

Udbuddet er efterfølgende annulleret af Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse og klagen herefter tilbagekaldt, således at delkendelsen er klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

Fitness Engros A/S
(advokat Henrik Holtse, København)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(advokat David Klæsøe-Lund og advokat Thomas Impgaard Sørensen, København)

Klagenævnet har den 2. december 2022 modtaget en klage fra Fitness Engros A/S ("Fitness Engros").

Fitness Engros har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

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

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-11, svarskrift med bilag A-G og processkrift af 14. december 2022 fra Fitness Engros.

Klagens indhold

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1A

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 2, ved at anvende et mindstekrav om opfyldelse af en IWF-standard, da der ikke er hjemmel til at kræve opfyldelse af en privatretlig standard.

Påstand 1B

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med udbudslovens § 43 ved at afvise Fitness Engros’ tilbud med den begrundelse, at de tilbudte produkter ikke opfylder den anførte IWF-standard eller tilsvarende, uagtet Fitness Engros med de medsendte erklæringer har godtgjort, at de tilbudte produkter opfylder de tekniske krav, der er fastsat i henhold til den anførte IWF-standard.

Påstand 2A

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med udbudslovens § 46, stk. 1, ved at opstille et mindstekrav om, at de tilbudte produkter har et mærke fra IWF, fordi det anførte mærke ikke opfylder betingelserne i udbudslovens § 46, herunder at mærkekravet ikke er fastsat på grundlag af objektivt verificerbare og ikke-diskriminerende kriterier, eller mærket ikke er udviklet på grundlag af en åben og gennemsigtig procedure, i hvilken alle relevante interessenter kan deltage.

Påstand 2B

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med udbudslovens § 46, stk. 4, ved at afvise Fitness Engros’ tilbud med den begrundelse, at de tilbudte produkter ikke har et mærke fra IWF eller tilsvarende, selvom Fitness Engros har medsendt erklæringer, der dokumenterer, at mærkekravene er opfyldt.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med udbudslovens § 47, stk. 2, og § 48, stk. 1, nr. 2, ved at afvise Fitness Engros’ tilbud med den begrundelse, at de tilbudte produkter ikke er certificeret af IWF eller tilsvarende, uagtet Fitness Engros har medsendt erklæringer, der dokumenterer, at de tilbudte produkter opfylder samme tekniske krav, som er omfattet af et IWF-certifikat.

Påstand 4

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet i henhold til udbudslovens § 2 ved at kræve fremlæggelse af et IWF-certifikat eller tilsvarende, men samtidig nægte at oplyse det nærmere indhold af det krævede tilsvarende certifikat, herunder hvilke tekniske krav eller hvilke forhold det skal omhandle, og derved umuliggøre afgivelse af et konditionsmæssigt tilbud.

Påstand 5

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med udbudslovens § 42, stk. 1, ved at anvende et mindstekrav om, at produkterne skal være IWF-certificerede, da det indebærer en konkurrencemæssig fordel for den eksisterende leverandør, og idet det havde været muligt at beskrive de ønskede tekniske krav uden at stille krav om et IWF-certifikat.

Påstand 6

Klagenævnet for Udbud skal suspendere udbuddet og påbyde Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse at acceptere, at Fitness Engros har dokumenteret opfyldelse af de tekniske krav, der kan udledes af den i udbudsmaterialet anførte standard, mærke eller certifikat fra IWF.

Påstand 7 (subsidiær til påstand 6)

Klagenævnet for Udbud skal annullere udbuddet.”

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

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2022/S 179-504055 af 12. september 2022, offentliggjort den 16. september 2022, udbød FMI som offentligt udbud en rammeaftale om indkøb af ”Supply and sustainment of Training Equipment, Training Rigs and Container Gyms/rigs for the Danish Defence”.

Udbudsmaterialet

I udbudsbekendtgørelsen står der bl.a.:

”II.1.4) Short description:

The Danish Defence is in need of new training equipment, training rigs and container gyms/rigs for various locations within the Danish Defence. The requested products etc. consist of resistance training machines/racks/platform (stationary products),

training equipment (moveable), training equipment (accessories), cardiovascular equipment, training rigs, container gyms/rigs and add-ons. Furthermore, the contract shall include spare parts and service/maintenance for the equipment bought under the upcoming contract as well as for the Danish Defence's existing training equipment.

- II.1.5) Estimated total value
Value excluding VAT: 35 000 000.00 DKK

...

- II.2.4) Description of the procurement:

...

In addition to the purchase of new training equipment, the contract shall also cover spare parts for both new and existing training equipment, both in relation to service being performed, and purchased on their own.

... The services performed shall be carried out on addresses in Denmark for entities under the Danish Ministry of Defence, the Danish Defence, the Home Guard (Hjemmeværnet), and the Danish Emergency Management Agency (Beredskabsstyrelsen).

The products bought under this contract will be used to the same extent as in a well-visited professional fitness centre.

The Buyer's training equipment, training rigs and container gyms/rigs will be used by all units covering both land and sea. Among other things, the training equipment, training rigs and container gyms/rigs will support the Danish Defence's training concept named Military Physical Training (MFT) which focuses on the soldier's ability to perform military physical training, individually and/or in units wearing traditional training clothes or combat uniform. Furthermore, some of the training equipment, training rigs and container gyms/rigs will be used during international operations.

The users of the training equipment, training rigs and container gyms/rigs range from novices, basic training units to the training of elite units. The range of possible usages of the training equipment, training rigs and container gyms/rigs affects the requirements of the equipment, and consequently special technical, environmental and power requirements are listed. Furthermore as the span of users covers all levels, the training equipment, training rigs and container gyms/rigs shall be operational by any person regardless of technical insight.

...

- II.2.7) Duration of the contract, framework agreement or dynamic purchasing system
 Duration in months: 48
 This contract is subject to renewal: no

...

- VI.3) Additional information:
 Regarding section II.1.5): The estimated value of the framework agreement is DKK 35,000,000 and the maximum value of the framework agreement is DKK 60,000,000.”

I Instruction to Tenderers er bl.a. fastsat følgende:

”2. INTRODUCTION TO THE TENDER PROCEDURE

...

The tender procedure consists of the following stages:

1. Completing the offer: The tenderer prepares his offer on the basis of the tender documents, and the tender is completed with submission of the offer within the deadline for submission in clause 5.1. In this period, the tenderer may participate in a clarification meeting, cf. clause 4.2, and the tenderer has the opportunity to obtain additional information by submitting questions in writing, cf. clause 4.1.
2. Evaluating the offers: DALO [Danish Defence Acquisition and Logistics Organization] will open and review the offers according to the procedure described in clause 6. DALO will then proceed to evaluate the offers in accordance with the award criteria and the evaluation method in clause 7.
3. Award of the Contract: DALO makes the decision concerning award of the Contract and informs the tenderers hereof. If the winning tenderer has not provided documentation for the information provided in the European Single Procurement Document (ESPD) earlier in the tender procedure, the tenderer must provide such documentation, prior to DALO’s decision concerning award of the contract, cf. clause 8.

...

4. PRACTICAL INFORMATION

4.1 Questions in writing

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

...

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

4.2 Clarification meeting

On the 28th of September 2022 at 10:00-12:00 hrs. local time a virtual clarification meeting will be held for all tenderers.

...

During the meeting, DALO will explain the background of the tender procedure and the purpose of the procurement. General information as to the structure and content of the tender documents will be given.

...

Questions may be asked during the meeting. However, DALO reserves the right to refer the tenderers to present the questions in writing instead, cf. clause 4.1, if, according to DALO, it is not suitable or possible to answer such questions during the meeting. This includes questions which require further consideration.

A brief summary of the meeting will be drawn up by DALO and subsequently sent to all tenderers via the electronic tendering system.

...

5.5 Technical specifications and standards

The technical specifications in the documents may have been prepared with reference to one or more standards, etc., such as an ISO standard. DALO has endeavoured to attach the words "or equivalent" to all such references, cf. art. 18(3), para a, of the Defence and Security Directive. If, contrary to expectations, reference to standards, etc., do not – as prescribed – include the words "or equivalent", the text should be understood to include the words "or equivalent".

If the offer does not comply with the mentioned standards, etc., the tenderer must provide information in English establishing that the standard, etc., used in the offer is equivalent to the standard, etc., specified by DALO.

If the tenderer has only confirmed that the requirement is fulfilled without indicating in that connection whether the requirement is fulfilled by the standard etc. specified by DALO, or by an equivalent standard etc.,

DALO will assume that the offer complies with the standard etc. specified by DALO.

Before signing the Contract, DALO will delete the words “or equivalent” in all requirements where the winning tenderer has complied with the standards, etc., specified by DALO. In case the winning tenderer has provided sufficient information on the use of equivalent standards, etc., (according to the above paragraph) DALO will, before signing the Contract, amend the relevant requirements in order to reflect the winning tenderer’s equivalent standard, etc.

...

5.6 Reservations and Mandatory Requirements

Reservations cannot be made concerning essential elements or Mandatory Requirements (marked with ”M” in the Requirements Specification (Appendix A) in the tender documents. A reservation concerning an essential element in the tender documents is a reservation which may lead to serious distortion of the competition if the reservation is allowed.

...

The tender documents include a number of Mandatory Requirements. A Mandatory Requirement is a requirement that must unconditionally be complied with as deviations from the requirements will not be accepted.

Consequently, offers that do not comply with all the Mandatory Requirements or with reservations concerning essential elements will be considered “non-compliant” offers and will not be taken into consideration, cf. however clause 6 and § 159(5) of the Public Procurement Act.

...

6. OPENING AND HANDLING OF OFFERS

DALO will open the offers after the expiry of the deadline for submission of the offer, cf. clause 5.1. Tenderers do not have the opportunity to be present when the offers are opened. DALO is not obliged to return the offer or any tender documents to the tenderer.

...

DALO will then continue to assess whether the received offers are compliant with the Mandatory Requirements set forth in the tender documents.

...

7. EVALUATION

7.1 Award criteria

The Contract will be awarded on the basis of the award criterion the best price-quality ratio. In the evaluation of the offers, DALO will use the following sub-criteria with the specified weighting:

1. Price 35 %
2. Evaluation Requirements 5 %
3. Test 60%

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

7.2 Evaluation method

In order to determine which offer has the best price-quality ratio. DALO will use a scoring model with fixed financial frame (linear point model) to compile the sub-criteria "Price", "Evaluation requirements" and "Test". The evaluation method is described in detail in Enclosure 2.

Each criterion stated in clause 7.1 will be evaluated as follows:

...

7.3 Testing of Training Equipment, Training Rigs and Container Gyms/rigs

As a part of the evaluation of the offer, DALO will perform a series of tests on the training equipment, training rigs and container gyms/rigs (hereafter Test Specimen) that each tenderer is required to submit to DALO before the deadline specified in the Test Schedule, cf. Enclosure 3.

The Test Specimen will be subjected to the tests described in Enclosure 3 and in accordance with the procedures described therein.

DALO may request that the Test Specimen is accompanied by the necessary personnel from the tenderer and all necessary spare parts in order for the Test Specimen to go through the test programme, cf. Enclosure 3, as described. The tenderer's personnel must be available at all time during the specified test period, cf. Enclosure 3, for repairing and giving instructions as to the correct use of the Test Specimen to DALO's personnel performing the tests."

Den kvalitative brugertest er nærmere beskrevet i Enclosure 3, DALO's test schedule and procedure, hvori der står:

"1. TEST DESCRIPTION

... The test samples are chosen by DALO, as they are a representative selection of the Products to be purchased under the Agreement.

...

The date of the test shall be according to agreement with the tenderer. However, the training equipment, training rigs and container gyms/rigs shall be available for test within a two weeks' notice from DALO. The tenderer must ensure that the Test Specimen is ready for testing at the time of DALO's arrival.

...

The Products being tested must in all aspects conform with and be identical to the Products offered to DALO. Furthermore, the Products must fulfill the minimum requirements listed in Appendix A of the Agreement, unless otherwise agreed with DALO, cf. below.

Notwithstanding the above, DALO will accept minor deviations on the Products made available for test and only after prior written consent from DALO. If consent is given, the tenderer shall mark the Product where there are deviations clearly, just as a written description of the deviation shall be available."

Af Appendix A, Requirements Specification, fremgår:

"...

1.2 Concept

This Agreement shall ensure that the Buyer is able to acquire the Services and Products stated in this Agreement when needed to fulfil its obligations in regards to physical training of both military and civilian personnel within the duration of the Agreement.

1.3 Product list

The Supplier shall deliver the mandatory Products listed below:

...

Training equipment (moveable):

- ...
- Training Barbell, IWF
- Training Barbell, IWF, women
- ...
- Weight Disc, IWF, Rubber coated: 10 kg, 15 kg, 20 kg & 25 kg.
- ...

1.4 Usage

...

The users of the training equipment, training rigs and container gyms/rigs range from novices, basic training units to the training of elite units. The range of possible usages of the training equipment, training rigs and container gyms/rigs affects the requirements of the equipment, and consequently special technical, environmental and power requirements are listed. Furthermore as the span of users covers all levels, the training equipment, training rigs and container gyms/rigs shall be operational by any person regardless of technical insight.

The Products bought under this Agreement will be used to the same extent as in a well-visited professional fitness centre.

2 Definitions and Abbreviations

This chapter describes definitions and abbreviations used in this requirement specification.

2.1 Classification

Each requirement is classified as "Mandatory Requirement" or "Evaluation Requirement" in the classification column. Mandatory Requirements are marked with "M". Evaluation Requirements are marked with "E".

Classification ID	Description
M	A mandatory requirement must be fulfilled by the tenderer. If a mandatory requirement is not fulfilled, the offer will be excluded from further evaluation
E	Evaluation Requirement. These requirements will be evaluated by DALO

2.2 Documentation

For each requirement it is specified in the "Documentation" column how the tenderer should describe or document compliance with the requirement. Several categories for each requirement may be indicated. The following categories apply to the column "Documentation":

Documentation ID	Description
Y/N	The tenderer must answer with Y (yes) if the requirement is fulfilled and N (no) if the requirement is not fulfilled. Please observe that answering "N (no)" to a mandatory requirement will result in a non-compliant offer
C	The offer must include a certificate as documentation.
D	The offer must include a description or attached valid documentation.

2.3 The tenderer's filling out of this Appendix

The tenderers shall only fill out the white boxes in the following sections.

No text shall be inserted in the grey boxes below.

3 Operational and General requirements

...

Id. No.	Requirement description	Classifica tion	Documen -tation	Requirem ent	Comments/description of offer
---------	-------------------------	--------------------	--------------------	-----------------	-------------------------------

...

5 Requirements for resistance training machines/racks/platform (stationary products)

...

84.	Weight Lifting Platform. The Product shall fit training with IWF standardized barbells and have a maximum width and length of 3 meters.	M	Y/N		
-----	---	---	-----	--	--

...

6 Requirements for training equipment (moveable):

...

	Training barbell, IWF. Description: Training barbell for 50 mm weight discs.				
95.	Training barbell, IWF. The training barbell shall have a quality and standards approved for competition (IWF certified or equivalent). <i>(Documentation: If the offer does not comply with the mentioned standards, etc., the tenderer must provide information in English establishing that the standard, etc., used in the offer is equivalent to the standard, etc., specified by DALO.</i> <i>If the tenderer has only confirmed that the requirement is fulfilled without indicating in that connection whether the requirement is fulfilled by the standard etc. specified by DALO, or by an equivalent standard etc., DALO will assume that the offer complies with the standard etc. specified by DALO.)</i>	M	Y/N, D		
96.	Training barbell, IWF. The training barbell shall have a weight of 20 kg.	M	Y/N		
	Training barbell, IWF, women. Description: Training barbell, women for 50 mm weight discs and diameter less than 28 mm.				
97.	Training barbell, IWF, women. The training barbell, women shall have a quality approved for competition (IWF certified or equivalent). <i>(Documentation: If the offer does not comply with the mentioned standards, etc., the tenderer must provide information in English establishing that the standard, etc., used in the offer is equivalent to the standard, etc., specified by DALO.</i> <i>If the tenderer has only confirmed that the requirement is fulfilled without indicating in that connection whether the requirement is fulfilled by the standard etc. specified by DALO, or by an equivalent standard etc., DALO will assume that the offer complies with the standard etc. specified by DALO.)</i>	M	Y/N, D		
98.	Training barbell, IWF, women. The training barbell, women, shall have a diameter less than 28 mm.	M	Y/N		

...

102.	Technique training barbell. The technique training barbell shall have same standards as an IWF approved barbell, except for the barbells weight.	M	Y/N		
------	--	---	-----	--	--

...

	Weight disc, IWF. Rubber Coated for 50 mm Barbell. Description: Weight discs for training barbell, rubber coated.				
--	---	--	--	--	--

114.	<p>Weight disc, IWF. Rubber Coated for 50 mm Barbell. The Supplier shall offer the following weight discs for 50 mm training barbell:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 25 kg disc • 20 kg disc • 15 kg disc • 10 kg disc 	M	Y/N		
115.	<p>Weight disc, IWF. Rubber Coated for 50 mm Barbell. The weight discs for 50 mm training barbell shall be IWF certified or equivalent.</p> <p><i>(Documentation: If the offer does not comply with the mentioned standards, etc., the tenderer must provide information in English establishing that the standard, etc., used in the offer is equivalent to the standard, etc., specified by DALO.</i></p> <p><i>If the tenderer has only confirmed that the requirement is fulfilled without indicating in that connection whether the requirement is fulfilled by the standard etc. specified by DALO, or by an equivalent standard etc., DALO will assume that the offer complies with the standard etc. specified by DALO.)</i></p>	M	Y/N, D		

...

7 Requirements for Training equipment (accessories):

...

185.	<p>Neck Pad for training barbell The Product shall fit on a IWF standardized training barbell</p>	M	Y/N		
------	--	---	-----	--	--

...

7 Requirements for Training Rigs

...

270.	<p>Training Rig All modules (single, small, medium and large) have a span of dimensions which means that the Supplier may choose the specific sizes (within the spans) for the said modules. However, when the Supplier has chosen the specific sizes for a module, the Supplier is obliged to use the same sizes for all similar modules.</p> <p><i>Example:</i> <i>The Supplier has chosen to deliver a "single – freestanding – one module" with the following dimensions:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Height: 2600mm - Width: 2000mm - Length: 1300mm (work station suitable for exercising with IWF certified barbell) <p><i>This means that all modules delivered by the Supplier within the category "single – freestanding – one module" shall be with these exact dimensions.</i></p>	M	Y/N		
------	---	---	-----	--	--

271.	<p>Training Rig, single – freestanding – one module The Supplier shall be able to deliver a “single” freestanding training rig consisting of one module with the following dimensions:</p> <p>One module with the following dimensions (small):</p> <ul style="list-style-type: none"> - Height: 2500 – 2900mm - Width: 1600 – 2200mm - Length: the length shall correspond to a work station suitable for exercising with IWF certified barbell (see id. no. 95) <p>The “single” freestanding training rig shall consist of one module, which gives 2 training stations (squat stations) and multiple pull-up (etc.) stations.</p> <p><i>Example of a “single” freestanding training rig, one module:</i></p>	M	Y/N	
------	--	---	-----	--

...

7 Requirements for Container Gym/Rig

...

296.	<p>Container Gym/Rig. The 10 foot container shall include containermounted rigs in order to achieve minimum 3 training stations (training with use of IWF barbell).</p> <p>The 20 foot container shall include containermounted rigs in order to achieve minimum 7 training stations (training with use of IWF barbell).</p>	M	Y/N	
------	---	---	-----	--

...”

For krav nr. 272, 273, 275 og 277-279, der alle var fastsat som ”Mandatory Requirement”, var det tilsvarende anført, at modullængden skulle være ”suitable for exercising with IWF certified barbell (see id. no. 95)”.

Spørgsmål/svar og orienteringsmøde

Under udbudsprocessen blev der bl.a. stillet følgende spørgsmål:

”...

2	If a tenderer submits an offer for either barbells and / or weight discs, which are not certified by the International Weightlifting Federation (IWF), what type of documentation from the manufacturing of the equipment, does DALO require from the tenderer to uphold a valid equivalence?	If the offer does not comply with the mentioned standards, etc., the tenderer must provide information in English establishing that the standard, etc., used in the offer is equivalent to the standard, etc., specified by DALO, cf. section 5.5 in the instructions to tenderers.	19-09-2022	26-09-2022
---	---	---	------------	------------

...”

Af et referat fra orienteringsmøde den 28. september 2022 i henhold til udbudsbetingelsernes pkt. 4.2, hvor Fitness Engros deltog, og som blev gjort tilgængeligt for tilbudsgiverne i udbudssystemet, fremgår:

”...

2) The requirements regarding IWF-certification or equivalent

A tenderer pointed out that, in his opinion, only a few suppliers on the market sell products which are IWF-certified and asked why this is important for DALO.

DALO replied that, in DALO’s opinion, this ensures that the products are of a high quality, which is important to DALO since the equipment is used to a very large extent.

When asked about their possibility to deliver the specific products with an IWF-certification or equivalent, all tenderers answered affirmatively.”

Tilbuddet fra Fitness Engros

Inden for tilbudsfristen den 21. oktober 2022 modtog FMI tilbud fra bl.a. Fitness Engros, hvori det ifølge FMI var anført, at produkterne opfyldte de specifikationer, der stilles af IWF for at kunne godkende produkterne til anvendelse i konkurrencer i IWF-regi.

Tilbuddet var til dokumentation herfor vedlagt en erklæring fra den anvendte producent, Lifemaxx B.V., af de tilbudte vægtstænger og vægtskriver. Af erklæringen fremgår:

”...

With this note we would like to state that the following Crossmaxx® products are built according to the latest International Weightlifting Federation (IWF) regulations but not officially approved by IWF.

Olympic bars:

LMX30 - Crossmaxx® WL competition men bar (IWF spec)

LMX38 - Crossmaxx® WL competition women bar (IWF spec)

Discs:

LMX85C - Crossmaxx® comp. bumper plate 50mm

Link to regulations: https://iwf.sport/wp-content/uploads/downloads/2020/01/IWF_TCR_2020.pdf
 ...”

Berigtigelsesproces

Ved brev af 16. november 2022 til Fitness Engros meddelte FMI, at erklæringen fra producenten ikke var tilstrækkelig. I brevet står der bl.a.:

”DALO has reviewed whether your offer is compliant.

DALO has found that your offer lacks some of the requested information or contains information that can be misunderstood. The issues identified by DALO are described below, just as it is described which information you must send in order to clarify/correct your offer (and thus present a compliant offer).

It should be noted that testing and further implementation of the tender process requires clarification/correction. You must therefore clarify/correct your offer before DALO can take your offer into account. ...

It is DALO’s assessment that it is in accordance with the procedure and principle in § 159(5) of the Danish Act no. 1564/2015 on Public Procurement (cf. Instructions to Tenderers, section 6) to ask you to provide the lacking information. In this regard, however, it is a prerequisite that the clarification/correction must not lead to the tenderer submitting a new offer. This means, inter alia, that DALO can only include new information, if the information was available at the time when the tender deadline expired on 21 October 2022, at 13:00. Furthermore, Fitness Engros A/S may not change anything else in their offer than described in the bullet points below.

...

2.2 Id. No. 95, 97 og 115

In connection with Id. No. 95, 97 and 115, the products shall be IWF certified or equivalent. If the products are not IWF certified, adequate documentation must be attached to demonstrate that the products live up to requirements equivalent to those of IWF.

The purpose with this requirement is to ensure that the products can last and withstand the soldiers’ handling and thereby the products’ durability

over many years. An IWF certificate is awarded based on several different requirements regarding the manufacturing process, correct specifications, and performance tests.

You have indicated that you fulfill Id. No. 95, 97 and 115, and have attached documentation in the form of a statement from your manufacturer's director. The statement documents that the products "*are built according to the latest International Weightlifting Federation (IWF) but not officially approved by IWF.*" Your documentation states that the products are built according to IWF regulations, but the director also writes "*but not officially approved by IWF*".

It can be deduced from the statement that the products are not certified and approved by IWF.

In DALO's opinion, you have not with the statement from your manufacturer's director provided adequate documentation.

The statement from your manufacturer's director cannot be regarded as adequate documentation for fulfillment of Id. No. 95, 97 and 115, as it cannot be inferred from the statement that the products fulfill the same high standard as if the products were certified and approved by IWF.

Adequate documentation could in DALO's view be a certificate or report from an independent third party (for instance an assessing institute).

You must therefore submit adequate documentation that documents that your products fulfill the same high standard as if the products were certified and approved by IWF."

Den 22. november 2022 fremsendte Fitness Engros en ny erklæring til FMI. I erklæringen, der var afgivet af virksomhedens revisor, står der bl.a.:

"Auditor's statement on agreed work actions regarding compliance with the provisions of the IWF Guidelines

To Fitness Engros A/S and DALO

...

Work actions and observations

Our work has consisted of carrying out the work actions described below, which have been agreed with Fitness Engros A/S in the letter of agreement entered into on 22 November 2022 regarding the assessment of whether the product sheet and drawing of the products LMX 30 and LMX38 comply with the provisions of IWF Guidelines point 3.3.3.3, 3.3.3.4 and the rules in 3.3.3, as well as the product sheet of the products

SQ&SNCompC05, SQ&SNCompC10, SQ&SNCompC15, SQ&SNCompC20 and SQ&SNCompC25 comply with the provisions in IWF Guidelines point 3.3.3.6, 3.3.3.7 and the rules in 3.3.3:

Work actions		Observations
1	Check whether the measurements on the drawing and specifications on the product sheet for LMX30 are in accordance with the drawing and specifications given in IWF Guidelines point 3.3.3.3	The check between the two specifications shows that there are the same measurements and specifications on the product sheet and the IWF Guidelines point 3.3.3.3.
2	Check whether the dimensions on the drawing and specifications on the product sheet for LMX38 are in accordance with the drawing and specifications stated in IWF Guidelines point 3.3.3.4	The check between the two specifications shows that there are the same measurements and specifications on the product sheet and the IWF Guidelines point 3.3.3.4.
3	Check the colours on the drawing and specifications on the product sheet for weight plates from 5 kilos to 25 kilos is in accordance with the drawing and specifications stated in Guidelines point 3.3.3.6 and 3.3.3.7	The check between the two specifications shows that there are the same colours and specifications on the product sheet and the Guidelines point 3.3.3.6 and 3.3.3.7

”

Den 25. november 2022 sendte Fitness Engros følgende besked til FMI i udbudssystemet:

”...

We will have some minor deviations on the products made available for testing because of current availability.

Please see attached document.

We hope that DALO will give consent”.

Ved brev af 28. november 2022 til Fitness Engros meddelte FMI, at den fremsendte revisorerklæring ikke var tilstrækkelig. I brevet står der bl.a.:

”We have reviewed what you have sent, and, unfortunately, it is our assessment that your offer still lacks some of the requested information. The issues identified by DALO are described below in section 1, just as it is described which information you must send to clarify/correct your offer.

...

You must therefore clarify/correct your offer before DALO can take your offer into account.

...

If DALO has not received the requested information as specified below before 30 November 2022, 10:00 a.m., your offer does not fulfill the tender requirements and/or you are not able to present the products offered by you for testing, and DALO, consequently, reserves the right to not conducting the test and to disregard your offer as non-compliant.

...

In connection with Id. No. 95, 97 and 115, the products shall be IWF certified or equivalent. If the products are not IWF certified, adequate documentation must be attached to demonstrate that the products live up to requirements equivalent to those of IWF.

As previously indicated the purpose with this requirement is to ensure that the products can last and withstand the soldiers' handling and thereby the products' durability over many years. An IWF certificate is awarded based on several different requirements regarding the manufacturing process, correct specifications, and performance tests.

Since you did not submit adequate documentation in your offer, you were asked to submit adequate documentation that documents that your products fulfill the same high standard as if the products were certified and approved by IWF.

You have attached documentation in the form of a document called ”Auditors Statement”. The document is signed by ... statsautoriseret revisionselskab.

It appears from the document that ... has checked the measurements on the drawing and specifications of the products against the drawing and specifications of IWF for the products.

It does not appear from the document that the products have actually been assessed/tested, e.g., there are no product sheets or other information indicating that the products have been assessed/tested.

The document appears to be a statement which has been created "at the office" without performing any real assessments/tests of the products.

Thus, in DALO's opinion, the statement from ... cannot be regarded as adequate documentation for fulfillment of Id. No. 95, 97 and 115.

You must therefore submit adequate documentation that documents that your products fulfill the same high standard as if the products were certified and approved by IWF."

FMI meddelte samtidig, at FMI ikke kunne acceptere samtlige afvigelser, som Fitness Engros havde anmodet om i forhold til den forestående brugertest. Herom hedder det i brevet:

"...

In your document "Testing, minor deviations" you have asked DALO to accept to perform the tests on several products that are different from the products offered by you in your offer.

As regards the Dumbbells with Storage Rack (Id. No. 87-92), DALO gives it consent, as the described deviation, in DALO's assessment, is minor and does not affect DALO's test evaluation of the product.

However, as regards all the other products listed in your document "Testing, minor deviations", DALO cannot give its consent hereto on the present grounds, as the deviations, in DALO's assessments, are not minor. ..."

Ved brev af 29. november 2022 til FMI efterspurgte Fitness Engros en uddybning af, hvad der skulle afgives en erklæring om. I brevet står der således:

"...

Jeg skal i den forbindelse bede jer oplyse det præcise indhold af den omtalte standard fra IWF, herunder hvilke konkrete forhold som skal testes og verificeres. ..."

FMI besvarede brevet ved e-mail af 29. november 2022, hvori der står:

”...

FMI fastholder, at den fremsendte dokumentationen ikke er passende (”adeqaute”) i forhold til opfyldelse af krav Id. No. 95, 97 og 115.

Det bemærkes herved, at Fitness Engros A/S tillige har fået mulighed for berigtigelse ved FMI’s brev af den 16. november 2022, hvortil der henvises.

FMI fastholder derfor den angivne frist, dvs. onsdag den 30. november kl. 10.00, jf. FMI’s brev af den 28. november 2022. Det bemærkes, at brevet også henviser til Id. No. 256 (pk. 1.2 i brevet) og Testing, Minor Deviations (pkt. 2). Disse forhold skal også adresseres af Fitness Engros inden den anførte frist.

...”

Afvisningen af Fitness Engros’ tilbud

Ved brev af 30. november 2022 til Fitness Engros meddelte FMI, at Fitness Engros’ tilbud var blevet afvist. Som begrundelse herfor står der i brevet:

”...

Unfortunately, it is our assessment that there still are some issues regarding Id. No. 95, 97, 115, 211 and 240-245. The issues identified by DALO are described below in section 1.

...

In connection with Id. No. 95, 97 and 115, we refer to our letter sent on 28 November 2022 to Fitness Engros and our email sent to Henrik Holtse, Aumento Advokatfirma on 29 November 2022.

Thus, your offer does, in DALO’s assessment, not fulfill Id. No. 95, 97 and 115, as adequate documentation has not been presented.

...

As mentioned in our letter sent to Fitness Engros on 28 November 2022, the products for the planned test must be identical to the products that you have offered to DALO, and the products being tested must fulfill the minimum requirements listed in Appendix A of the Agreement, unless otherwise agreed with DALO. Notwithstanding this, DALO will accept minor deviations on the products made available for test and only after prior written consent from DALO.

In your letter from today, you have not described the deviations between the products offered and the products you make available for testing, including a precise and detailed description as to why the deviations will not affect DALO's testing of your offered products.

Consequently, as regards the Poor Man GHD (Id. No. 211) and the Ergometer Bike (Id. No. 240-245), DALO cannot give its consent.

This means that you, unfortunately, are not able to present all the offered products for testing within the time-limits set out in the tender material. Thus, DALO cannot conduct the test as planned.

...

Based on the above, DALO must, unfortunately, conclude that your offer is non-compliant, and that you are not ready to present all your offered products for the planned test.

..."

IWF

Af IWF's hjemmeside fremgår bl.a. følgende:

"WHO WE ARE

- The International Weightlifting Federation (IWF) is a permanent non-profit organization composed of 193 affiliated National Federations worldwide, from all five Continents
- The IWF was founded in 1905, being one of the oldest International Sport Federations
- The IWF is the world controlling body for weightlifting and is also recognized by the International Olympic Committee (IOC) as the sole controlling body for international weightlifting
- The IWF is a member of Global Association of International Sport Federations (GAISF) and the Association of Summer Olympic International Federations (ASOIF)"

I en generel udtalelse fra IWF af 7. december 2022 til brug for klagenævnets behandling af sagen står der:

"...

To whom it concerns

The International Weightlifting Federation (IWF) is the controlling body of the sport of weightlifting. Weightlifting is an Olympic sport and has been contested in every summer Olympic Games since 1920.

The IWF is the sole certifying body of equipment to be used for international championships and top national events in weightlifting. Equipment and equipment suppliers are evaluated based on an international technical regulatory framework which stipulates dimensions, weight, tolerances, color codes among other things including suppliers' collective capability in fulfilling the needs of IWF championships and athletes. Link to technical document can be found <https://iwf.sport/downloads/?did=315>

<https://iwf.sport/wp-content/uploads/downloads/2022/11/IWF-TCRR-2022.pdf>

Suppliers are carefully evaluated by the IWF, and by that ensuring the requirements and quality are fulfilled in both the manufacturing and test processes of the equipment.

As per today's date the IWF currently has six (6) certified suppliers of equipment. The list of companies can be found <https://iwf.sport/weightlifting/licenses/> ...”

Af IWF Technical and Competition Rules & Regulations 2020 fremgår bl.a.:

”3.3.3 Barbell (Regulation)

3.3.3.1 The barbell consists of the following parts:

- Bar
- Discs
- Collars

3.3.3.2 Bar

There are two (2) types of bars: men's and women's bars. Both types of bars must meet the following authorized specifications:

3.3.3.3 A men's bar weighs twenty (20) kg.

3.3.3.4 A women's bar weighs fifteen (15) kg.

3.3.3.5 Discs

Two types of discs are authorised for use by the IWF: Competition and Training discs. Both types of discs must meet the following authorized specifications:

3.3.3.6 Competition discs: (weights in kg with corresponding colour)

25 kg red
 20 kg blue
 15 kg yellow
 10 kg green
 5 kg white
 2.5 kg red
 2 kg blue
 1.5 kg yellow
 1 kg green
 0.5 kg white

3.3.3.7 Training discs

- manufactured in coloured weights as listed above
- may be manufactured in black with corresponding coloured rims and demarcated with “Training”

3.3.3.8 Collars

In order to secure the discs to the bar, each bar must be equipped with collars. Collars must meet the following authorised specifications:

- two (2) collars per barbell
- weight = 2.5 kg each

3.3.3.9 Competition discs must be used on the Competition platform as well as in the Warm-up area.

3.3.3.10 Training discs may be used in the training venue, except for the Olympic Games, the Youth Olympic Games, or as otherwise decided by the IWF.”

I IWF Guidelines, Sport Equipment Licensing står der bl.a.:

”A. PROCEDURE

1.) GENERAL

IWF Constitution, 10.5

To be able to supply IWF Events, manufacturers of weightlifting Sport Equipment must obtain an “IWF Licence” and must fully comply with the conditions set out by the IWF. Any organizer of any IWF Event, as well as any concerned Member, shall be responsible toward the IWF for compliance with specific obligation.

...

3.) IWF

- 3.1 Shall evaluate the detailed description and specification about the sport equipment
- 3.2 Shall report to Manufacturer / Supplier the compliance or non-compliance (with the reason for non-compliance) of the description and specification about the sport equipment

4.) TESTING

- 4.1 Platform, Barbell, Scale
- 4.1.1 Sample sport equipment shall be sent to IWF designated Member Federation(s) for testing (number and testing period to be coordinated)
- 4.1.2 Member Federation(s) shall report to the IWF about the sport equipment
- 4.1.3 IWF shall report to Manufacturer / Supplier the compliance or non-compliance (with the reason for non-compliance) of the sport equipment

...

7.) QUALITY CONTROL

7.1 Platform, Barbell, Scale

Manufacturer / Supplier shall guarantee that their equipment is adequate for weightlifting competition and training; and is safe for athletes' health during proper use. IWF Technical Committee members (or representatives) make Quality Control during IWF Events on

- construction and design
- measurement
- weight

and the IWF sends the report to the Manufacturer / Supplier.

...

B. SPECIFICATIONS

...

2.1 Bar

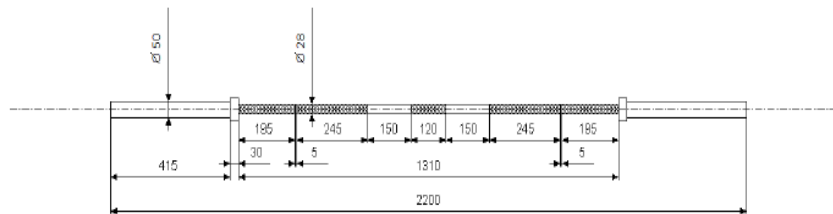
IWF TCR 3.3.3.2

Bar

There are two (2) types of bars: men's and women's bars. Both types of bars must meet the following authorized specifications:

IWF TCR 3.3.3.3

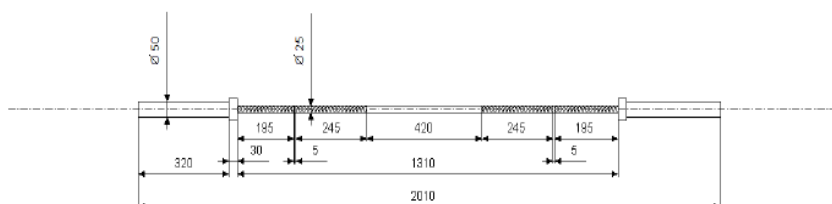
A men's bar weighs twenty (20) kg.

Regulation to 3.3.3**Men's bar**

- manufactured from chromed steel
- machined with knurling in grip section
- weight = 20 kg
- length = 220 cm
- outer ends (sleeves) = 5 cm diameter / 41.5 cm long
- grip section = 2.8 cm diameter / 131 cm long
- 2 grip sections = 44.5 cm with non-knurled 0.5 cm strip 19.5 cm from inner sleeve
- centre knurling = 12 cm long
- demarcated with blue identification marking at each end and the centre of the bar
- tolerance = from +0.1% to -0.05%

IWF TCR 3.3.3.4

A women's bar weighs fifteen (15) kg.

Regulation to 3.3.3**Women's bar**

- manufactured from chromed steel
- machined with knurling in grip section
- weight = 15 kg
- length = 201 cm
- outer ends (sleeves) = 5 cm diameter / 32 cm long
- grip section = 2.5 cm diameter / 131 cm long
- 2 grip sections spaced 42 cm apart with non-knurled 0.5 cm strip 19.5 cm from inner sleeve
- demarcated with yellow identification marking at each end and in centre of the bar
- tolerance = from +0.1% to -0.05%

2.2 Discs**IWF TCR 3.3.3.5**Discs

Two types of discs are authorised for use by the IWF: Competition and Training discs. Both types of discs must meet the following authorized specifications:

IWF TCR 3.3.3.6

Competition discs: (*weights in kilograms with corresponding colour*)

30 kg black*
 25 kg red
 20 kg blue
 15 kg yellow
 10 kg green
 5 kg white
 2.5 kg red
 2 kg blue
 1.5 kg yellow
 1 kg green
 0.5 kg white

*Note: Details of the introduction of 30 kg discs are subject to further co-ordination.

Regulation to 3.3.3

Competition discs:

a) Diameter

- Discs ≥ 10 kg : 45 cm \pm 0.1 cm tolerance
- Discs < 10 kg \leq 45 cm \pm 0.1 cm tolerance

b) Material

- Discs ≥ 10 kg: covered with rubber or plastic and coated on both sides with permanent colour
- Discs < 10 kg: may be made of metal or other IWF approved material

c) Tolerance

- Discs > 5 kg: from +0.1% to -0.05%
- Discs ≤ 5 kg: from +10 grams to -0 grams per part

d) Marking

- all discs must be clearly demarcated with the weight in kilograms

IWF TCR 3.3.3.7

Training discs

- manufactured in coloured weights as listed above
- may be manufactured in black with corresponding coloured rims and demarcated with "Training"

Regulation to 3.3.3

Training discs

- tolerance = from +0.8% to -0.8%
- manufactured in colours with corresponding weight listed in TCR 3.3.3.6
- may be manufactured in black with corresponding coloured rims and demarcated with "Training"

”

Fitness Engros hjemmeside

Af Fitness Engros hjemmeside fremgår bl.a.:

” ...

Crossmaxx WL Competition Vægtstang 20 kg

LMX30 olympisk vægtstang er egnet til brug ved konkurrencer, da vægtstangen er fremstillet ud fra de kravspecifikationer, som er fremsat af IWF herunder markeringer, diameter og vægt. [Læs mere](#)

...

Farvede competition vægtskiver fra Crossmaxx

LMX85C Crossmaxx competition vægtskiver (fuldfarvede) er fremstillet af holdbart vulkaniseret gummi, stemmer overens med IWF's specifikationer og overholder ligeledes alle øvrige IWF standarder (vægt og dimensioner).

...”

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

Fitness Engros har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1A-7, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

FMI har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1A-7, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt. Såfremt klagenævnet på det foreliggende grundlag måtte vurdere, at de påklagede forhold ikke kan forkastes på dette trin, må en konkret væsentlighedsvurdering føre til, at betingelserne om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1A har Fitness Engros gjort gældende, at det udgør en overtrædelse af udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 2, at FMI har anvendt en såkaldt IWF-standard, som ikke er omfattet af de mulige standarder i bestemmelsen.

I kravspecifikationen er anvendt termen ”standard” flere steder, herunder i krav nr. 95. Det indikerer, at FMI anser de tekniske specifikationer fra IWF

for at være en standard, og forholdet er derfor reguleret af udbudslovens §§ 41 og 43.

Det er dog uklart, om mindstekravet i udbudsmaterialet skal anses for et krav om en standard, mærke eller et certifikat.

Udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 2, er opbygget således, at de tekniske specifikationer kan udformes ved henvisning til en af de oplistede standarder i prioriteret rækkefølge, jf. litra a-h.

En national standard, der gennemfører en europæisk standard, har betegnelsen DS/EN, DS/EN ISO eller DS/EN IEC. Europæiske tekniske vurderinger betegnes ETA. En fælles teknisk specifikation betegnes TS. En international standard er udarbejdet af de anerkendte uafhængige internationale organisationer ISO og IEC. Andre tekniske referencer udarbejdet af europæiske standardiseringsorganer betegnes TR (tekniske rapporter), CWA (europæiske workshop agreements) samt Guides. Nationale standarder i Danmark betegnes DS. Nationale tekniske godkendelser eller tekniske specifikationer har ikke en bestemt betegnelse.

IWF har ingen officiel standardbetegnelse. Der er således hverken tale om en international, europæisk eller national standard. IWF er en privatretlig sportsorganisation og opfylder således ikke betingelserne for at kunne udforme en standard, således som dette er defineret i udbudsdirektivet. Derfor er der ikke tale om en standard, som er omfattet af udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 2, litra a-h, der er udtømmende.

IWF er ikke et standardiseringsorgan, jf. definitionen heraf i udbudsdirektivet 2014/14, bilag VII. Formålet med IWF er ikke at fastsætte tekniske standarder til brug for indkøb. De tekniske specifikationer for udstyr har et helt andet sigte, nemlig at sikre at alle anvender den samme type udstyr ved konkurrencer, så konkurrencen ikke påvirkes af forskel i udstyr. IWF er en sportsorganisation. I Europa er der tre standardiseringsorganisationer. På EU's officielle hjemmeside fremgår det, at "Europæiske standarder" vedtages af en af de 3 europæiske standardiseringsorganisationer: Den Europæiske Standardiseringsorganisation (CEN), Den Europæiske Komité for Elektroteknisk Standardisering (Cenelec) og Det Europæiske Standardiseringsinstitut for Telekommunikation (ETSI).

På den officielle hjemmeside for Dansk Standard står der følgende: ”Dansk Standard er den officielle nationale standardiseringsorganisation i Danmark og er medlem af følgende europæiske og internationale standardiseringsorganisationer: ISO, IEC, CEN, CENELEC og ETSI.” CEN, CENELEC og ETSI er de europæiske, som er beskrevet ovenfor. De to internationale er ISO og IEC.

Begrebet standard i henhold til udbudsdirektivet (2014/24/EU) skal derfor forstås som en standard, der er udstedt af en af de ovenfor anførte europæiske eller internationale standardiseringsorganisationer. IWF kan på ingen måde anses for at være en international standardiseringsorganisation eller sidestillet hermed i udbudsdirektivets forstand.

Formålet med at henvise til en standard i et offentligt udbud er, at det skal fremme konkurrencen, derved at henvisningen klargør, hvilke tekniske krav der kræves, og alle aktører skal have mulighed for at opfylde den pågældende standard. FMI's krav om, at de tilbudte produkter skal være IWF-certificerede, tjener det stik modsatte formål, fordi IWF er en lukket klub, hvor kun seks producenter i verden har indgået en licensaftale. De seks er følgende: Rogue Fitness (USA), Hebei Zhangkong barbell Manufacturing Co., Ltd. (Kina), Werksan Quipment, Yildirim Beyazit Cad (Tyrkiet), Uesaka Barbell Company (USA), Shanghai Double Happiness Co. Ltd (Kina) og Eleiko Group Ab (Sverige). Det fremgår af listen, at der kun er én europæisk producent, der har en licensaftale med IWF, og det er FMI's nuværende leverandør, Eleiko Group Ab.

Kravene for at indgå en licensaftale med IWF er ikke offentligt tilgængelige, men det formodes, at der kræves betaling af et ikke ubetydeligt beløb til IWF. Der er ikke en officiel geografisk områdebeskyttelse, men det er påfaldende, at det ikke er lykkedes andre europæiske producenter at opnå en licensaftale med IWF.

IWF er ikke den eneste organisation i verden, der har oplistet tekniske specifikationer til træningsudstyr. Der findes en anden tilsvarende sportsorganisation, der hedder IPF, International Powerlifting Federation. Forskellen på IWF og IPF er den form for vægtløftning, som de repræsenterer, men de er fuldstændig ligestillede i relation til at stille krav til udstyr, der anvendes i konkurrencer. IPF har således et tilsvarende regelsæt, betegnet ”Technical Rules Book”, hvor der er oplistet tekniske specifikationer til det udstyr, som

skal anvendes til deres konkurrencer. Både IWF-standard og IPF-standard er kun relevante i forhold til konkurrencer. Hensynet er således at sikre, at der anvendes fuldstændig ens udstyr, når der konkurreres, men det siger ikke nødvendigvis noget om kvaliteten.

Der er ingen af Forsvarets personel, der skal deltage i internationale vægtløftningskonkurrencer, hvorfor anvendelsen af IWF-certifikat som et mindstekrav i udbuddet er udtryk for en misforståelse af, hvad IWF-regelsættet anvendes til. De opstillede standarder har således et helt andet sigte end den anvendelse, som FMI skal bruge udstyret til, som angives at skyldes et hensyn om at sikre den operative fysiske parathed for Forsvarets personel. IWF-standarden er ikke relevant i forhold til almindelig træning, og der er derfor ingen af de største kommercielle træningscentre, der stiller krav om, at deres produkter skal være IWF-certificerede. Det er en standard, der anvendes til træningsudstyr til sportsfolk, der deltager i internationale vægtløftningskonkurrencer. Træningsudstyret skal anvendes til almindelig træning af Forsvarets personel og ikke til træning til internationale sportskonkurrencer. Derfor er kravet om IWF-certifikat under alle omstændigheder usagligt.

Særligt vedrørende påstand 1A har FMI gjort gældende, at mindstekravet vedrørende "IWF" er gennemsigtigt, og at det klart fremgår af udbudsmaterialet, hvordan kravet skal forstås.

IWF har international status som "sole controlling body" inden for vægtløftningssporten, og som følge heraf er det IWF, der fastsætter krav til vægtstænger og vægtskiver, der skal kunne anvendes til anerkendte konkurrencer inden for vægtløftning, nationalt som internationalt.

Det er et relativt almindeligt krav i markedet, at vægtstænger og vægtskiver kan opfylde de krav, der stilles for at være godkendt til konkurrencer i IWF-regi, samt at leverandørerne i markedet derfor også er bekendt med, hvilke krav der stilles, for at IWF skal kunne godkende vægtstænger og vægtskiver til konkurrencer i IWF-regi.

Fitness Engros har selv flere gange henvist til de relevante specifikationer ved fremsendelse af producenterklæring og revisorerklæring. Det må derfor kunne lægges til grund, at Fitness Engros er bekendt med IWF-specifikationerne og den procedure (fysisk test/verifikation), der fremgår af IWF's regel-

sæt. Det fremgår også klart af Fitness Engros' hjemmeside, at IWF-specifikationerne er kendt af Fitness Engros, samt at virksomheden i sit markedsføringsmateriale netop betoner, at der gælder særlige krav for idrætsudøvere/vægtløftere, der ønsker at træne til konkurrencer i IWF-regi.

Det reelle udbudsretlige problem i sagen er ikke selve indholdet af kravet, men derimod at Fitness Engros ikke inden tilbudsfristens udløb har sikret sig tilstrækkelig dokumentation for, at de tilbudte vægtstænger og vægtskiver opfylder de specifikationer, der kræves, for at de skal kunne godkendes til anvendelse i konkurrencer i IWF-regi ved enten IWF godkendelse/certifikat eller tilsvarende. Udbudsretligt er det et forhold, som Fitness Engros bærer risikoen for.

I kravspecifikationen er der for visse produkter – for vægtstænger som beskrevet i krav id. nr. 95-98 og for vægtskiver som beskrevet i krav id. nr. 114-115 – stillet krav om, at produkterne skal opfylde kravene til at kunne blive godkendt til anvendelse i konkurrencer i IWF-regi. Det gælder således i relation til krav id. nr. 95, 97 og 115. Det fremgår endvidere af kravspecifikationen, at tilbudsgiver skal fremlægge dokumentation herfor. I den forbindelse fremgår det specifikt af kravspecifikationen, at tilbudsgiver kan dokumentere dette ved fremsendelse af godkendelse/certifikat fra IWF eller ved anden lignende dokumentation ("IWF certified or equivalent").

Det følger af fast praksis fra klagenævnet, at det er op til ordregiver at beslutte, hvad ordregiver ønsker at anskaffe, og hvilke krav ordregiver ønsker at stille til anskaffelsen, så længe beslutningen ikke er usaglig.

Kravet om, at de pågældende produkter, der alene udgør en mindre delmængde af det samlede udbud, skal kunne opfylde de krav, der stilles, for at de skal kunne godkendes til anvendelse i konkurrencer i IWF-regi, beror på, at FMI dermed får verificeret, at produkterne lever op til de fastsatte specifikationer og dermed har den rette kvalitet i forhold til det ønskede, hvilket erfaringsmæssigt ikke altid er tilfældet. Derudover er kravet med til at sikre, at den fysiske træning i Forsvaret (Militær Fysisk Træning), herunder fysiske test og konkurrencer, som både indebærer elementer direkte fra og nært beslægtet med vægtløftningssporten, kan gennemføres på ensartet grundlag og med en specifik målsætning for øje, hvilket er med til at sikre den operative

fysiske parathed for Forsvarets personel. Desuden sikres en valid gennemførelse af Forsvarets fysiske tests, som for visse personelgrupper kan have afgørende betydning for tjenesteforløbet.

FMI's krav om, at vægtstænger og vægtskiver skal kunne opfylde krav, der stilles for at være godkendt til konkurrencer i IWF-regi, er specificeret i overensstemmelse med udbudsloven, og kravspecifikationen er dermed heller ikke i strid med udbudslovens § 40, stk. 4, herunder da FMI efter kravet har tilføjet udtrykket "or equivalent".

Det følger af udbudslovens § 40, stk. 2, at ordregiveren i sin kravspecifikation skal fastsætte de egenskaber, der kræves af de varer, som er omfattet af udbuddet. Det fremgår endvidere af § 40, stk. 4, at kravspecifikationerne skal give økonomiske aktører lige adgang til udbuddet og ikke må bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for, at et udbud åbnes for konkurrence. Disse betingelser er konkret opfyldt i udbuddet, da IWF-specifikationerne, der er henvist til i udbudsmaterialet, må anses for velkendte og saglige i markedet, og da FMI har tilladt tilbudsgiverne at dokumentere overensstemmelse med IWF-specifikationerne på anden måde end ved fremvisning af IWF-godkendelse/certifikat.

På den baggrund forekommer det heller ikke umiddelbart relevant for klagenævnet at tage stilling til, hvorvidt henvisningen til IWF-specifikationerne er at betragte som en henvisning til en standard omfattet af udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 2.

FMI opfyldte under alle omstændigheder de betingelser, der er fastsat i udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 2. En standard i udbudslovens forstand skal fortolkes i overensstemmelse med udbudsdirektivets bilag VII. Det fremgår heraf, at der ved en "Standard" forstås en "teknisk specifikation, som er vedtaget af et anerkendt standardiseringsorgan til gentagen eller konstant anvendelse, hvis overholdelse ikke er obligatorisk". Det fremgår endvidere, at der ved en "International standard" skal forstås "en standard, der er vedtaget af en international standardiseringsorganisation, og som er offentligt tilgængelig".

Begrebet "International standardiseringsorganisation" er derimod ikke særskilt defineret i udbudsloven eller udbudsdirektivet, men i mangel heraf synes

det umiddelbart rimeligt at betragte IWF som en sådan i forhold til fastsættelse af standarder med relation til internationale konkurrencer og regulativer inden for vægtløftning – på linje med andre anerkendte internationale sportsorganisationer som f.eks. IOC (Den Internationale Olympiske Komité) eller FIFA (Fédération Internationale de Football Association).

Det væsentlige må i den udbudsretlige kontekst være, at der er tale om et regelsæt eller en standard, der er internationalt anerkendt på nationalt niveau til fastsættelse af ikke bindende og offentligt tilgængelige regler, da de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed dermed er opfyldt. FMI er ikke bekendt med andre internationalt anerkendte retningslinjer/standarder vedrørende vægtstænger og vægtskiver, der på samme måde regulerer de konkurrencemæssige forhold ved internationale konkurrencer.

Det har i øvrigt ikke selvstændig betydning, hvorvidt en ”standard” hviler på et privatretligt grundlag, hvilket f.eks. også gælder ISO (International Organization for Standardization).

Hvis klagenævnet måtte finde, at kravet om opfyldelse af IWF-specifikationerne må anses for en international standard, som ikke kan rummes inden for udbudsdirektivets/udbudslovens definitioner, har henvisningen til ”IWF” ikke haft konkret betydning for markedet og Fitness Engros, da indholdet af FMI’s krav er velkendt af markedet. Det ville derfor ikke have gjort nogen forskel, om FMI som alternativ havde gentaget/beskrevet indholdet af IWF-kravene i udbudsmaterialet. Der henvises i den forbindelse til klagenævnets kendelse af 3. april 2013, Schneider Electric Danmark A/S og Dansk Industri mod Gladsaxe Kommune.

Særligt vedrørende påstand 1B har Fitness Engros gjort gældende, at Fitness Engros har fremsendt tilstrækkelig dokumentation for, at de tilbudte produkter opfylder det materielle indhold af standarden fra IWF, hvis det anses for lovligt, at FMI har anvendt denne.

Det fremgår ikke af udbudsmaterialet, hvad indholdet af IWF-standardens er. I henhold til IWF’s hjemmeside er der opstillet nogle krav til ”Weightlifting Equipment”. Det er ikke særlig komplicerede tekniske krav, idet der reelt kun er tale om krav til vægt, farve og maksimal vægtafvigelse.

Både erklæring fra producenten og erklæring fra revisor udgør passende dokumentation for, at de tilbudte produkter opfylder alle de tekniske specifikationer, der fremgår af IWF-specifikationerne, således som disse er beskrevet på IWF's hjemmeside og den officielle IWF Technical and Competition Rules & Regulations.

FMI har ikke været i stand til at oplyse, hvad der mangler i de medsendte erklæringer, men har alene angivet, at de indsendte erklæringer ikke er tilstrækkelige, uden at kunne oplyse eller konkretisere, hvilke tekniske forhold der mangler at blive dokumenteret.

Det følger af udbudslovens § 43, at FMI ikke må afvise tilbuddet fra Fitness Engros, hvis virksomheden har godtgjort, at de tilbudte produkter opfylder de krav, der er fastsat i standarden fra IWF. Der er ingen rimelig tvivl om, at de tilbudte produkter opfylder de elementære tekniske specifikationer i IWF-standard.

FMI har derfor handlet i strid med udbudslovens § 43 ved at nægte at acceptere de tilsendte erklæringer som passende dokumentation for, at de tilbudte produkter opfylder de tekniske specifikationer, der fremgår af IWF-standard.

Der var ikke krav til, at de certifikater eller erklæringer, der skulle indleveres, var udarbejdet før tilbudsfristens udløb. Revisorerklæringen kan ikke ændre på, hvad der er tilbudt, og derfor kan det ikke sidestilles med, at Fitness Engros ændrer på sit tilbud ved, at revisorerklæringen blev taget i betragtning. Fitness Engros medsendte inden tilbudsfristen en producenterklæring, men den fandt FMI ikke fyldestgørende. Derfor fik Fitness Engros en frist til at indsende anden dokumentation, hvilken frist blev overholdt, og derfor er revisorerklæringen fremsendt rettidigt, og den er derfor relevant.

FMI aflyste den planlagte test af de tilbudte produkter, fordi FMI ikke ville acceptere de fremsendte erklæringer som dokumentation for opfyldelse af IWF-standard. Hvis testen var blevet gennemført, ville Fitness Engros have fremvist de krævede produkter, hvorfor de øvrige begrundelser for at afvise Fitness Engros' tilbud er ubegrundede.

Der er derfor alene én årsag til, at Fitness Engros' tilbud blev afvist, og det er, at de to medsendte erklæringer ikke blev accepteret som dokumentation

for, at de tilbudte produkter opfylder de tekniske krav, der stilles for at blive IWF-certificeret.

Særligt vedrørende påstand 1B har FMI gjort gældende, at FMI har handlet i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsloven ved at afvise tilbuddet fra Fitness Engros, og at FMI dermed heller ikke har handlet i strid med udbudslovens § 43.

Fitness Engros har ikke fremsendt dokumentation for, at de tilbudte produkter opfylder det materielle krav for at kunne blive godkendt/certificeret til brug ved konkurrencer i IWF-regi.

FMI har som anført ovenfor under påstand 1A iagttaget udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 2, der relaterer sig til det udbudsretlige ligebehandlingsprincip og skal sikre, at en tilbudsgiver, der kan dokumentere, at de materielle krav, som ordregiveren har fastsat, er opfyldt, ikke afskæres på baggrund af formelle krav. Det er derfor også fast antaget i praksis, at ordregiveren ikke på forhånd kan fastsætte formelle krav til karakteren af den dokumentation, der kræves. Omvendt er det tilbudsgiveren, der har bevisbyrden for, at der er tale om ”tilsvarende” dokumentation.

Det beror på FMI's skøn, hvorvidt den fremsendte dokumentation er tilstrækkelig, og FMI har i sin håndtering af sagen ikke overtrådt dette skøn. FMI kunne ikke uden at stille tilbudsgiverne ulige have accepteret den dokumentation, som Fitness Engros har fremlagt, da det klart fremgår af IWF-regelsættet, at en godkendelse/certifikat gives på baggrund af en fysisk test/verifikation af, at specifikationerne er overholdt. Det ville således have stillet Fitness Engros bedre end de øvrige tilbudsgivere, hvis Fitness Engros kunne ”slippe” med blot at fremsende en ”skrivebordserklæring” fra producenten eller en revisor på, at de tilbudte produkter på papiret opfylder de specifikationer, som stilles af IWF, men uden at dokumentere, at de rent faktisk også opfylder dem. Derudover kunne FMI under alle omstændigheder ikke tage revisorerklæringen i betragtning, da den er udarbejdet efter tilbudsfristens udløb og derfor i sig selv ville indebære en konkurrencemæssig tidsmæssig fordel for Fitness Engros.

Fitness Engros' tilbud var i øvrigt også ukonditionsmæssigt som følge af, at virksomheden ikke kunne opfylde kravet om at levere de nødvendige pro-

dukter til den forestående brugertest. Det er ikke korrekt, at FMI havde fremtvinget denne situation. Vilket fremgår klart af udbudsmaterialet, og det har således været Fitness Engros bekendt under hele udbudsprocessen. Fitness Engros kunne ikke tillades at berigtige dette forhold uden at blive stillet bedre end de øvrige tilbudsgivere, da FMI dermed ville handle i strid med udbudslovens ligebehandlingsprincip.

Særligt vedrørende påstand 2A har Fitness Engros gjort gældende, at det udgør en overtrædelse af udbudslovens § 46, stk. 1, at FMI har anvendt et mindstekrav om, at de tilbudte produkter skal være af et mærke svarende til IWF-specifikationerne, da de ikke opfylder kravene til et lovligt mærke efter udbudslovens § 46.

Hvis der er tale om et mærke, er det reguleret af udbudslovens § 46, hvorefter en ordregiver i de tekniske specifikationer kan kræve, at et indkøb er forsynet med et bestemt mærke som dokumentation for specifikke egenskaber.

De offentligt tilgængelige oplysninger om IWF-specifikationerne er begrænset til nogle elementære krav til vægt, farver og maksimal vægtafvigelse. Disse krav har Fitness Engros dokumenteret er opfyldt med de tilbudte produkter. FMI synes at kræve dokumentation for yderligere tekniske specifikationer, som imidlertid ikke er oplyst.

De mærkekrav, som FMI kræver opfyldt, er ikke fastsat på grundlag af objektivt verificerbare og ikke-diskriminerende kriterier. Mærket er udviklet af en privatretlig sportsorganisation til brug for internationale konkurrencer. Det opfylder på ingen måde kravet om, at mærket er udviklet på grundlag af en åben og gennemsigtig procedure, i hvilken alle relevante interessenter kan deltage. Dermed er betingelsen i udbudslovens § 46, stk. 1, nr. 2 og 3, ikke opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 2A har FMI gjort gældende, at FMI ikke som sådan har stillet krav om, at de tilbudte produkter (vægtstang og vægtskiver) skal være forsynet med et bestemt (IWF) mærke. FMI har derimod stillet krav om, at produkterne skal kunne opfylde kravene til at kunne blive godkendt til anvendelse i konkurrencer i IWF-regi. Allerede på den baggrund skal påstanden ikke tages til følge.

Under alle omstændigheder opfylder FMI i realiteten de betingelser, der fremgår af udbudslovens § 46, stk. 1. IWF-regelsættet er frit tilgængelig på IWF's hjemmeside, og det fremgår klart af regelsættet, hvilke krav der stilles til de specifikke fysiske egenskaber i forhold til mål, vægt, bearbejdning, materiale for vægtstænger og vægtskiver, samt hvilke tolerancer (afvigelser) der accepteres. Det fremgår også, at en producent skal fremsende de pågældende produkter til en fysisk test/verifikation for at blive godkendt/certificeret.

Særligt vedrørende påstand 2B har Fitness Engros gjort gældende, at FMI er forpligtet til at acceptere de erklæringer, som Fitness Engros har vedlagt sit tilbud, som værende tilstrækkelige, og at det derfor udgør en overtrædelse af udbudslovens § 46, stk. 4, at FMI har nægtet at acceptere disse erklæringer.

Det fremgår af udbudslovens § 46, stk. 4, at FMI altid skal acceptere anden passende dokumentation, når det kan konstateres, at mærkekravene er opfyldt.

Fitness Engros har indsendt erklæring fra henholdsvis producent og revisor, der dokumenterer, at de mærkekrav, der fremgår af offentligt tilgængeligt materiale vedrørende konkurrenceudstyr fra IWF, er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 2B har FMI gjort gældende, at afvisningen af tilbuddet fra Fitness Engros under henvisning til det anførte under påstand 1B var berettiget og i overensstemmelse med udbudslovens regler, herunder særligt ligebehandlingsprincippet.

FMI har i øvrigt ikke afvist Fitness Engros' tilbud med den begrundelse, at de tilbudte produkter ikke har et mærke fra IWF eller tilsvarende, men derimod fordi Fitness Engros ikke har dokumenteret, at de tilbudte produkter faktisk opfylder de krav, der stilles af IWF for, at produkterne skal kunne godkendes til anvendelse i konkurrencer i IWF-regi.

Særligt vedrørende påstand 3 har Fitness Engros gjort gældende, at FMI er forpligtet til at acceptere de erklæringer, som Fitness Engros har vedlagt sit tilbud som værende tilstrækkelige, og at det derfor udgør en overtrædelse af udbudslovens § 47, stk. 2, og § 48, at FMI har nægtet at acceptere disse erklæringer.

Såfremt mindstekravet angående IWF skal anses for et krav om fremlæggelse af et certifikat, hvilket støttes af betegnelser andetsteds i kravspecifikationen, hvor der anvendes formuleringen ”IWF certified or equivalent”, reguleres forholdet af udbudslovens §§ 47 og 48.

Det fremgår af udbudslovens § 47, stk. 2, at FMI skal acceptere et certifikat fra et tilsvarende overensstemmelsesvurderingsorgan. Det må afgøres konkret, hvad der anses for et tilsvarende overensstemmelsesvurderingsorgan. En erklæring fra producenten eller en erklæring fra en revisor skal anses for et tilsvarende overensstemmelsesvurderingsorgan.

Kravet til indholdet af erklæringen er ved dette udbud meget uklar. Det fremgår alene, at hvis tilbudsgiver ikke har et certifikat udstedt af IWF, skal der indsendes et tilsvarende certifikat. Et tilsvarende certifikat må indholdsmæssigt anses at vedrøre de tekniske specifikationer, som fremgår af offentligt tilgængelige oplysninger, herunder IWF’s hjemmeside og IWF ”Technical and Competition Rules & Regulations”.

Erklæringen fra producenten udgør indholdsmæssigt et certifikat for, at de gældende IWF-specifikationer er opfyldt. Tilsvarende er indholdet af revisorerklæring, at de tekniske specifikationer for det tilbudte udstyr svarer til de tekniske specifikationer, der fremgår af IWF ”Technical and Competition Rules & Regulations”.

Det fremgår tilsvarende af udbudslovens § 48, stk. 1, nr. 2, at FMI altid skal acceptere anden passende dokumentation, når det kan konstateres, at kravene i de tekniske specifikationer er opfyldt. Da erklæringen fra henholdsvis producenten og revisor dokumenterer, at de tilbudte produkter svarer overens med de offentligt tilgængelige oplysninger om IWF-specifikationer, var FMI forpligtet til at acceptere erklæringerne som værende tilstrækkelige, og det udgør en overtrædelse af udbudslovens § 48, stk. 1, nr. 2, at FMI har nægtet at acceptere disse erklæring.

Særligt vedrørende påstand 3 har FMI gjort gældende, at afvisningen af tilbuddet fra Fitness Engros under henvisning til det anførte under påstand 1B var berettiget og i overensstemmelse med udbudslovens regler, herunder særligt ligebehandlingsprincippet.

Særligt vedrørende påstand 4 har Fitness Engros gjort gældende, at FMI har overtrådt gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved at nægte at oplyse, hvilke forhold det krævede certifikat skal omhandle. FMI's fremgangsmåde indebærer desuden en åbenbar forskelsbehandling mellem Fitness Engros og en tilbudsgiver, som har valgt at betale IWF for at blive certificeret til at kunne levere træningsudstyr til internationale sportskonkurrencer.

FMI har undladt at oplyse om de tekniske forhold, som ikke er behandlet af de allerede indsendte erklæringer, og Fitness Engros har således ikke haft mulighed for at indhente et certifikat på de pågældende forhold. FMI's fremgangsmåde indebærer, at der kræves fremsendelse af et certifikat om tekniske forhold, som FMI nægter at oplyse nærmere om. Det medfører, at der er opstillet et krav til Fitness Engros' tilbud, som er umuligt at opfylde, og dermed afskæres Fitness Engros fra at afgive et konditionsmæssigt tilbud.

Det fremgår imidlertid af IWF Technical and Competition Rules & Regulations og IWF Guidelines, Sport Equipment Licensing, hvilke tekniske forhold der er omfattet af et IWF-certifikat, herunder f.eks. kravene til vægtstang til mænd, jf. IWF Guidelines, Sport Equipment Licensing, pkt. 3.3.3.3. Disse forhold er alle målbare krav, som kan konstateres opfyldt ved at sammenholde med produktets tekniske specifikation. Det giver derfor ingen mening at kræve en fysisk test af, om vægtstangen f.eks. vejer 20 kg og er 220 cm lang m.v. Det gælder tilsvarende for punkt 3.3.3.4 vedrørende vægtstang til kvinder. For vægtskiver fremgår det af punkt 3.3.3.6, at der er krav til farver for de forskellige vægtstørrelser samt krav til tolerance og materiale. Det er tilsvarende objektivt konstaterbart, om det er opfyldt. Det er netop disse krav, som erklæringen fra producent og revisorerklæringen vedrører.

FMI forsøger at fremstille det som om, der er tale om en langt mere omfattende test for at blive IWF-certificeret, men det er ikke korrekt, og FMI har ikke oplyst, hvad denne mere omfattende test skulle vedrøre. De tekniske krav til et IWF-certificeret produkt fremgår af IWF Regulations og IWF Guidelines. Der er ikke andre krav til testen, og disse krav er dokumenteret opfyldt ved de medsendte erklæringer.

Ordregivers mulighed for efter udbudslovens § 47, stk. 1, at kræve at der fremlægges et certifikat, må ikke misbruges til at kræve et certifikat med et ikke oplyst indhold eller nægte at oplyse, hvilke forhold certifikatet skal omhandle.

Særligt vedrørende påstand 4 har FMI gjort gældende, at det klart har fremgået af udbudsmaterialet, hvilke mindstekrav Fitness Engros skulle opfylde i relation til de indholdsmæssige krav og kravene til dokumentation for opfyldelse. Dertil kommer, at Fitness Engros på orienteringsmødet tilkendegav, at det ikke ville være et problem for Fitness Engros at levere produkter (vægtstænger og vægtskiver), der var godkendt/certificeret af IWF eller på tilsvarende måde opfyldte kravet. Erklæringen fra henholdsvis producent og revisor dokumenterer også, at Fitness Engros har været fuldt ud bekendt med IWF-regelsættet.

FMI har efter tilbudsfristens udløb udnyttet udbudslovens muligheder for at lade Fitness Engros berigtige den manglende dokumentation for opfyldelse, og FMI kunne ikke uden at krænke det udbudsretlige ligebehandlingsprincip have accepteret, at Fitness Engros foretog yderligere berigtigelse ved foretagelse af fysisk test/verifikation efter tilbudsfristens udløb.

FMI har ikke nægtet at oplyse Fitness Engros om, på hvilken måde og i hvilket omfang virksomheden kunne berigtige den manglende dokumentation. Fitness Engros har fået udførlig vejledning herom.

Særligt vedrørende påstand 5 har Fitness Engros gjort gældende, at FMI har overtrådt udbudslovens § 42, stk. 1, ved at stille krav om en bestemt type produkt, hvilket har givet den eksisterende leverandør, Eleiko Group Ab, en klar konkurrencemæssig fordel, uden at det var nødvendigt, idet FMI kunne have beskrevet de tekniske krav til vægt, farver og acceptable vægtafvigelse uden at stille krav om et IWF-certifikat.

Den eksisterende leverandør er efter det oplyste unikt certificeret af IWF, og dermed er virksomheden den eneste, der har et IWF-certifikat, og som derfor uden yderligere dokumentation kan opfylde de opstillede mindstekrav om, at produkterne skal være IWF-certificerede.

Det materielle indhold af et IWF-certifikat må anses at være fastlagt ved de såkaldte IWF Regulations. Det er relativt simple krav om, hvor meget en vægtstang må veje, hvilke farver vægtskiverne skal have, og hvor stor en afvigelse der maksimalt kan accepteres fra den angivne vægt. Det havde derfor været muligt for FMI at opstille de tekniske krav uden at henvise til IWF-

specifikationer og fastsætte krav om, at produktet skulle være IWF-certificeret.

Det er usagligt at kræve, at produktet er IWF-certificeret, idet IWF er en sportsorganisation, hvorfor et IWF-certifikat alene har betydning for, om produktet kan anvendes til internationale konkurrencer. Det har intet at gøre med den brug, som FMI vil anvende udstyret til, da det må antages, at FMI foretager indkøb til brug for Forsvaret og de dertil hørende opgaver af militær karakter og ikke for at træne atleter til deltagelse i internationale vægtløftningskonkurrencer.

Særligt vedrørende påstand 5 har FMI gjort gældende, at kravet om, at vægtstænger og vægtskiver skal kunne godkendes til konkurrencer i IWF-regi, er sagligt begrundet, og det er ikke konkurrenceforvridende, da FMI netop tillader tilbudsgiverne at dokumentere overensstemmelse med IWF-specifikationerne på anden måde end ved fremvisning af IWF godkendelse/certifikat.

Det fremgår således klart af udbudsmaterialet, at tilbudsgiverne kan dokumentere overensstemmelsen ved tilsvarende dokumentation som en IWF godkendelse/certifikat. Det fremgår i øvrigt af IWF's hjemmeside, at der på nuværende tidspunkt er seks producenter af vægtløftningsudstyr, der er godkendt til brug for IWF-konkurrencer, hvorfor det heller ikke er korrekt, at der alene er én producent, der kan levere produkter, som opfylder de krav, der stilles af FMI.

Ud af de tre tilbud, som FMI havde modtaget ved tilbudsfristens udløb, var det kun Fitness Engros, der ikke rettidigt kunne dokumentere, at de tilbudte produkter (vægtstænger og vægtskiver) opfyldte kravene til at kunne blive godkendt til konkurrencer i IWF-regi ved fremsendelse af IWF-certifikat eller tilsvarende. På orienteringsmødet, hvor det blev drøftet med tilbudsgiverne, om de kunne opfylde kravet, var dette i øvrigt blevet besvaret bekræftende af alle tilbudsgivere.

Det savner mening, at FMI skulle beskrive det ønskede krav på anden måde end ved henvisning til IWF, da IWF-specifikationerne netop er så velkendte i markedet.

Særligt vedrørende påstand 6 har Fitness Engros gjort gældende, at klagenævnet under henvisning til det under påstand 1A-5 skal suspendere udbudsprocessen og påbyde FMI at ændre beslutningen om at afvise Fitness Engros' tilbud, således at Fitness Engros får mulighed for at forberede testen igen, så udbudsprocessen kan fortsætte med inddragelse af virksomhedens tilbud i evalueringen.

Særligt vedrørende påstand 6 har FMI gjort gældende, at der under henvisning til det anførte under påstand 1-5 ikke er grundlag for at tage påstanden til følge. Selv hvis Fitness Engros måtte få helt eller delvist medhold i, at den fremsendte dokumentation vedrørende IWF-specifikationerne er tilstrækkelig, vil tilbuddet fra Fitness Engros fortsat være ukonditionsmæssigt, da virksomheden ikke kunne opfylde kravet om at levere de nødvendige produkter til den forestående brugertest.

Særligt vedrørende påstand 7 har Fitness Engros gjort gældende, at udbudsmaterialet er uegnet til at danne grundlag for en tildelingsbeslutning.

Særligt vedrørende påstand 7 har FMI gjort gældende, at der under henvisning til det anførte under påstand 1-5 ikke er grundlag for at tage påstanden til følge.

Selv hvis Fitness Engros måtte få helt eller delvist medhold i, at kravet om opfyldelse af IWF-specifikationerne må anses for en international standard, et mærke eller et krav om et certifikat i strid med udbudslovens regler, er indholdet af FMI's krav så velkendte af markedet, at henvisningen til "IWF" ikke har haft konkret betydning for markedet generelt eller Fitness Engros. Det ville ikke have gjort nogen forskel, om FMI som alternativ havde gentaget/beskrevet indholdet af IWF-kravene i udbudsmaterialet.

Ad uopsættelighed

Fitness Engros har gjort gældende, at kravet til uopsættelighed er opfyldt, fordi Fitness Engros' interesser ikke kan varetages ved muligheden for senere at opnå erstatning for mistet fortjeneste, da udbuddet ikke er afsluttet, og der ikke har været en evaluering. Det er derfor ikke muligt at påvise, at Fitness Engros' tilbud ville have været det økonomisk mest fordelagtige, hvis FMI ikke havde afvist det. Hvis FMI får lov til at fortsætte udbudsprocessen og foretage en tildeling, vil formålet med klagen forspildes, og FMI vil indgå en

rammeaftale på et ulovligt grundlag. Derfor kan en stillingtagen til de nedlagte påstande ikke udsættes til efter, udbuddet er afsluttet.

FMI har gjort gældende, at det følger af fast EU-praksis og klagenævnspødsis, at det påhviler Fitness Engros at godtgøre, at Fitness Engros vil lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis virksomheden skal afvente afgørelsen i hovedsagen, og at der ikke foreligger et sådant tab, hvis tabet er økonomisk, og der senere kan betales erstatning herfor. Et økonomisk tab kan kun anses for uopretteligt, hvis selve virksomhedens eksistens vil være truet, såfremt opsættende virkning ikke gives.

Det er endvidere i flere EU-domme fastslået, at der samtidig i praksis stilles meget betydelige krav til klagers bevisbyrde, herunder til dokumentationen fra klager. Der kræves således i medfør af EU-praksis ”hard and precise information, supported by detailed documents showing the applicant's financial situation”.

Da det følger af EU-praksis, at en virksomhed, der deltager i et udbud, aldrig kan regne med at få tildelt kontrakten, og dette udgør en normal kommerciel risiko, som virksomheden må tage i betragtning, og når der herudover henses til, at der kan ydes økonomisk erstatning for individuelle tab ved fejlagtige udbudsprocedurer, er sådanne tab ikke uoprettelige.

Fitness Engros har ikke ført et sådant ”sikkert bevis” for, at en alvorlig og uoprettelig skade er umiddelbart nært forestående, hvis Fitness Engros henvises til at afvente afgørelsen af hovedsagen. Der foreligger således ikke et uopretteligt tab, som ikke kan kompenseres ved erstatning, og dette er så meget desto mere tilfældet allerede som følge af, at Fitness Engros har taget forbehold om at nedlægge påstand om erstatning, jf. også Rettens kendelse af 4. september 2012, Elitaliana SpA mod Eulex Kosovo i sag T-213/12 R.

Det bør også tages i betragtning, at Fitness Engros allerede på tidspunktet før indlevering af tilbuddet i det offentlige udbud var bekendt med udbudsproceduren og udbudsmaterialet, herunder kravet vedrørende IWF-specifikationerne. Det bør således være udelukket at anse betingelsen om uopsættelighed for opfyldt, jf. klagenævnets delkendelse af 12. januar 2016, Struensee & Co. I/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

Ad interesseafvejning

Fitness Engros har gjort gældende, at virksomheden har en åbenbar interesse i at få lov til at deltage i udbuddet, således at det pålægges FMI at acceptere de indsendte erklæringer som passende dokumentation.

Udstyret er ikke nødvendigt for samfundskritiske funktioner, og FMI kan sagtens udsætte indgåelse af en rammeaftale og indkøb af træningsudstyr, indtil klagenævnet har taget stilling til de nedlagte påstande.

Fitness Engros er opmærksom på, at FMI har anført andre forhold som begrundelse for at afvise virksomhedens tilbud, herunder at de tilbudte produkter ikke kunne fremvises til en test. Det gælder i den sammenhæng, at FMI ret tydeligt har forsøgt at fremtvinge en situation, hvorefter Fitness Engros' tilbud kunne afvises som ukonditionsmæssigt.

I relation til test af de tilbudte produkter har Fitness Engros forespurgt, om der kunne anvendes andre produkter med fuldstændig samme funktion som de tilbudte. I det omfang det ikke kan accepteres, vil Fitness Engros fremvise de tilbudte produkter til en test. Det var imidlertid formålsløst at forberede testen yderligere, herunder fremskaffe alle de krævede produkter, fordi FMI ikke ville acceptere de fremsendte erklæringer og ikke ville oplyse, hvad et nyt certifikat skulle omhandle.

Hvis udbudsprocessen genoptages, og FMI påbydes at acceptere den indsendte dokumentation for, at Fitness Engros produkter opfylder IWF-specifikationerne, vil virksomheden kunne opfylde alle de øvrige krav til tilbuddet i øvrigt, herunder fremvise de krævede produkter til test med et varsel på 14 dage.

FMI har gjort gældende, at en interesseafvejning ikke kan føre til, at klagenævnet skal tillægge klagen opsættende virkning.

Der må således lægges vægt på, at FMI har en betydelig samfundsmæssig interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, da udbuddet vedrører indkøb af materiel, der har afgørende betydning for Forsvarets mulighed for at opretholde fysisk træning og tiltrække og fastholde personel.

Disse hensyn vejer tungere end Fitness Engros' interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning. En interesseafvejning tilsiger således i sig selv, at begæringen om opsættende virkning ikke tages til følge.

Klagenævnet udtaler

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

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

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

1. En umiddelbar vurdering af klagen skal føre til, at klagen har noget på sig ("*fumus boni juris*"). Hvis klagen umiddelbart synes udsigtsløs, er betingelsen ikke opfyldt.
2. Der skal foreligge *uopsættelighed*. Det vil sige, at opsættende virkning skal være nødvendig for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for klageren.
3. En *interesseafvejning* skal tale for opsættende virkning. Klagerens interesse i, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning, skal veje tungere end indklagedes interesse i det modsatte.

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

På denne baggrund vurderer klagenævnet klagen sådan:

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

Ad påstand 1A

Efter udbudslovens § 40, stk. 1, skal en ordregiver anføre de tekniske specifikationer i udbudsmaterialet, sådan som disse er defineret i punkt 1 i udbudsdirektivets bilag VII. Det følger af udbudslovens § 40, stk. 2, at en ordregiver i de tekniske specifikationer skal fastsætte de egenskaber, som kræves af et bygge- og anlægsarbejde, en tjenesteydelse eller en vare.

Efter udbudslovens § 41, stk. 1, skal ordregiver udarbejde de tekniske specifikationer – medmindre der er fastsat danske tekniske forskrifter, der er forenelige med EU-retten, og som ordregiveren er forpligtet til at anvende – (1) ved beskrivelse af funktionskrav eller krav til funktionsdygtighed, tekniske krav eller andre krav, forudsat at beskrivelsen er så præcis, at ansøgere og tilbudsgivere kan identificere kontraktens genstand, (2) ved henvisning til en eller flere af de oplyste standarder m.v. i prioriteret rækkefølge, idet hver henvisning skal efterfølges af udtrykket eller tilsvarende eller (3) ved en kombination af funktionskrav m.v. og standarder m.v.

I Appendix A, Requirements Specifications, er det for krav nr. 95, 97 og 115 fastsat, at produktet ”shall have a quality and standards approved for competition (IWF-certified or equivalent).”

Kravet til dokumentation for at produktet er ”equivalent” er i krav nr. 95, 97 og 115 fastsat således:

”If the offer does not comply with the mentioned standards, etc., the tenderer must provide information in English establishing that the standard, etc., used in the offer is equivalent to the standard, etc., specified by DALO.”

I Instructions to Tenderers er bl.a. fastsat følgende:

”5.5 Technical specifications and standards

The technical specifications in the documents may have been prepared with reference to one or more standards, etc., such as an ISO standard. DALO has endeavoured to attach the words "or equivalent" to all such references, cf. art. 18(3), para a, of the Defence and Security Directive. If, contrary to expectations, reference to standards, etc., do not – as prescribed – include the words "or equivalent", the text should be understood to include the words "or equivalent".

If the offer does not comply with the mentioned standards, etc., the tenderer must provide information in English establishing that the standard,

etc., used in the offer is equivalent to the standard, etc., specified by DALO.

If the tenderer has only confirmed that the requirement is fulfilled without indicating in that connection whether the requirement is fulfilled by the standard etc. specified by DALO, or by an equivalent standard etc., DALO will assume that the offer complies with the standard etc. specified by DALO.”

Under udbudsprocessen blev der bl.a. stillet følgende spørgsmål:

”...

2	If a tenderer submits an offer for either barbells and / or weight discs, which are not certified by the International Weightlifting Federation (IWF), what type of documentation from the manufacturing of the equipment, does DALO require from the tenderer to uphold a valid equivalence?	If the offer does not comply with the mentioned standards, etc., the tenderer must provide information in English establishing that the standard, etc., used in the offer is equivalent to the standard, etc., specified by DALO, cf. section 5.5 in the instructions to tenderers.	19-09-2022	26-09-2022
---	---	---	------------	------------

...”

Efter indholdet af kravspecifikationen, herunder kravene til dokumentation, sammenholdt med udbudsbetingelserne pkt. 5.5 og FMI's besvarelse af spørgsmål nr. 2 er det klagenævnets vurdering, at henvisningen til ”standards approved for competition” må forstås som en henvisning til, at de tekniske specifikationer fra IWF udgør en standard, jf. herved udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 2.

Ifølge udbudsdirektivets bilag VII Definition af visse tekniske specifikationer, defineres en ”standard” på følgende måde:

”en teknisk specifikation, som er vedtaget af et anerkendt standardiseringsorgan til gentagen eller konstant anvendelse, hvis overholdelse ikke er obligatorisk, og som er en af følgende kategorier

- a) international standard: en standard, der er vedtaget af en international standardiseringsorganisation, og som er offentligt tilgængelig
- b) europæisk standard: en standard, der er vedtaget af en europæisk standardiseringsorganisation, og som er offentligt tilgængelig
- c) national standard: en standard, der er vedtaget af en national standardiseringsorganisation, og som er offentligt tilgængelig”

Europæiske standarder vedtages af en af de tre europæiske standardiseringsorganisationer: Den Europæiske Standardiseringsorganisation (CEN), Den Europæiske Komité for Elektroteknisk Standardisering (CENELEC) og Det Europæiske Standardiseringsinstitut for Telekommunikation (ETSI). Derudover er der to internationale standardiseringsorganisationer, ISO (International Organization for Standardization) og IEC (International Electrotechnical Commission). Dansk Standard er Danmarks standardiseringsorganisation.

Det er klagenævnets opfattelse, at begrebet ”standard” i henhold til udbudsdirektivet må forstås som en standard, der er udstedt af en af de ovenfor anførte nationale, europæiske eller internationale standardiseringsorganisationer.

IWF har ingen officiel standardbetegnelse, og IWF, der er en sportsorganisation, er ikke en sådan uafhængig standardiseringsorganisation, der som anført i udbudsdirektivets bilag VII kan vedtage tekniske specifikationer. De retningslinjer, som IWF har fastsat, udgør på den baggrund ikke en international, europæisk eller national standard, der i medfør af udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 2, kan henvises til.

Der er derfor på det foreløbigt foreliggende grundlag udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 1B

I Appendix A, Requirements Specifications, er det for krav nr. 95, 97 og 115 fastsat, at produktet ”shall have a quality and standards approved for competition (IWF-certified or equivalent).”

Kravet må som anført af FMI forstås således, at produkterne skal kunne opfylde kravene til at kunne blive godkendt til anvendelse i konkurrencer i IWF-regi.

Mindstekravet beskriver ikke nærmere, efter hvilke regelsæt det skal bedømmes, om produkterne kan opnå en IWF-godkendelse/certificering, og hvilke forhold der i de enkelte regelsæt skal dokumenteres opfyldt, for at produkterne er ”equivalent”, herunder om denne dokumentation tillige omfatter en test/kontrol af udstyret i overensstemmelse med IWF Guidelines Sports Equipment Licensing.

Sådan som kravet er formuleret, må det efter klagenævnets vurdering for en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver forstås således, at kravet omfatter de materielle/kvalitative tekniske specifikationer fastsat af IWF – og ikke de processuelle regler for godkendelse, som testningen i IWF Guidelines Sport Equipment Licensing er en del af – hvilket også støttes af indholdet af kravet til dokumentation i krav nr. 95, 97 og 115, hvor der ikke efterspørges ”test results”, men alene ”information in english” for overensstemmelse med IWF-specifikationerne. Det støttes endvidere af, at de tekniske krav i IWF Technical And Competition Rules & Regulations og IWF Guidelines Sport Equipment Licensing er målbare krav, som objektivt kan konstateres opfyldt ved at sammenholde de tekniske specifikationer med produktets tekniske specifikationer, og som dermed ikke forudsætter eller nødvendiggør en fysisk test.

FMI afviste ved brev af 30. november 2022 tilbuddet fra Fitness Engros som ukonditions-mæssigt. I relation til krav nr. 95, 97 og 115 henviste FMI til brev af 28. november 2022, hvoraf følgende fremgår om baggrunden for, at den fremsendte dokumentation for kravenes opfyldelse ikke kunne godkendes:

”It does not appear from the document that the products have actually been assessed/tested, e.g., there are no product sheets or other information indicating that the products have been assessed/tested.

The document appears to be a statement which has been created ”at the office” without performing any real assessments/tests of the products.

Thus, in DALO’s opinion, the statement from ... cannot be regarded as adequate documentation for fulfillment of Id. No. 95, 97 and 115.”

FMI lagde således afgørende vægt på, at produkterne ikke var blevet testet i overensstemmelse med IWF Guidelines Sport Equipment Licensing.

Da det er klagenævnets foreløbige vurdering, at FMI i forbindelse med konditions-mæssigheds-vurderingen alene kunne lægge vægt på, om det var dokumenteret, at produkterne opfyldte de materielle krav til at kunne blive godkendt til anvendelse i konkurrencer i IWF-regi, er der på det foreløbige foreliggende grundlag udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 2A og 2B

Påstandene vedrører spørgsmålet om, hvorvidt FMI har fastsat et mindstekrav om, at de tilbudte produkter skal have et mærke fra IWF og i bekræftende fald, om FMI har været berettiget til at afvise tilbuddet fra Fitness Engros.

Det er klagenævnets vurdering, at FMI med det fastsatte i Appendix A, Requirements Specifications, for så vidt angår krav nr. 95, 97 og 115 om, at produktet "shall have a quality and standards approved for competition (IWF-certified or equivalent)" ikke dermed har stillet krav om, at de tilbudte produkter skal have et mærke fra IWF, jf. herved det under påstand 1A anførte.

På det grundlag, der foreløbigt foreligger, er der ikke udsigt til, at påstandene vil blive taget til følge.

Ad påstand 3

Det følger af udbudslovens § 47, stk. 1, at en ordregiver kan kræve, at en tilbudsgiver fremlægger en testrapport eller et certifikat fra et overensstemmelsesvurderingsorgan som dokumentation for opfyldelsen af kravene i de tekniske specifikationer, jf. § 40, kriterierne for tildeling, jf. § 162, eller vilkårene for kontraktens udførelse, jf. § 176.

Et overensstemmelsesorgan er et organ, der udfører overensstemmelsesvurderingsaktiviteter, herunder kalibrering, afprøvning, certificering og inspektion, der er akkrediteret i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 765/2008 af 9. juli 2008 om kravene til akkreditering og markedsovervågning i forbindelse med markedsføring af produkter og om ophævelse af Rådets forordning (EØF) nr. 339/93.

FMI har ikke stillet krav om, at tilbudsgiverne skal fremlægger en testrapport eller et certifikat fra et overensstemmelsesvurderingsorgan som dokumentation for opfyldelsen af kravene i de tekniske specifikationer, jf. § 40.

På det grundlag, der foreløbigt foreligger, er der derfor ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 4

Et forhold kan kun anføres som mindstekrav til den udbudte ydelse, hvis det er klart for tilbudsgiverne, hvordan de skal oplyse eller dokumentere, om mindstekravet er opfyldt.

I krav nr. 95, 97 og 115 var der alene stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle ”provide information in English”, der fastslog, at produkterne svarede til dem, som var omfattet af en IWF-certificering, hvis tilbuddet ikke stemte med standarden herfor. Formen på og indholdet af dokumentationen var ikke nærmere beskrevet, herunder om dokumentationen skulle være udarbejdet af et overensstemmelsesvurderingsorgan, jf. udbudslovens § 47, stk. 1, og om dokumentationen skulle omfatte et ”product sheet” eller tilsvarende.

Tilsvarende var det i udbudsbetingelsernes pkt. 5.5 fastsat, at: ”If the offer does not comply with the mentioned standards, etc., the tenderer must provide information in English establishing that the standard, etc., used in the offer is equivalent to the standard, etc., specified by DALO.”

Under udbudsprocessen blev FMI spurgt om, hvilken type ”documentation from the manufacturing of the equipment does DALO require ... to uphold a valid equivalence?”. Ved besvarelsen af spørgsmålet gengav FMI ovennævnte afsnit fra udbudsbetingelsernes pkt. 5.5. FMI tog ved besvarelsen af spørgsmålet således ikke afstand fra, at der – som forudsat i spørgsmålet – kunne indhentes dokumentation fra producenten.

I forbindelse med, at FMI gav Fitness Engros adgang til efter tilbudsfristens udløb at indsende yderligere dokumentation for, at krav nr. 95, 97 og 115 var opfyldt, blev Fitness Engros anmodet om at indsende ”adequate documentation” – i form af et certifikat eller rapport fra en uafhængig tredjepart, som f.eks. et ”assessing institute” – som skulle ”demonstrate that the products live up to requirements equivalent to those of IWF”, hvilket der ikke var stillet krav om i kravspecifikationen eller udbudsmaterialet i øvrigt.

Det er på denne baggrund klagenævnets vurdering, at det ud fra udbudsmaterialet ikke har været klart for tilbudsgiverne, hvordan og med hvilket indhold dokumentationen skulle foreligge for at være ”equivalent”, herunder at dokumentationen ikke kunne indhentes fra producenten, og at der skulle fremsendes et certifikat eller rapport fra en uafhængig tredjepart, før dokumentationen kunne godkendes. Der er derved sket en forskelsbehandling af

tilbudsgivere, som har valgt at betale IWF for at blive certificeret til at kunne levere træningsudstyr til internationale sportskonkurrencer, og tilbudsgivere, som ikke har en sådan certificering. FMI bærer som ordregiver risikoen for uklarheder i udbudsmaterialet.

Der er derfor på det foreløbigt foreliggende grundlag udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 5

Efter klagenævnets faste praksis er det ordregiverens valg, hvorledes den udbudte ydelse beskrives, og hvilke krav der stilles til ansøgere og tilbudsgivere. Ordregiver har et meget betydeligt skøn ved fastsættelsen af de tekniske specifikationer.

Efter de foreliggende oplysninger om baggrunden for kravet om, at vægtstænger og vægtskiver skal kunne godkendes til konkurrencer i IWF-regi, er det klagenævnets foreløbige vurdering, at der ikke er grundlag for at antage, at kravet i sig selv har være usagligt, eller at de tekniske specifikationer fastsat af IWF har været udformet på en sådan måde, at konkurrencen hindres eller på andre måder kunstigt indsnævres, da tilbudsgiverne havde mulighed for at dokumentere overensstemmelsen ved tilsvarende dokumentation som en IWF-godkendelse/certifikat.

Den omstændighed, at FMI havde mulighed for at beskrive de tekniske krav i udbudsmaterialet direkte uden at henvise til IWF, kan ikke i sig selv føre til et andet resultat.

På det grundlag, der foreløbigt foreligger, er der derfor ikke udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Ad påstand 6

Spørgsmålet om, hvorvidt udbuddet skal suspenderes, er en del af afgørelsen om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, jf. klagenævnslovens § 12, og klagenævnet tager derfor ikke særskilt stilling hertil under den nedlagte påstand.

Et påbud efter klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 3, forudsætter, at overtrædelsen af udbudsreglerne efter sin karakter kan lovliggøres. Under henvisning til det under påstand 4 og 7 anførte, hvorefter udbudsmaterialet ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, er der ikke grundlag for at påbyde FMI at lade Fitness Engros' tilbud indgå i FMI's tilbudsvurdering.

Ad påstand 7

På baggrund af den under påstand 4 konstaterede overtrædelse er det klagenævnets foreløbige vurdering, at udbudsmaterialet ikke har kunnet danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, da det har været uklart for tilbudsgiverne, hvordan og med hvilket indhold de skulle dokumentere, om mindstekravet var opfyldt, hvis tilbudsgiveren ikke havde en IWF-certificering, og der er derfor på det foreløbige foreliggende grundlag udsigt til, at påstanden vil blive taget til følge.

Vedrørende betingelse nr. 2 (*uopsættelighed*) bemærker klagenævnet, at selvom der foreløbige vurderet er udsigt til, at påstanden om annullation af udbuddet vil blive taget til følge, og betingelsen om "fumus boni juris" dermed er opfyldt, finder klagenævnet, at Fitness Engros ikke efter de oplysninger, som foreligger på nuværende tidspunkt, har godtgjort, at der foreligger sådan særlig alvorlig "fumus boni juris", at Fitness Engros ikke skal bevise, at en manglende imødekommelse af anmodningen om opsættende virkning vil indebære, at Fitness Engros vil lide en uoprettelig skade.

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

På det foreløbige foreliggende grundlag finder klagenævnet herefter, at Fitness Engros ikke har godtgjort, at en beslutning om ikke at tillægge klagen opsættende virkning vil indebære, at Fitness Engros vil lide en alvorlig, uoprettelig skade. Klagenævnet har herved navnlig lagt vægt på, at der ved alle udbud består en påregnelig kommerciel risiko for ikke at opnå kontrakten, og at der ikke er oplysninger, der sandsynliggør, at Fitness Engros' eventuelle

tab som følge af den påståede overtrædelse ikke vil kunne godtgøres ved en økonomisk erstatning.

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

Klagenævnet tillægger ikke klagen opsættende virkning.

Herefter bestemmes

Klagen tillægges ikke opsættende virkning.

Jesper Stage Thusholt

Genpartens rigtighed bekræftes.

Heidi Thorsen
kontorfuldmægtig