet et unormalt lavt tilbud. Usikkerheden synes – ligesom den anden anførte usikkerhedsfaktor vedrørende ”filtre i LCC-modellen” – snarere at bero på, at FMI ved udformningen af udbudsmaterialet og den anvendte LCC-beregningsmodel ikke har sikret, at alle relevante drifts- og vedligeholdelsesomkostninger oplyses af tilbudsgiverne og indgår i LCC-beregningen. Allerede som følge heraf er der ikke grundlag for konstatere, at FMI skulle have iværksat proceduren vedrørende unormalt lave tilbud i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 49.

Derimod finder klagenævnet, at FMI har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 ved i beskrivelsen af evalueringsmetoden i Appendix TC-1 at forbeholde sig at ”adjust the MTBF and MTTR data given in appendix SC-G for confidence based on the additional background information for the data, or lack thereof, given as part of the tender...” og ved under den gennemførte evaluering af drifts- og vedligeholdelsesomkostningerne at forhøje prisen på drift og vedligeholdelse i Nexters tilbud ved at tillægge prisen vedrørende omkostninger til reparation, reservedele og planlagt vedligeholdelse ca. 426 %.

At den beskrevne og faktisk anvendte evalueringsmetode ikke har været gennemsigtig og strider mod ligebehandlingsprincippet, ændrer ikke på, at reservedele som nævnt må anses for at være indgået i udbuddet og også i den foretagne evaluering. Den konstaterede overtrædelse kan således ikke side-stilles med den overtrædelse, som forelå i klagenævnets kendelse af 15. februar 2019, KONE A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

Påstand 1, litra d, tages i det anførte omfang til følge.

*Ad påstand 1, litra e – operational capability*

Som det fremgår ovenfor, har Elbit om denne delpåstand gjort gældende, at FMI har overtrådt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 ved at undlade at gennemføre evalueringen af tilbuddenes ”Operational Capability” i overensstemmelse med det, som fremgår af udbudsbetingelserne, navnlig i forhold til evalueringen af ”Performance and Quality of the Artillery Systems”. Til støtte herfor er det anført, at ”FMI ved evalueringen har undladt at inddrage testresultaterne i det omfang afvigelserne var i negativ retning i forhold til de opstillede krav”.



Elbit har udover denne delpåstand fremsat et betydeligt antal andre delpåstande, som også angår evalueringen af Nexters tilbud, herunder særligt den ovennævnte påstand 1, litra c, som angår Nexters opfyldelse af nærmere angivne konkrete evalueringskrav og den konkrete foretagne evaluering og verifikation.

Det henstår – også efter den meget omfattende skriftveksling – så uklart, hvad påstand 1, litra e, og det tilknyttede anbringende dækker over, at påstanden ikke er egnet til at danne grundlag for sagens behandling.

Påstanden afvises.

#### *Ad påstand 1, litra f – træningsprogram*

FMI havde i udbudsmaterialets Annex V, herunder Milestone Chart, fastsat krav om, at tilbudsgiverne skulle levere et undervisnings- og træningsprogram ”no later than 1 month prior to SAT of the 1st batch”.

I Nexters tilbud står der blandt andet, at “The training will take place ... one month prior to the Site Acceptance Test (SAT) of the first batch.” Det var oplyst, at det tilbudte træningsprogram “Usage training” har en varighed på 10 dage, og at træningsprogrammet ”Echelon training” har en varighed på 30 dage. FMI lagde derfor til grund, at programmet med opstart TO+21 eller TO+21,5 måneder eller efter kontraktindgåelse kunne afsluttes 1 måned inden SAT, som var planlagt til 23,5 måneder efter kontraktindgåelsen.

Der er ikke grundlag for til at tilsidesætte FMI’s vurdering heraf, og påstanden tages derfor ikke til følge.

#### *Ad påstand 1, litra g – kontraktændringer*

Amendment no. 2:

Ændringen fra halvautomatisk til fuldautomatisk gearkasse med de konsekvensændringer, som fulgte heraf, som er kommet til udtryk ved Amendment no. 2, kan ikke anses for at være kontraktændringer af en sådan karakter, at det krævede et nyt udbud efter de principper, der er opregnet i EU-Domsto-

lens dom i sag C-456/06, Presstext. Der er således ikke grundlag for at fastslå, at ændringen udgjorde en ændring af et grundlæggende element eller i øvrigt var en så væsentlig ændring, at det krævede nyt udbud.

Amendment no. 3:

Det var i den udbudte kontrakt ("Acquisition Contract") forudsat, at leverandøren skulle bistå med installation af nyt GFE (Government Furnished Equipment)-materiel.

Af "Acquisition Contract" punkt 3.1.3 fremgår herom blandt andet:

"If DALO fails to deliver or provide access to GFX on the dates set out in the detailed work plan, e.g. for the purpose of installation of GFE, the Supplier shall be entitled to a proportionate postponement of the date of delivery of (such part of) the Deliverables if the Supplier can show a clear cause-and-effect with respect to the delay in question."

Det var således i den udbudte kontrakt forudsat, at der ville kunne indtræde en forsinkelse af installationen af GFE, som ville kunne give den valgte leverandør kontraktkrav på kompensation.

FMI modtog først i marts 2018 en endelig opgørelse fra Hæren over det nye GFE-materiel, der skulle installeres i artillerisystemerne.

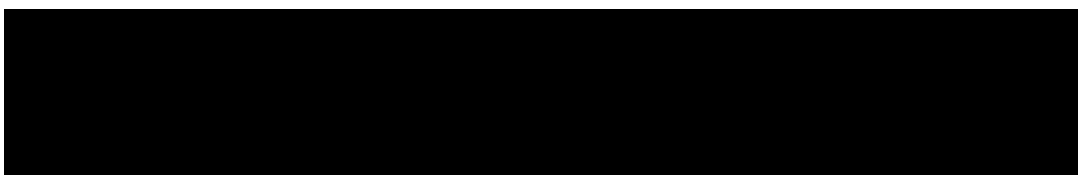
Den heraf følgende forsinkelse er reguleret ved Amendment no. 3.

Denne kontraktændring er direkte forudsat i den udbudte kontrakt og kan ikke anses for en ændring af et grundlæggende element i det udbudte.

Lejekontrakten:

Krav 1.01 i kravspecifikationen, som er et mindstekrav, drejer sig om, at de nye artillerisystemer skal være kompatible med Forsvarets ammunitionslager. Kravet lyder:

”



”

Det må lægges til grund, at Forsvaret i forbindelse med indkøbet af det nye våbensystem har brug for at kvalificere Forsvarets eksisterende ammunition til det nyt våbensystem ved udarbejdelse af nye skydetabeller, og at dette forudsætter, at Forsvaret har det nye materiale til rådighed forud for den aktuelle levering.

Klagenævnet finder, at krav 1.01 ikke kan forstås sådan, at der stilles krav om, at sådan tilrådighedsstillelse skal være indeholdt i tilbuddene. At Nexters tilbud ikke indeholdt tilrådighedsstillelse af våbensystemet ”før tid” medfører således ikke, at tilbuddet ikke opfyldte krav 1.01.

Elbit har gjort gældende, at Elbits tilbud – i modsætning til Nexters – indeholdt en tilrådighedsstillelse af det våbensystem, som udbuddet angår, i en periode forud for leveringstidspunktet med henblik på Forsvarets kvalificering af Forsvarets eksisterende ammunition til det nye våbensystem. Elbit har imidlertid trods FMI's påpegning af manglende oplysning herom ikke henvist til, hvor i Elbits tilbud denne ydelse figurerer. Det kan således ikke lægges til grund, at Elbit tilbød en sådan tilrådighedsstillelse, som da heller ikke var en del af det, som skulle tilbydes.

Da FMI – muligvis ved en forglemmelse – ikke har medtaget tilrådighedsstillelse af våbensystemet før tid, har FMI lejet våbensystemet af Nexter med henblik på den nødvendige kvalificering af Forsvarets ammunition.

Den herved foretagne kontraktændring kan efter sit indhold og omfang ikke anses for at udgøre en ændring af et grundlæggende element af det udbudte indkøb.

Af de ovennævnte grunde tages påstanden ikke til følge.

### Ad påstand 2 og 3

Den ad påstand 1, litra d, konstaterede overtrædelse angår for det første den uklarhed i udbudsbetingelserne, der fulgte af den heri angivne adgang for FMI til at ændre (”adjust”) de MTBF og MTTR-data, som var anført i Appendix SC-G vedrørende reservedele. Uklarheden angik evalueringen af en mindre del af den samlede ydelse og kan efter sit indhold sammenholdt med den udbudte ydelse og indholdet af og evalueringen af de modtagne tilbud,

ikke antages at have påvirket antallet af tilbudsgivere eller udfaldet af udbuddet. Den yderligere konstaterede overtrædelse angående justeringen under evalueringen af Nexters tilbud med et tillæg på ca. 426 % vedrørende omkostninger til reparation, reservedele og planlagt vedligeholdelse har – ligesom den samtidig foretagne mindre nedjustering af Elbits tilbud i relation til samme ydelser – været til Elbits fordel under evalueringen. Var priserne ikke blevet justeret, ville resultatet have været, at Nexters tilbud endnu klarere var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Heller ikke denne overtrædelse har således påvirket udfaldet af udbuddet.

Henset hertil tages påstand 2 om annulation ikke til følge. Der er herefter ikke anledning til at tage stilling til andet led i påstand 3.

Der er ikke konstateret overtrædelser, som giver grundlag for at erklære kontakten uden virkning. Første led i påstand 3 tages derfor ikke til følge.

#### Sagsomkostninger

Elbit har alene fået medhold i påstand 1, litra d, og har ikke opnået annullation af tildelingsbeslutningen, eller at kontrakten er erklæret uden virkning. Den påstand, som Elbit har fået medhold i, og de anbringender, som Elbit har fremsat til støtte herfor, har udgjort en begrænset del af Elbits samlede klage. Elbit må således anses for i al væsentlighed at have tabt sagen. Når henses hertil og til sagens forløb og omfang skal Elbit betale sagsomkostninger til FMI som nedenfor bestemt.

#### **Herefter bestemmes:**

##### Ad påstand 1, litra d

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 4 ved i beskrivelsen af evalueringsmetoden i Appendix TC-1 at forbeholde sig at ”adjust the MTBF and MTTR data given in appendix SC-G for confidence based on the additional background information for the data, or lack thereof, given as part of the tender...”, og ved under den gennemførte evaluering af drifts- og vedligeholdelsesomkostningerne at

forhøje prisen på drift og vedligeholdelse i Nexters tilbud ved at tillægge prisen vedrørende omkostninger til reparation, reservedele og planlagt vedligeholdelse ca. 426 %.

Påstand 1, litra e, afvises, og den resterende del af påstand 1, påstand 2, og første led i påstand 3 tages ikke til følge. Andet led i påstand 3 behandles ikke.

Elbit skal i sagsomkostninger til Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse betale 70.000 kr., der betales inden 14 dage efter modtagelsen af denne kendelse.

Klagegebyret tilbagebetales.

Kirsten Thorup

Katja Høegh

Genpartens rigtighed bekræftes.

Julie Just O'Donnell  
specialkonsulent