

Klagen er efterfølgende tilbagekaldt. Delkendelsen er derfor klagenævnets endelige afgørelse.

K E N D E L S E

HMK Bilcon A/S
(advokat Jeanne Schou, Aalborg)

mod

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
(advokat Christian Bo Kolding-Krøger, København)

Klagenævnet har den 14. august 2023 modtaget en klage fra HMK Bilcon A/S (herefter ”HMK”).

HMK har anmodet om, at klagenævnet tillægger klagen opsættende virkning.

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

Klagenævnet har den 15. august 2023 meddelt FMI’s kontraktpart, A/S Fredericia Tankvognsudstyr (herefter ”FT”), at det er muligt at intervenere i sagen, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 6, stk. 3.

FT har ikke besvaret henvendelsen.

Klagenævnet har truffet afgørelse vedrørende opsættende virkning på det foreløbige grundlag, der foreligger, nemlig klageskrift med bilag 1-12, svarskrift med bilag A-I, replik med bilag 13 og duplik.

Klagens indhold

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

”Påstand 1

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med udbudslovens § 2, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, ved at tildele rammeaftalen til Fredericia Tankvognsudstyr A/S, på trods af at Fredericia Tankvognsudstyr A/S’ tilbud ikke overholdt de i udbudsmaterialet fastsatte mindstekrav fastsat i kravspecifikationens ID-nr. 5 og 6 om, at have serviceværkstedsfaciliteter til deres rådighed indenfor en radius på 150 km fra forsvarets lokationer, hvormed tilbuddet fra Fredericia Tankvognsudstyr A/S var ukonditionsmæssigt.

Påstand 2

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse har handlet i strid med udbudslovens § 2, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, ved at tildele rammeaftalen til Fredericia Tankvognsudstyr A/S, på trods af at Fredericia Tankvognsudstyr A/S’ tilbud ikke overholdt de i udbudsmaterialet fastsatte mindstekrav i kravspecifikationens ID-nr. 19 og 23 om udførelse af reparationer og modifikationer af forsvarets mobile tank- og pumpe-systemer (MTPS), hvormed tilbuddet fra Fredericia Tankvognsudstyr A/S var ukonditionsmæssigt.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse beslutning af 3. august 2023 om at tildele rammeaftale vedrørende service af Forsvarets mobile tankanlæg og tankvogne til Fredericia Tankvognsudstyr A/S.”

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

Andre oplysninger i sagen

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2023/S 089-272686 af 4. maj 2023 udbød FMI som offentligt udbud efter udbudsloven en rammeaftale vedrørende service af forsvarets mobile tankanlæg og tankvogne.

I udbudsbetingelserne er anført følgende om tilbudsgivers tilbud, herunder vedrørende forbehold og mindstekrav:

”...

5.6 Forbehold og Mindstekrav

Alle krav i udbudsmaterialet er Mindstekrav. Ved et Mindstekrav forstås et krav, der ubetinget skal opfyldes/overholdes, idet fravigelser fra kravet ikke accepteres.

Tilbud, der ikke overholder samtlige Mindstekrav, betragtes som ukonditionsmæssige og vil ikke blive taget i betragtning, idet der dog henvises til punkt 6 og principperne i udbudslovens § 159, stk. 5.

Ved tvivl med hensyn til udfyldelsen af Appendikserne opfordres tilbudsgiver til at fremsende skriftlige spørgsmål, jf. punkt 4.1.

...”

Af udbudsbetingelserne fremgår endvidere:

”...

6. ÅBNING OG BEHANDLING AF TILBUD

...

Anvendelsen af ordet ”skal” i udbudsmaterialet forhindrer ikke FMI i at afhjælpe eller se bort fra udeladte eller tvetydige oplysninger i et tilbud. FMI er imidlertid ikke forpligtet til at indhente supplerende oplysninger eller præciseringer fra tilbudsgiverne.

FMI kan også præcisere eventuelle tvetydigheder eller afvigelser inden for udbudslovens rammer.

...

9. TIDSPLAN FOR UDBUDSFORRETNINGEN

Begivenhed	Dato, klokkeslæt
Frist for afsendelse af spørgsmål, jf. pkt. 4.1	25/05-2023 kl. 13:00
Tilbudsfrist, jf. pkt. 5.1	07/06-2023 kl. 13:00
Forventet tildeling af Kontrakten.	Medio juni
Forventet indgåelse af Kontrakten.	Ultimo juni

...

”

Af rammeaftalen fremgår bl.a.:

”1. DEFINITIONER

...

Ved ”Formålsegnet” (på engelsk ”Fit for Purpose”) i forhold til Tjenesteydelser forstås, at Tjenesteydelser leveres af kvalificeret og uddannet personale, og at de udføres under iagttagelse af alle relevante standarder, der er almindelig anerkendt i branchen for udførelsen af sådanne tjenesteydelser i Danmark, således at Køberens formål med køb af Tjenesteydelser kan opnås.

...

Ved ”Ikrafttrædelse” forstås tidspunktet for den seneste underskrift af Aftalen.

...

3.2 Krav til Leverancen

Leverandøren skal under hele Aftalens løbetid sikre, at Leverancen i alle henseende er i overensstemmelse med de i Appendiks A.1 og Appendiks C anførte krav og beskrivelser, og Leverancen skal være Formålsegnet.

Leverancen skal på tidspunktet for Levering overholde relevant lovgivning og regler, herunder ethvert gældende statsligt krav i Danmark. En sådan overholdelse skal omfatte ethvert krav med hensyn til Leverancens lovlighed og sikkerhed.

...

9 LEVERANDØRENS ORGANISATION OG UNDERLEVERANDØRER

Leverandøren skal opretholde den organisation, den heri forankrede viden og alle øvrige faciliteter og ressourcer, herunder aftaler med Underleverandører, der er nødvendige for at opfylde Aftalen.

Leverandøren er, i henhold til punkt 9.1, berettiget til at engagere og erstatte Underleverandører i forbindelse med opfyldelsen af Aftalen. Leverandøren skal ikke engagere Underleverandører til at udføre Aftalen i sin helhed.

...”

Af Kravspecifikation - Serviceaftale, jf. Appendiks A.1, fremgår bl.a.:

”1 Generelt

...

1.1.1 Servicens genstand – MTPS

Denne kravspecifikation omhandler servicering af forsvarets (benævnt ”FSV” i det følgende) mobile tank- og pumpesystemer (benævnt ”MTPS” i det følgende).

...

1.1.2 Servicens art og målsætning

...

En fast del af serviceringen vil bestå i at leve op til de lovgivningsmæssige krav, der stilles på dette område.

Med afsæt i ovenstående skal servicen kunne opfylde følgende 2 målsætninger:

- 1) Kontinuerligt at holde FSV’s MTPS operativt og nedbringe driftsmæssige udfald.
- 2) Hurtig service med fokus på lovpligtige eftersyn og reparationer.

...

1.1.3 Servicens omfang

...

Servicen omfattet denne rammeaftale består af tre hovedelementer, nemlig regelmæssige eftersyn, uforudsete reparationer samt operativt betingede nødvendige modifikationer.

...

Eftersyn:

Eftersyn af MTPS vil indgå i planlagt vedligehold og kan indebære afgasning, trykprøvning og tæthedsprøvning. Mens kontrollen af udløbet tryk- og tæthedsprøvninger er fast grundet lovgivningen, varierer behovet for afgasning. I nogle tilfælde skal afgasning udføres i forbindelse med tryk- og tæthedsprøvninger, i andre tilfælde skal afgasning foretages når materiellet skal udsendes eller serviceres på FSV egne værksteder.

...

Standardeftersyn i forbindelse med planlagt vedligehold af MTPS skal udføres efter gældende lov, regelsæt m.m., samt efter FSV eftersynsbestemmelser hvor disse forelægger. FSV vil i vidt omfang selv kunne udføre disse eftersyn, men ønsker mulighed for at rekvirere ekstern assistance efter behov.

En fast del af eftersyn vil bestå i at sikre at MTPS lever op til de lovgivningsmæssige krav, der stilles på dette område, jf. senest gældende version af Europæisk konvention om international transport af farligt gods ad vej (ADR konventionen), samt konvention for farligt gods til søtransport (IMDG). Ligeledes skal enkelte tanke leve op til Olietankbekendtgørelsen. Appendiks A.2 viser hvilke tanke der skal leve op til Olietankbekendtgørelsen, samt hvilken konvention de ønskes at overholde. Det indebærer, at der regelmæssigt vil skulle udføres eftersyn vedrørende overholdelse af disse regulering på størstedelen af MTPS

Reparation:

Reparation er en udbedring af skader/defekter. Da materiellet ofte bliver anvendt i hårdføre miljøer, kan der opstå skader og defekter af forskellig karakter, som vil kræve reparation for udbedring. Da det ikke altid er ønskeligt at indlevere MTPS af logistiske, geografiske eller tidsmæssige grunde, ønskes der derfor både mulighed for at få repareret tankanlæg on-site såvel som hos leverandøren.

Modifikationer:

...

Modifikationer udføres hos FSV, på leverandørens værksted eller på en af leverandøren udpeget lokation.

...

1.1.4 Definitioner/overblik:

Servicering af MTPS	Omfatter eftersyn, reparation og modifikation
Eftersyn	Omfatter at sikre efterlevelse af den senest gældende udgave af Europæisk Konvention om international transport (ADR), International Maritime Dangerous Goods Code (IMDG) og Oliebekendtgørelsen. Appendiks A.2 viser hvilke krav de enkelte tanke er omfattet af. Det indebærer at der vil skulle udføres eftersyn vedrørende overholdelse af disse. Indebærer afgangning, trykprøvning og tæthedsprøvning – Se pkt. 2.1
Reparation	Omfatter større og mindre reparationer – Se pkt. 2.2

Modifikation	Omfatter større og mindre ændringer på et eller en serie af tankanlæg – Se pkt. 2.3
On-site	En placering på FSV etableringer i Danmark, jf. 1.1.5
INTOPS	International operations styrke. Udsendt materiel i missionsområder eks. Afghanistan og Estland.

1.1.5 Servicens geografiske udstrækning

En stor del af aftalen omhandler også logistik og transport. FSV's MTPS er geografisk placeret i hele Danmark, og kan være udsendt internationalt.

De geografiske placeringer i Danmark er ved følgende FSV etableringer:

- Frederikshavn
- Aalborg
- Skive
- Holstebro
- Karup
- Oksbøl
- Skrydstrup
- Haderslev
- Korsør
- Slagelse
- Vordingborg
- Høvelte"

Af kravspecifikation fremgår endvidere følgende om de forskellige kategorier af krav:

"Klassificering

Følgende kategori er anvendt i kolonnen "Klassificering". Alle krav er inddelt i "Mindstekrav". Mindstekrav er markeret med "M".

Klassificering ID	Beskrivelse
M	Mindstekrav. Et Mindstekrav <u>skal</u> opfyldes af tilbudsgiver.

Dokumentation

Følgende kategori er anvendt i kolonnen ”Dokumentation”. Det specificeres her, hvordan tilbudsgiver dokumenterer Tjenesteydelsens opfyldelse af kravet. Det er muligt at angive mere end et dokumentationskrav. Tilbudsgiveren skal angive deres tilbud i Appendiks C.1 og ikke i dette dokument.

Dokumentations ID	Beskrivelse
J/N	Tilbudsgiver skal svare J (ja) eller N (nej) til, om kravet er opfyldt. Eventuelt efterfulgt af kommentarer. Bemærk, at hvis kravet er et Mindstekrav, vil et nej-svar gøre tilbuddet ukonditionsmæssigt.
C	Tilbudsgiver skal vedlægge et certifikat som dokumentation til sit tilbud.
D	Tilbudsgiver skal give en beskrivelse eller henvise til vedlagt dokumentation.

”

Ved tilbudsfristens udløb havde FMI modtaget tilbud fra to tilbudsgivere: HMK og FT.

I FT’s tilbudsbilag C.1 står der:

”...

2 Serviceaftale – krav

ID-nr:	Beskrivelse af krav	Klassificering	Dokumentation	FM bemærkninger	Tilbudsbeskr.- (udfyldes af tilbudsgiver)
1.	Eftersyn – Omfang Leverandøren leverer eftersyn, som indebærer serviceeftersyn, afgasning, tryk- og tæthedsprøvning som nærmere beskrevet i dette afsnit 2, og som sikrer at MTPS efterlever den gældende lovgivning og regelsæt i ADR, IMDG og Oliebekendtgørelsen. MTPS der anvendes til multimodal transport	M	J/N		Ja

	skal overholde gældende lovgivning jf. ADR og IMDG. Leverandøren skal kunne udføre eftersyn på de i pkt. 1.1.1 og Appendiks A.2 og A.3 nævnte typer tankanlæg. Bemærk at enkelte containerbaseret tankanlæg ikke skal have udført alle former for eftersyn, jf. Appendiks A2.				
2.	<p>Eftersyn - Certificering</p> <p>Leverandøren og eventuelle underleverandører skal være godkendt til at udføre de eftersyn, hvor en sådan godkendelse kræves jf. gældende lovgivning på området (ADR).</p> <p>Tryk- og tæthedsprøvning skal udføres af sagkyndigt personel godkendt af en kompetent myndighed jf. ADR. Leverandøren skal med sit tilbud vedlægge dokumentation/anderkendelse for, at tilbudsgiver og eventuelle underleverandører er godkendt som ovenfor beskrevet.</p>	M	J/N C		Ja, evt. via FORCE godkendelse, hvis det er tryktanke eller IMDG
...					
5.	<p>Service og reparation faciliteter – lokation</p> <p>Leverandøren skal tilbyde landsdækkende service i forhold til FSV etableringer herunder afgasning, tæthedsprøvning, trykprøvning, årligt eftersyn og reparation.</p> <p>Tankanlæggene befinder sig ved de i pkt. 1.1.5. nævnte FSV etableringer.</p> <p>Fra ethvert af FSV etableringer nævnt i punkt 1.1.5 skal afstanden til en af leverandørens, herunder eventuelle underleverandørers, service og reparations faciliteter skal maksimalt være på 150 km .</p>	M	J/N		Ja

	En lokation kan dække flere af Forsvarets etableringer, såfremt afstandskravet på 150 km i køreafstand overholdes.				
6.	<p>Service- og reparationsfaciliteter – lokation</p> <p>Tilbudsgiver skal oplyse, hvor Leverandørens, herunder eventuelle underleverandørers, service og reparations faciliteter forefindes indenfor en afstand af 150 km af ethvert af forsvarsets etableringer, jf. Id. Nr. 5.</p> <p>Beskrivelse af tilbudsgivers og eventuelle underleverandørers Service og reparations faciliteters geografiske placering skal vedlægges. En lokation kan dække flere af Forsvarets etableringer, såfremt afstandskravet på 150 km i køreafstand overholdes.</p>	M	D	Der ønskes en angivelse af Leverandørens eller underleverandørens navn og lokation på service- og reparations faciliteter.	Ja, vores lokationer vil blive: Stiholt i Hvidovre Også mulighed for akut service ved Stiholt i Nuuk (...)
...					
19.	<p>Reparation – omfang</p> <p>Leverandøren leverer reparationer af FSV's MTPS.</p> <p>Reparationer kan både være forebyggende, skadesbegrænsende eller udbedrende. Reparationer rekvireres af FSV og opdeles i to kategorier:</p> <p>1) <i>Mindre reparationer</i> kan udføres on-site på FSV's etablering eller i missionsområder.</p> <p>2) <i>Større reparationer</i> kræver, at det fejlramte materiel transporteres til leverandøren, jf. Id. Nr. 17.</p> <p>Der vil være mulighed for at besigtige de pågældende tanke før tilbudsgivning i forbindelse med reparationsarbejde.</p> <p>Leverandøren skal kunne udføre reparationer på de i Appendiks A.2 og A.3 nævnte typer tankanlæg.</p>	M	J/N		Ja, og vi har i samarbejde med Stiholt også mulighed for at yde service eller større reparationer ved Stiholt i Nuuk i Grønland

	...				
...					
23.	<p>Modifikation – omfang Leverandøren skal kunne udføre modifikationer på de i pkt. 1.3, jf. Appendiks A.2 og A.3, nævnte typer tankanlæg. <i>Modifikation omfatter større og mindre ændringer på et eller en serie af tankanlæg.</i> <i>Der gives timepriser i Appendiks C.1 for henholdsvis ingeniør og montør.</i></p>	M	J/N		Ja

...”

Ved underretningen af 4. august 2023 meddelte FMI, at den udbudte kontrakt var blevet tildelt FT.

Den 7. august 2023 anmodede HMK om aktindsigt i sagen og dele af tilbudet fra FT, herunder FT's besvarelse vedrørende kravspecifikationens ID-nr. 5 og 6 samt ID-nr. 19 og 23. Derudover opfordrede HMK til, at FMI forlængede standstill-perioden, såfremt anmodningen ikke blev behandlet inden udløbet af standstill-perioden.

Den 8. august 2023 svarede FMI, at sagsbehandlingen var påbegyndt, og at det ikke var muligt at øge eller mindske tidsrammen for forløbet af udbuddet, idet behandlingen af aktindsigt og det pågældende udbud er to separate processer.

Parternes anbringender

Ad ”fumus boni juris”

HMK har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

FMI har under henvisning til det, som er anført ad påstand 1-3, gjort gældende, at betingelsen om fumus boni juris ikke er opfyldt.

Særligt vedrørende påstand 1 har HMK gjort gældende, at FMI har handlet i strid med udbudslovens § 2, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, ved at tildele rammeaftalen til FT, på trods af at FT's tilbud ikke overholdt de fastsatte mindstekrav i kravspecifikationens ID-nr. 5 og 6 om at dække service inden for en radius på 150 km fra forsvarrets lokationer, hvormed tilbuddet fra FT var ukonditionsmæssigt.

Uanset at FT har besvaret mindstekravene med "Ja", og at der er vedlagt dokumentation som angivet i ID-nr. 6, er det med HMK's kendskab til det snævre marked uden for enhver tvivl, at FT som leverandør ikke lever op til mindstekravet på tilbudstidspunktet, hvormed tilbuddet var ukonditionsmæssigt og dermed ikke kan danne baggrund for tildeling.

FMI skal overholde sine egne udbudsbetingelser, hvoraf det direkte fremgår, at tilbud, der ikke overholder samtlige mindstekrav, betragtes som ukonditionsmæssige og ikke vil blive taget i betragtning.

Udbudsmaterialet er indrettet således, at de fastsatte mindstekrav skal være opfyldt på tilbudstidspunktet.

Mindstekravene i ID-nr. 1 og 2 er centrale og afgørende for, om FT kan opfylde udbudsbetingelsernes krav og dermed rammeaftalen.

FT har ved tilbudsafgivelsen anført, at deres underleverandører vil være Im. Stiholt A/S i Aalborg, FT i Fredericia og Im. Stiholt A/S i Hvidovre. FT har vedlagt dokumentation for, at tryk- og tæthedsprøvning kan udføres af en sagkyndig hos både FT og Im. Stiholt A/S. Det vedlagte dokumenterer dog alene, at der stilles en sagkyndig til rådighed på værkstederne i Aalborg og Fredericia. Ud fra dokumentationen fra Im. Stiholt A/S kan det ses, at godkendelser alene er givet til tre navngivne medarbejdere i Aalborg. Der er ikke vedlagt dokumentation for, at der er sagkyndigt personel hos Im. Stiholt A/S i Hvidovre.

Ved forespørgsel på trykprøvning af en tankbil med fem rum hos Im. Stiholt A/S i Hvidovre foretaget efter tildelingsbeslutningen henviser afdelingen i Hvidovre til Scania Ishøj med den begrundelse, at Im. Stiholt A/S i Hvidovre ikke har det nødvendige udstyr til denne opgave.

Når en tankbil eller tankcontainer skal serviceres, skal følgende være til stede i henhold til ADR-Konventionen og DS/EN 12972: 2018:

- Godkendt plads til trykprøvning med olieudskiller,
- Trykprøvningsudstyr fra 0,2-4 bar,
- Pumper,
- Sikkerhedsrådgiver tilknyttet, og
- Udstyr til afgangning og gastestning i henhold til AT bekendtgørelse nr. 478 om arbejde i forbindelse med eksplosiv atmosfære.

Im. Stiholt A/S i Hvidovre opfylder ikke disse krav, hvorfor det ikke vil være muligt at få udbedret en utæthed i en tankbil ved eftersyn eller trykprøvning. Im. Stiholt A/S i Hvidovre har ikke de nødvendige faciliteter og svejsecertifikater i henhold til ADR-konventionen. Im. Stiholt A/S i Hvidovre er indrettet som hydraulik-værksted, som ikke anvender ovennævnte faciliteter.

Im. Stiholt A/S i Hvidovre har heller ikke det nødvendige udstyr til at servicere forsvarets mobile tankanlæg og tankvogne. FT opfylder derfor ikke mindstekravene i ID-nr. 5 og 6 om, at ”afstanden til en af leverandørens, herunder eventuelle underleverandørers, service og reparations faciliteter skal maksimalt være på 150 km”.

FT har således anført en underleverandør, som udelukker, at FT kan opfylde mindstekravet i ID-nr. 5 og 6.

Selv hvis klagenævnet måtte nå frem til, at mindstekravene først skal opfyldes i rammeaftalens løbetid, må det med al rimelighed lægges til grund, at det ikke er muligt for FT og Im. Stiholt A/S i Hvidovre at etablere de anførte faciliteter inden kontraktens ikrafttrædelse, da dette tidspunkt er umiddelbart efter tildeling. Det er ikke mulig at nå at etablere de faciliteter, som kræves for opfyldelse af mindstekravet i Appendiks A.1 – Kravspecifikation ID-nr. 2 for eftersyn, inden kontraktens ikrafttrædelse.

Om kontraktens ikrafttrædelse er det anført i rammeaftalens punkt 1.2: ”Ved ”ikrafttrædelse” forstås tidspunktet for den seneste underskrift af aftalen”. Af FMI’s oplyste tidsplan for udbudsforretningen fremgår det, at kontrakten forventes indgået ultimo juni 2023, hvilket er umiddelbart efter udløb af standstill-perioden. Der er således nær tidsmæssig sammenhæng mellem afslutning af udbudsprocessen og kontraktens ikrafttrædelsestidspunkt, og der

er derfor ikke overladt tid til at implementere kontraktens mindstekrav, hvis de ikke allerede er opfyldt på tilbudstidspunktet.

At FT – selvstændigt eller via en underleverandør – har angivet, at virksomheden kan opfylde mindstekravet ved kontraktens ikrafttræden, er derfor uden betydning. Tilbuddet fra FT skulle have været erklæret ukonditions-mæssigt, og det kunne dermed ikke danne baggrund for tildeling.

Særligt vedrørende påstand 2 har HMK gjort gældende, at FMI ikke har kunnet foretage en lovlig tildelingsbeslutning, idet FT's tilbud ikke overholdt mindstekravene ID-nr. 19 og 23 om udførelse af reparationer og modifikationer af forsvarets mobile tank- og pumpe-systemer (MTPS). Dermed har FMI handlet i strid med udbudslovens § 2, herunder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, ved at tildele rammeaftalen til FT.

Det fremgår af udbudsbetingelsernes pkt. 5.6, at samtlige krav i materialet er mindstekrav, som skal opfyldes på tidspunktet for tilbudsfristens udløb.

For samtlige tankanlæg og -vogne i udbuddet gælder, at disse er godkendt i henhold til ADR-konventionen, jf. Appendiks A.2.

Efter kravspecifikationens pkt. 1.1.3 skal tilbudsgiverne sikre, at MTPS lever op til de lovgivningsmæssige krav, der stilles på området. Tilbudsgiver skal dermed sikre, at disse overholder kravene i ADR-konventionen, således at der kan ske opretholdelse af den godkendelse, der er opnået ved tankanlæggene i henhold til ADR-konventionen.

For at efterleve ADR-konventionen kræves det blandt andet, at medarbejdere skal have de relevante gyldige svejsecertifikater, og virksomheden skal have de nødvendige faciliteter og certifikater for trykprøvning samt en autoriseret medarbejder, som er godkendt af Beredskabsstyrelsen som sagkyndig til trykprøvning. Ligeledes kræves det, at der udarbejdes rapport vedrørende sporbarhed på materialer ved større reparationer i henhold til ADR-konventionen.

ADR-konventionen indeholder forhold, som tilbudsgiverne skal opfylde, og FMI skal derfor sikre, at den vindende tilbudsgiver har de fornødne forudsætninger, herunder medarbejdersammensætning og -kvalifikationer, for at løse opgaven.

HMK er bekendt med, at FT inden for de seneste to år har mistet eller afskediget de fleste af sine medarbejdere og er i gang med at ansætte nye. FT beskæftiger sig primært med gasbiler, som ikke er underlagt ADR-konventionen. Efter HMK's viden har FT derfor ikke behovet for de anførte kvalifikationer for den øvrige del af FT's forretning.

Uanset at FT har besvaret mindstekravene med "Ja", er det med HMK's kendskab til det snævre marked uden for enhver tvivl, at FT som leverandør ikke lever op til mindstekravet på tilbudstidspunktet, og dermed heller ikke på tidspunktet for kontraktens ikrafttrædelse.

Selv om der ikke er stillet krav om dokumentation for opfyldelse af mindstekravet ud over angivelse af "Ja" eller "Nej", er der tale om så væsentlige mangler ved tilbuddet fra FT, som er af væsentlig betydning for de leverancer, der skal leveres i henhold til rammeaftalen, at FMI ikke kan se bort fra dette i udbudsprocessen.

Det er af væsentlig betydning for FMI som offentlig myndighed, at de aftaler, styrelsen indgår med leverandører, sikrer, at der sker overholdelse af de lovgivningsmæssige krav.

Særligt vedrørende påstand 1 og 2 har FMI gjort gældende, at rammeaftalen er tildelt i overensstemmelse med udbudslovens § 2, idet FMI med rette har lagt til grund, at FT har afgivet et konditionsmæssigt tilbud. Det følger således af udbudslovens § 159, stk. 3, og af fast praksis, herunder f.eks. klagenævnets kendelse af 7. august 2017, Danske Færger A/S mod Transport- og Bygningsministeriet, at et tilbud skal evalueres på grundlag af sit eget indhold. Det samme følger af klagenævnets kendelse af 18. august 2023, Yunex GmbH mod Sund & Bælt Holding A/S. En forbigået tilbudsgivers spekulative mistænkeliggørelse af en konkurrents tilbud kan ikke begrunde en tilsidesættelse af ordregiverens beslutninger.

HMK's antagelser om, at FT ikke opfylder kravspecifikationens ID-nr. 5, 6, 19 og 23 er alene baseret på HMK's hævdede kendskab til FT og hævdede kendskab til markedet i øvrigt.

FT oplyste i tilbudsbilag C.1, at FT som leverandør vil opfylde alle mindstekrav, herunder at FT vil servicere FMI fra FT's og en underleverandørs lokationer i Fredericia, Hvidovre og Aalborg (om nødvendigt også Nuuk). FT opfylder dermed afstandskravet på 150 km, og der er ikke noget i FT's tilbud, der kan forstås eller fortolkes som forbehold over for kravspecifikationens ID-nr. 5 og 6.

FMI har ved kravspecifikationens ID-nr. 5 og 6 sikret, at det tidsforbrug og de ressourcer, FMI selv afholder i forbindelse med eftersyn, minimeres ved at stille krav om, at FMI maksimalt skal transportere anlæg, der skal til eftersyn, 150 km.

Mindstekravet i ID-nr. 2 sikrer, at leverandøren og eventuelle underleverandører har ansat sagkyndigt personel med de nødvendige godkendelser fra Beredskabsstyrelsen. Det er ikke korrekt, at ID-nr. 2 skal opfyldes for hver "lokation". Et sådant krav om "lokationsgodkendelse" ville ikke give mening, da det, som Beredskabsstyrelsen godkender, er kvalifikationer hos personer, og ikke indretningen af lokationer eller andre forhold om lokationer.

Det er irrelevant for det konkrete udbud, om leverandøren og en eventuel underleverandør har medarbejdere med de nødvendige godkendelser fast tilknyttet hver af lokationerne, eller om medarbejdere med de nødvendige godkendelser ikke er tilknyttet en fast lokation, men tilrettelægger arbejdet efter, hvor FMI skal have udført en service. Faktisk fremgår det direkte af kravspecifikationen, at bestillingen af eftersyn foregår ved, at FMI afgiver en ordre til leverandøren af serviceaftalen, som kan planlægges, hvornår virksomheden kan tage det pågældende anlæg ind til det ønskede eftersyn.

FT og Im. Stiholt har indleveret dokumentation for Beredskabsstyrelsens godkendelse af kvalificerede medarbejdere. Herved opfyldte FT mindstekravet i ID-nr. 2.

Angående kravspecifikationens ID-nr. 19 og 23 oplyste FT ligeledes, at FT som leverandør ville opfylde mindstekravene, herunder ved anvendelse af en underleverandør. Der er heller ikke i forhold til kravspecifikationens ID-nr. 19 og 23 noget i tilbuddet fra FT, der kunne forstås eller fortolkes som forbehold.

Afsnit 5.6 i udbudsbetingelserne indebærer ikke, at samtlige krav i materialet er mindstekrav, der skal opfyldes på tidspunktet for tilbudsfristens udløb.

Det følger af fast klagenævnsspraksis, jf. kendelse af 7. august 2017, Danske Færger A/S mod Transport- og Bygningsministeriet, at der ikke er en almindelig regel om, at en tilbudsgiver allerede ved tilbudsafgivelsen skal være i besiddelse af alle de offentligretlige tilladelser og lignende, som er nødvendige for at kunne opfylde en kontrakt. Udgangspunktet er, at mindstekrav skal være opfyldt ved den udbudte kontrakts ikrafttræden, medmindre andet fremgår af udbudsmaterialet eller følger af udbuddet i øvrigt. Udgangspunktet er ikke fraveget i udbuddet, hvor det tværtimod fremgår, at leverandøren kan opfylde kravene via egne ressourcer eller via ressourcer hos en underleverandør.

FT afgav tilbud, hvor FT meddelte, at FT i kontrakten med FMI vil efterleve alle mindstekrav. FMI er berettiget til at basere sig på tilbuddet.

HMK's oplysninger om, at Im. Stiholt som underleverandør ikke opfylder et eller flere mindstekrav grundet udstyr, som HMK mener, at Im. Stiholt ikke har, er irrelevant, dels fordi servicen først skal kunne udføres, når kontrakten er trådt i kraft, dels fordi det er udokumenteret, at mindstekravene ikke skulle kunne opfyldes.

De løse spekulationer fra HMK om FT's tilbud ændrer ikke ved, at FMI kunne lægge til grund, at FT's tilbud var konditionsmæssigt. FMI har dog på baggrund af HMK's bemærkninger og som følge af udbudslovens § 159, stk. 3 – uden stillingtagen til, om undersøgelsespligten konkret aktualiseres af HMK's spekulationer – for god ordens skyld anmodet FT bekræfte, at Im. Stiholts faciliteter i Hvidovre kan servicere FMI i henhold til kravspecifikationen. FT har bekræftet dette.

Særligt vedrørende påstand 3 har HMK med henvisning til det ad påstand 1 og 2 anførte gjort gældende, at FMI's tildelingsbeslutning af 4. august 2023 skal annulleres, jf. klagenævnsslovens § 13, stk. 1, nr. 2.

Særligt vedrørende påstand 3 har FMI gjort gældende, at påstand 3 ikke skal tages til følge.

Ad uopsættelighed og interesseafvejning

Parternes anbringender ad betingelse nr. 2 ("*uopsættelighed*") og betingelse nr. 3 ("*interesseafvejning*") gengives ikke i kendelsen.

Klagenævnet udtaler

Klagenævnet træffer afgørelsen om opsættende virkning efter § 12, stk. 2, i lov om Klagenævnet for Udbud, der lyder:

"Stk. 2. Indgives en klage til Klagenævnet for Udbud i standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1 eller stk. 2, eller i den periode på 10 kalenderdage, som er fastsat i § 4, stk. 1, nr. 2, har klagen opsættende virkning, indtil Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om, hvorvidt klagen skal tillægges opsættende virkning, indtil den endelige afgørelse foreligger. Klagenævnet for Udbud kan kun tillægge klagen opsættende virkning, hvor særlige grunde taler herfor."

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 1 og 2

FMI har i udbudsmaterialets kravspecifikation (ID-nr. 5) fastsat som mindstekrav til ydelsen, at ”leverandøren skal tilbyde landsdækkende service i forhold til FSV etableringer herunder afgang, tæthedsprøvning, trykprøvning, årligt eftersyn og reparation”, og at ”Fra ethvert af FSV etableringer (...) skal afstanden til en af leverandørens, herunder eventuelle underleverandørers, service og reparations faciliteter (...) maksimalt være på 150 km. En lokation kan dække flere af Forsvarets etableringer, såfremt afstandskravet på 150 km i køreafstand overholdes.” FMI har endvidere i udbudsmaterialets kravspecifikation (ID-nr. 6) fastsat som mindstekrav bl.a., at ”Tilbudsgiver skal oplyse, hvor Leverandørens, herunder eventuelle underleverandørers, service og reparations faciliteter forefindes indenfor en afstand af 150 km af ethvert af forsvarsets etableringer, jf. Id. Nr. 5.”

FMI har endvidere i udbudsmaterialets kravspecifikation (ID-nr. 19 og 23) fastsat som mindstekrav bl.a., at leverandøren skal levere reparationer af FSV's MTPS og kunne udføre modifikationer på de i appendiks A.2 og A.3 nævnte typer tankanlæg.

Der kan ikke af formuleringen af mindstekravene eller af udbudsmaterialet i øvrigt udledes et krav om, at mindstekravene skal være opfyldt allerede ved tilbudsafgivelsen.

FT har i sit tilbud svaret ”Ja” til, at tilbuddet opfylder mindstekravene i ID-nr. 5, 19 og 23. FT har i sit tilbud som svar på mindstekravet i ID-nr. 6 anført: ”Ja, vores lokationer vil blive: Stiholt i Hvidovre Også mulighed for akut service ved Stiholt i Nuuk Se præcise adresser i DK på side 18 i dette dokument”. FT har således i tilbuddet bekræftet at leve op til mindstekravet i ID-nr. 6 og har angivet navn og lokationer i overensstemmelse med mindstekravet og bemærkningerne hertil.

FT har ikke angivet forbehold i sit tilbud, og der er ikke i tilbuddet holdpunkter for at anse oplysningerne for åbenbart urigtige.

Tilbuddet fra FT opfylder således efter sit indhold mindstekravene i ID-nr. 5, 6, 19 og 23, og FMI har derfor ikke haft anledning til i henhold til udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, at foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet inden tildelingsbeslutningen.

Det er ved Højesterets dom af 15. juni 2012 i Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet (U.2012.2952.H) slået fast, at en ordregiver er forpligtet til også at undersøge – og eventuelt reagere på – oplysninger, som ordregiveren først bliver bekendt med efter tildelingsbeslutningen, men før kontaktindgåelsen.

HMK har efter tildelingsbeslutningen henvist til en række forhold vedrørende underleverandøren Im. Stiholt A/S i Hvidovre, som efter HMK's opfattelse medfører, at tilbuddet fra FT ikke lever op til mindstekravene i ID-nr. 5, 6, 19 og 23.

FMI har på baggrund af HMK's bemærkninger anmodet FT bekræfte, at Im. Stiholts faciliteter i Hvidovre kan servicere FMI i henhold til kravspecifikationen. FT har bekræftet dette.

Klagenævnet finder, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte FMI's skøns-mæssige vurdering af, at der på det foreliggende grundlag ikke skal foretages yderligere kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet fra FT inden kontraktindgåelsen.

Klagenævnet har herved lagt vægt på, at FT har svaret bekræftende på opfyldelsen af mindstekravene, herunder ID-nr. 1 og 2, at der ifølge kravspecifikationen ikke skulle vedlægges dokumentation for opfyldelse af mindstekravene i ID-nr. 1, 5, 19 og 23, at ingen af disse mindstekrav kunne kræves opfyldt allerede på tidspunktet for afgivelse af tilbud, og at FT efterfølgende har bekræftet at opfylde mindstekravene. Det oplyste om HMK's kendskab til FT og markedet, kan ikke føre til et andet resultat.

Der er herefter på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke udsigt til, at påstandene vil blive taget til følge.

Ad påstand 3

Under henvisning til det, der er anført ad påstand 1 og 2, er der på det foreløbige grundlag, der foreligger, ikke udsigt til, at påstand 3 vil blive taget til følge.

Betingelse nr. 1 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.

Jakob O. Ebbensgaard

Genpartens rigtighed bekræftes.

Stine Loftager Rasmussen
fuldmægtig