

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

K E N D E L S E

NAV CANADA

(advokat Anders Birkelund Nielsen og advokat Carsten Sommer Andersen,
København)

mod

Naviair

(advokat Jens Munk Plum, København)

Klagenævnet har den 18. december 2019 modtaget en klage fra NAV CANADA ("NAV").

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

Naviair 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 - 8, svarskrift med bilag A - D, replik og Naviairs procesindlæg af 8. januar 2020.

Klagens indhold:

Klageskriftet indeholder følgende påstande:

"Påstand 1 (principal)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Naviair har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36, stk. 1, ved at have foretaget en åbenlyst urigtig bedømmelse af NAVs endelige tilbud i relation til underkriteriet ”Service Agreement and - Hardware Repair and Return Service Option”.

Påstand 2 (subsidiær)

Klagenævnet for Udbud skal konstatere, at Naviair har handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 36, stk. 1, ved at have foretaget en negativ bedømmelse af NAVs endelige tilbud i relation til underkriteriet ”Service Agreement and - Hardware Repair and Return Service Option”, da Naviair under forhandlingsmødet med NAV har været positiv over for NAVs indledende tilbud, og NAV ikke har foretaget mellemliggende ændringer i tilbuddet, der kan begrunde den væsentligt ændrede bedømmelse.

Påstand 3

Klagenævnet for Udbud skal annullere Naviairs beslutning af 8. december 2019 om at tildele Frequentis DFS Aerosense GmbH kontrakten.”

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

Andre oplysninger i sagen:

Ved udbudsbekendtgørelse nr. 2019/S 097-236021 af 16. maj 2019, der blev offentliggjort den 21. maj 2019, udbød Naviair som et udbud med forhandling efter forsyningsvirksomhedsdirektivet (direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014) en varekøbskontrakt om ”Video Camera Based Remote Tower Systems incl. Approach Control Functionality”.

Et ”Video Camera Based Remote Tower Systems incl. Approach Control Functionality” er et ”fjernstyret” kontrolltårn (Remote and Virtual Tower (RVT)), som via videokameraer giver Naviair mulighed for at levere fjernstyret tårn- og indflyvningskontrolltjeneste til de medvirkende lufthavne.

I udbudsbekendtgørelsen står der blandt andet:

”II.1.4) Short description:

The Air Navigation Service Provider in Denmark, Naviair, wants to procure and put into operation a Visual Spectrum Video Camera Based Remote Tower System including a Pan Tilt Zoom (PTZ) Camera solution and Approach Control Functionality for initially Billund airport (EKBI) with several options to enlarge the system.

...

II.2.4) Description of the procurement:

The air navigation service provider in Denmark, Naviair, wants to procure and put into operation a technologically mature and operationally proven Visual Spectrum Video Camera Based Remote Tower System including a Pan Tilt Zoom (PTZ) Camera Solution and approach control functionality.

Naviair furthermore wants to procure a hot spot camera solution and an environmental sound solution. Naviair finally wants to procure engineering services directly related to the above mentioned system/solution procurements.

The systems and solutions procured by Naviair shall provide Naviair personnel with a visual spectrum overview of remotely located airports and their surrounding areas in order for Naviairs air traffic controllers to provide air traffic control and aerodrome flight information services at the remotely located airports (i.e. airports where the air traffic controllers don't have a direct visual spectrum overview like from a traditional control tower).

By technologically mature and operationally proven Naviair means a visual spectrum video camera based remote tower system including a Pan Tilt Zoom (PTZ) camera solution approved by a civil aviation authority, successfully put into operation by an air navigation service provider and subsequently in continuous operational service for at least 3 months.

The system shall be able to handle a mixed VFR/IFR traffic environment without relying on the availability of a ground radar system/data at the airports or the availability of radar transponders in the VFR flights.

It is expected that the Visual spectrum video camera based remote tower system including the Pan Tilt Zoom (PTZ) camera solution and approach control functionality complies with common requirements, standards and guidance material as described in Eurocontrol SAM, EASA guidance material on remote aerodrome air traffic services, EUROCAE ED-109/ED-153 as well as relevant parts of ICAO annex 10 and ICAO doc. 4444.

The system(s) should also fulfil all requirements in EUROCAE ED-240A minimum aviation system performance standard for remote tower optical systems.

The system for initially Billund airport (EKBI) is to be established in existing building facilities at Billund Airport (airside).

The system should be scalable up to a total of 10 airports.

It will be a requirement that Naviair shall have access to day time technical support (Monday-Friday 8:30-15:30 CET).

Options are described in Section II.2.11.

Note: secondary/primary radar and/or ground radar/A-SMGCS is not a part of this tender.

...

II.2.9) Information about the limits on the number of candidates to be invited

Envisaged number of candidates: 4

...

II.2.11) Information about options

Options: yes

Description of options:

Option to purchase an additional system – or of an enlargement of the first system(s) – capable of supporting up to 10 airports in total and potentially to be installed in another building.

The controlled airports in question are yet to be determined, but could be Aarhus, Aalborg, Roskilde and Roenne (Bornholm)

Option to purchase system spare parts;

Option to purchase a system service agreement (without hardware return and repair service);

Option to purchase a system hardware repair and return service;

Option to purchase system training;

Option to purchase system enhancements.

...”

I Invitation to Tender (ITT) er det fastsat:

”...

5.1 Numbering of Requirements

In the ITT, Part A-H, an identifier consisting of letters and digits uniquely identifies each specific requirement. Each identifier consists of 3 groups connected by an underscore. The syntax is:

<Group 1>-<Group 2>-<Group 3>

The 3 groups have the following content:

Group 1:

Group 1 consists of "letters" indicating the definition of each requirement as described below:

a A "shall" requirement is a requirement which must be fulfilled. In case the fulfilment of such a requirement will result in significant functional and/or economical disadvantages for Naviair, the Tenderer shall draw Naviair's attention to these effects even though a “shall” requirement cannot be changed.

b A "should" requirement is considered less important than a "shall" requirement and is therefore expected to be fulfilled to the extent possible, without significant technical and financial impact.

...

6.1.2 General Requirements for Drawing up the Tender

Naviair expects the tender to be complete including all information and documentation required in the tender documents. Failure to furnish the required information and, where applicable, comments and solutions in respect of how the requirements are or will be fulfilled will be at the Tenderer's risk.

The Tenderer should pay special attention to the mandatory shall requirements. All mandatory shall requirements must be fulfilled in order for the tender to be determined as a valid and substantially responsive tender.

...

6.1.8 Rules of Award Procedure

The award procedures applied are "negotiated procedures": Naviair and the Tenderers negotiate technical and contractual matters as a part of the award procedure according to principles of non-discrimination and equality of treatment.

Naviair intends to evaluate and negotiate the tenders according to the following basic principles:

1. The tenders are examined for formal requirements and are initially evaluated according to the award criteria as stated in section 7 Award Criteria. In this process Naviair may ask questions of clarification
2. After this initial evaluation, all Tenderers will be invited for Tender feedback and initial negotiations. The meeting/negotiation is expected to take place Monday to Thursday in week 41, 2019
3. Except for "shall requirements" all Technical and contractual matters as well as financial matters may be negotiated except from requirements governed by official regulators, Danish law or Danish Governmental Administrations
4. After the initial negotiations, the Tenderers may be given a 2 week deadline for adjustment of their tenders according to the negotiations
5. Deleted.
6. Deleted.

7. The selected Tenderer will have two weeks to provide evidence for claims/references stated in the ESPD.
8. Following a "stand still" period (10 days) the final contractual documents will be prepared and signed (is expected to take place in week 50, 2019).

...

6.2.4 Options

The Tenderer is requested to offer the options as specified in "Part F, Options".

The tender instructions concerning the options are specified in section 6.4 Required Structure of the Tender, of these Guidelines.

...

6.3.3 Reservations against Requirements for the System

- a-guide-27. The reservations shall be made in compliance lists. The Tenderer may optimize the tender by suggesting solutions etc. which correspond to the requirements but improves the proposed solution/contract in order for the tender to get a higher score according to the award criteria. However please note, that reservations against "A-requirements" are not allowed.

...

- a-guide-30. The columns shall be used as follows:

Req. ID:

Requirement identifier from ITT, Part A-H:
Requirements for the System.

Requirement:

The requirement from ITT, Part A-H: Requirements for the System.

Acceptance:

Phrase	Tenderer:	Meaning:
Y (Yes)	Accepts the requirement as written	The requirement is fulfilled in the Tenderer's solution

Y, altered	Accepts the requirement with an altered wording	A non-important discrepancy exists in the Tenderer's solution
N (No)	Cannot fulfil the requirement	The requirement is not fulfilled in the Tenderer's solution
N, altered	Cannot fulfil the requirement but offers another solution.	A work around solution exist which does not fully cover the requirement

...

Ref. to tender material/t-req. comments:

- a-guide-32. Here the Tenderer shall clearly refer to the place in the tender documents, " Part I Contractor's Quote and Specifications ", where the requirement is described as fulfilled and/or comment on the t-requirements and present solution(s) to the t-requirements.

6.4 Required Structure of the Tender

It is important that the tender contains all the information needed for the necessary evaluation of the tender.

- a-guide-33. It is therefore mandatory to use the MS-Excel 2016 compliance lists published in the Tender Management System. The format and layout of the compliance lists must not be changed and shall be returned in completed form.
- a-guide-34. The tender shall minimum include the following documentation (or equivalent information structured accordingly):

...

- a-guide-42. Tender, "Part F, Options":
The Tenderer shall complete the compliance list attached.

...

7 AWARD CRITERIA

Naviair will enter into a contract with the Tenderer, who has made the most economically advantageous tender.

Naviair will use the following award criteria (sub-criteria are listed in order of importance to Naviair and will be weighted accordingly):

- 35% Total Price of System
 - Total Price of System excluding Options (20%)
 - Price of Options (10%)
 - Operational Life Cycle Cost excluding price of System and Options (5%)

- 25% The Highest Degree of Documented Compliance to Requirements
 - Part A, B, C and F (15%)
 - Part 2, D, E, G and H (10%)

- 35% Product Quality
 - Intuitive HMI (Human Machine Interface) etc. (20%)
 - Solution and Architecture e.g. system scalability, flexibility and configurability; cyber security considerations; space required for the equipment (racks); ease of replacing defective parts; etc. (10%)
 - Best warranted reliability, availability and maintainability (5%)

- 5% Service Agreement and - Hardware Repair and Return Service Options
 - Most advantageous conditions for Naviair
 - Hardware Repair and Return Service (turnaround time etc.)

...

8 EVALUATION

The sub-award criterion will be evaluated and scored on a scale from 0 to 10 before the weight of each criterion is applied to the evaluated score.

A tender exceeding the requirements and/or expectations will be awarded with maximum 10 points according to the scheme below.

TENDER EVALUATION METHODOLOGY (NON-PRICE)		
Assessment	Description	Score

Outstanding	Response exceeds requirement, is fully evidenced, adds value and benefits for Naviair and demonstrates practical innovation and tangible creativity to business solutions, with full confidence in capability to deliver a solution for the required supplies/services.	10
Excellent	Response meets requirement and provide full evidence and a high level of confidence.	8
Good	Response meets requirement but is not fully evidenced.	6
Satisfactory	Response does not fully meet requirement.	4
Less than satisfactory	Response does not meet requirement and fails to provide adequate evidence that the requirement can be satisfied and/or with reservations or terms and conditions, which redistribute the risk between the parties or cause cost increases.	2
Poor	Response fails to meet requirement or with major reservations or terms and conditions, which redistribute the risk between the parties or cause cost increases.	0

...

8.4 Service Agreement and Hardware Repair and Return Service Options

The Tenderer's post-warranty-service agreement conditions will be evaluated based on how favourable the proposed contract terms and conditions are deemed to be for Naviair.

In order to receive maximum points, the Tenderer must offer the most favourable terms in respect of e.g. response times and turn-around times for repairs in accordance with the Requirement Specification and in other respects favourable terms and conditions for a Service Agreement and Hardware Repair and Return Service contract.

..."

Kravene til serviceaftalen var oplistet som krav a-opt-33 til a-opt-55 i udbudsmaterialets Part F Options:

"4 REMOTE TOWER & APPROACH SYSTEM SERVICE

AGREEMENT (WITHOUT HW REPAIR AND RETURN SERVICE)

- a-opt-33. The Contractor shall specify a standard Service Agreement regarding hardware and software covering an 8 (eight) years period after the end of the Warranty Period.
- b-opt-34. In the Tender material, the Tenderer should present a ready to sign Service Agreement covering subjects below.
- a-opt-35. The Service Agreement shall automatically be renewed on a yearly basis, unless either Party gives the other Party a written notice of its intention not to renew it, at least three (3) months prior to the expiration of the Service Agreement.
- a-opt-36. Any change to the agreed fee shall be notified at least 6 months prior to the beginning of the next Service Agreement period. The Contractor may refer to specific annual cumulative index if applicable.
- a-opt-37. The "Service Agreement" shall cover one Service Review meeting every 12 months. This meeting shall be planned by the Contractor and can be held as teleconference.
- a-opt-38. The "Service Agreement" shall cover service on:
- All hardware items provided by the Contractor
 - All software items provided by the Contractor
- a-opt-39. The "Service Agreement" shall cover Configuration Management, such as:
- Software documentation
 - Hardware documentation
 - Project related documents
 - Project specifications
- a-opt-40. The "Service Agreement" shall cover Quality and Safety & Security Management such as:
- Monitor and inform Naviar of all related issues concerning the equipment covered by the Contract.
 - Participating in releases under the "Service Agreement" whether it is a software, hardware or documentation release

The Quality and Safety & Security Management shall secure that if service on any system part has direct or indirect influence on the operation and /or on safety, the System or part hereof has to be thoroughly tested and evaluated in agreement with Naviar - before setting back into operation.

- a-opt-41. The "Service Agreement" shall define Service Levels and Responsibilities of the Contractor and Naviair.
- a-opt-42. The "Service agreement" shall define engineering support for Naviair, such as:
- Access to Software and Hardware Assistance from the Contractor
 - Remote Support by skilled specialists
- a-opt-43. The "Service agreement" shall define how corrective software maintenance is processed.
- a-opt-44. The "Service Agreement" shall define in case of emergency, lead time for skilled support on site. The request for skilled personnel on site shall be done through Change Request mechanism and paid separately.
- a-opt-45. Naviair shall carry all costs concerning packing, shipment, insurance, customs duty and tax of defective LRUs to the Contractor.
- a-opt-46. The Contractor shall carry all cost concerning packing, shipment, insurance, customs duty and tax of defective LRUs of the return shipment from the Contractor to Naviair.
- a-opt-47. The "Service Agreement" shall not cover any cost of technical personnel travelling to Naviair, such as travel, expenses and accommodations. These expenses shall be covered by Naviair in each case.
- a-opt-48. The Tenderer shall specify all prices related to the "Service Agreement" in "Part H, Scope and Prices ", Table 11.

5 REMOTE TOWER & APPROACH SYSTEM HARDWARE REPAIR AND RETURN SERVICE

- a-opt-49. Hardware and Repair and Return Service is defined as that all hardware faults are rectified by Contractor without extra cost for Naviair.
- b-opt-50. In the tender material, the Tenderer should present a ready to sign Hardware and Repair and Return Service Agreement.
- b-opt-51. The Contractor shall specify the turnaround time for Contractor's hardware. The turnaround time should be less than or equal to 30 calendar days.
- a-opt-52. Repaired Components shall be returned with important data about the repair process, such as:
- Short failure description
 - Report of repair actions including test related information

- Arrival date at Contractor's premises
 - Delivery date to Naviair
 - Serial number
- a-opt-53. Naviair shall carry all costs concerning packing, shipment, insurance, customs duty and tax of defective Components to the Contractor.
- a-opt-54. The Contractor shall carry all cost concerning packing, shipment, insurance, customs duty and tax of defective Components of the return shipment from the Contractor to Naviair.
- a-opt-55. The Tenderer shall specify all prices related to the "Hardware Repair and Return Service Option" in "Part H, Scope and Prices", Table 11.
- ...”

Ved tilbudsfristens udløb den 16. august 2019 havde Naviair modtaget tre tilbud, herunder fra NAV.

NAV havde i det indledende tilbud udfyldt Compliance List Part F med et ”Y” ud for punkterne a-opt-33 til a-opt-55.

Til det indledende tilbud havde NAV vedlagt den eksisterende serviceaftale mellem NAV og Naviair, ”Naviair integrated tower operating system (NITOS) software maintenance and support agreement final”.

I denne aftale er ”System” defineret på følgende måde: ”means the NITOS Software at the Site, as integrated into the Platform;”

Efter indlevering af det indledende tilbud afholdt Naviair den 8. oktober 2019 et forhandlingsmøde med NAV. Der blev tilsvarende afholdt forhandlingsmøder med de øvrige tilbudsgivere.

På mødet fik NAV en skriftlig tilbagemelding på sit indledende tilbud. Af denne fremgår blandt andet:

”You have stated "compliant" with all requirements in the Tender Guidelines - and therefore your tender is evaluated as compliant with Naviair formal requirements.

...

Part F - Service Level Agreement

Overall impression Score: Good

- The service level agreement is the same as for NITOS signed by the CTO (Naviair) August this year!!

...

Strong points

- The Supplier will make all new Releases available to the Customer”

Weak points

- Critical defect category 1 temporary fix (if applicable) 3 working days
- As stated in section 4-5 The Service Level Agreement shall also cover hardware

Strange & surprising points

- N/A

...

Improvement areas

- Forward tender specific proposal to Service Level Agreement (HW + SW)

...”

Til det endelige tilbud, der blev indleveret den 22. oktober 2019, vedlagde NAV en anden udgave af serviceaftalen, der nu var benævnt ”Naviair integrated remote tower”.

”System” er i denne serviceaftale defineret som: ”means the RMT TWR Hardware and Software provided by the Supplier at the Site, as integrated into the Platform;”

I aftalens pkt. 1.1 Interpretation var ”Current Release” defineret som:

”means the Software, including each Permanent Fix, Release, Upgrade which has been accepted and installed by the Customer at the Site, and excluding any part of the Software, any previously issued Permanent Fix, Release and Upgrade which have been superseded by the acceptance and installation of a subsequent Release at the Site;”

Af aftalen fremgår endvidere:

“2.3 Support

- (a) The Supplier shall provide to the Customer such technical advice by telephone, fax or electronic mail as is necessary to resolve the Customer's difficulties and queries in using the Current Release, during Danish working hours being the hours of 9.00 am to 5.00 pm, on Working days.
- (b) The Customer shall have the option, subject to six months notice, to purchase from the Supplier, in accordance with the pricing outlined in Clause 8.1 (ii), such technical advice (by telephone) as is necessary to resolve the Customer's difficulties and queries in using the Current Release, on a 24 hour, 7 days a week basis. The Supplier shall provide such advice within 4 hours of the Customer's initiation of any call to the telephone support facility.
- (c) At the reasonable request of the Customer, support from the Supplier by telephone, fax or email in accordance with Clause 2.3 (a) (or Clause 2.3(b), in the event that the option is exercised) the Customer shall have the option to request on-site support from the Supplier.

...

2.4 Upgrades

...

- 2.5 The Supplier shall procure, and supply any documentation necessary to confirm the procurement of, the provision to the Customer of an international warranty from the hardware supplier in relation to any hardware products provided by the Supplier at the Site.
- 2.6 In the event that the Customer is unable to resolve any difficulties and queries arising from the use of the hardware under the international warranty supplied under Clause 2.5, the Supplier shall use reasonable commercial endeavours to resolve such difficulties or queries.
- 2.7 In the event the Supplier determines that an Upgrade shall require a change in the configuration of the hardware, the

Supplier shall inform the Customer as soon as reasonably possible.

...“

NAV havde tilsvarende i det endelige tilbud udfyldt Compliance List Part F med et ”Y” ud for punkterne a-opt-33 til a-opt-55.

Ud for pkt. a-opt-33 ”The Contractor shall specify a standard Service Agreement regarding hardware and software covering an 8 (eight) years period after the end of the Warranty Period” havde NAV i sit endelige tilbud anført:

“Note, we believe the most efficient method for NAVIAIR would be to amend our existing NITOS Service Agreement to include this project. One service agreement with one organization for all projects. See Annex F1 Nav Canada RTnA agreement Naviair”

Som bemærkning til b-opt-34 ”In the Tender material, the Tenderer should present a ready to sign Service Agreement covering subjects below” anførte NAV i sit endelige tilbud ”Annex F1 Nav Canada RTnA agreement Naviair”.

NAV havde som bemærkning til a-opt-44 i sit endelige tilbud anført: ”Annex F1 Nav Canada NITOS agreement Naviair ver 05AUG19” og som bemærkning til b-opt-50 anført ”As per above we will provide you af copy of our current Service Agreement with NAVIAIR. Annex F1 Nav Canada NITOS agreement Naviair ver 05AUG19.”

I NAVs besvarelse af ”Invitation to Tender part 1: Contractors Quote and Specifications” står der blandt andet:

- a-log-108 NAVCANatm provides maintenance agreements for all customers of our systems throughout the world. Each contract is geared towards what the customer requires, including repair and return of hardware if so desired. Alternative arrangements are welcome if the customer wishes to handle their own hardware procurement and replacements in order to reduce costs and overhead.
- a-log-109 As with the original NITOS system, where the complete hardware replacement was performed after 12 years, NAVCANatm will be available to perform a complete hardware replacement for the RT&A system if and when

it becomes necessary to do so.

...”

Ved underretningsbrev af 8. december 2019 meddelte Naviair, at Naviair havde besluttet at tildele kontrakten til Frequentis DFS Aerosense GmbH. I brevet hedder det:

”...

Total score	NAVCA-NADA	Frequentis DFS Aerosense
Total price, compliance to requirements, product quality, Service Agreement and Hardware Repair & Return Service	7,99	8,09

...

5 %: Service Agreement and - Hardware Repair and Return Service Options

The NAVCANADA score on the Service Agreement and - Hardware Repair and Return Service Options is substantially lower than the competing offers.

In general, the NAVCANADA offer is build upon an existing Service Agreement between NAVCANADA and Naviair which covers software only and as a result the NAVCANADA offer is very far from fulfilling all the Service Agreement and Hardware Repair & Return Service related requirements listed in Naviairs tender material a-opt-33 through a-opt-55.

The offered solution does therefore not cover hardware support as requested (several requirements), but only software support. Furthermore, NAVCANADAs proposed solution offers only remote support rather than the requested on-site support which is a minimum (shall) requirement (a-opt-44).

Score	NAVCA-NADA	Frequen- tis DFS Aero- sense
Service Agreement and HW Repair and Return Service	2,00	8,50

...”

Den 16. december 2019 gjorde NAV indsigelser mod Naviairs pointtildeling i relation til de tilbudte servicevilkår.

Naviair besvarede indsigelserne ved brev af 17. december 2019, hvori det hedder:

”...

Your informal complaint claims that NAV CANADA has been unrightfully scored low = 2 at the sub-criterion: “Service Agreement and - Hardware Repair and Return Service Options” regardless of:

- The fact that the Best And Final Offer (BAFO) has a YES in the Compliance matrix
- That Naviair indicated a preliminary score of 6 at the feed-back meetings

The fact that NAV CANADA has marked a YES in the Compliance matrix does not provide any evidence for the tender specific requirements regarding hardware support. The scoring is based on the evidence of fulfilling the requirements the offer presents, not the fact that the supplier agrees to comply.

The primary reason for the final score of 2 is the lack in NAV CANADA’s BAFO in addressing Naviairs many hardware specific requirements in the Service Level Agreement (SLA) and the Hardware Repair and Return Service, in effect thereby providing zero evidence of how NAV CANADA intended to fulfil the requirements if they became the winning Tenderer.

...

The above described lack of addressing Naviairs many hardware specific requirements in the tender was clearly communicated at the feedback

meeting both as a specific “Weak Point” in the first submission and as a specific “Improvement Area” for NAV CANADA’s final offer.

Also explained at the feedback meeting was the fact that Naviair had been unable to score all the hardware related requirements in the SLA in NAV CANADA’s first offer, and that the preliminary score of 6 provided by Naviair at the feedback meeting therefore only concerned relevant parts of the SLA in the first offer. The initially submitted document was an existing Service Level Agreement between NAV CANADA and Naviair and not covering e.g. a Hardware Repair and Return Service.

In the BAFO the changes made by NAV CANADA to the proposed Service Level Agreement was on the title page (new name) and few amendments inside, but no evidence of fulfilment of the tender specific hardware support requirements was addressed.

...”

Parternes anbringender:

Ad ”fumus boni juris”

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

Naviair 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 NAV gjort gældende, at NAVs endelige tilbud skulle have opnået en højere score end 2 point i relation til underkriteriet ”Service Agreement and - Hardware Repair and Return Service Option”, fordi NAV i sit endelige tilbud havde svaret ”Y” til alle Naviairs krav (Req. ID a-opt-33 til a-opt-55), hvilket i henhold til Naviairs kravmetodik betød, at NAV havde accepteret alle krav efter deres indhold, og at alle krav var opfyldt i den tilbudte løsning.

Naviair havde specifikt angivet i udbudsbetingelsernes afsnit 6.2.4, at kravene til tilbuddets indhold i relation til optioner, herunder servicevilkår, fulgte af udbudsbetingelsernes afsnit 6.4, hvilket Naviair havde fremhævet som værende vigtigt for, at tilbuddene indeholdt alle de nødvendige oplysninger for evalueringen.

I udbudsbetingelsernes afsnit 6.4 havde Naviair fastsat, at tilbudsgiverne var forpligtet til at anvende Naviairs Excel ark, og at tilbuddene som minimum skulle indeholde oplysninger svarende til det i bilag 5 angivne.

I bilag 5 havde Naviair dog også givet tilbudsgiverne mulighed for at vedlægge endelige aftaleudkast, jf. kravene b-opt-34 og b-opt-50. Begge disse krav var anført som "should requirements" (bør-krav), som tilbudsgiverne derfor ikke var forpligtet til at opfylde ved afgivelsen af tilbud.

Som følge af udbudsmaterialets udformning skulle Naviair have foretaget evalueringen af underkriteriet "Service Agreement and - Hardware Repair and Return Service Option" på grundlag af både tilbudsgivernes besvarelse af bilag 5 og eventuelle vedlagte aftaleudkast.

Ved ikke at have inddraget NAVs besvarelse af compliancelisten har Naviair baseret evalueringen på et forkert grundlag og derved foretaget en åbenlyst urigtig bedømmelse af NAVs tilbud. Naviairs pointskala skelnede specifikt mellem opfyldelse af krav og dokumentation for opfyldelse.

Naviair har derfor foretaget en åbenlyst urigtig bedømmelse af NAVs endelige tilbud, når Naviair alene tildelte det 2 point, uanset NAV havde besvaret, at alle krav var opfyldt i den tilbudte løsning.

Naviair burde have tildelt NAVs endelige tilbud 6 point, da NAV havde besvaret, at alle krav var opfyldt i den tilbudte løsning, idet NAV samtidig anerkender, at alle krav ikke var fuldt dokumenteret i det vedlagte aftaleudkast.

Naviair kan ikke lægge til grund, at NAVs manglende dokumentation for opfyldelse af kravene udgjorde forbehold eller aftalevilkår, der omfordeler parternes risici eller medfører øgede omkostninger, når NAV klart havde angivet, at kravene var opfyldt i den tilbudte løsning.

Det følger af Naviairs pointskala, at NAV både skulle have angivet, at kravene ikke var opfyldt, og at NAVs manglende dokumentation for opfyldelse af kravene skulle udgøre forbehold eller aftalevilkår, der omfordeler parternes risici eller medfører øgede omkostninger, for at Naviair kunne tildele NAVs endelige tilbud 2 point.

Det er åbenlyst forkert, når Naviair i begrundelsen for pointtildelingen angiver, at det vedlagte aftaleudkast alene omfatter software og ikke hardware support eller on-site support.

Det fremgår således af aftaleudkastet, at "System" specifikt angiver også at omfatte hardware, og vilkårene om leverandørens forpligtelse til at sikre dokumentation i relation til hardware fremgår af pkt. 2.5-2.7. Desuden er kundens mulighed for at kræve on-site support specifikt nævnt i vilkårene om support, jf. pkt. 2.3 (c).

Da definitionen af "System" omfatter både hardware og software, medfører det generelt, at aftaleudkastet omfatter både hardware og software, hvilket fx kan ses i klassificering af "Defects" på aftaleudkastets side 23.

I NAVs besvarelse af "Invitation to Tender part 1: Contractors Quote and Specifications" havde NAV også anført, at NAV tilbød Hardware Repair and Return Service, hvis Naviair ønskede det. NAV havde tillige prissat ydelsen i tilbudslistens post 5.2 "One-year Remote Tower & Approach System Hardware Repair and Return Service".

Særligt vedrørende påstand 1 har Naviair gjort gældende, at Naviair ikke har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet i forbindelse med evalueringen af tilbuddet fra NAV.

Naviair har evalueret NAVs besvarelse af "Service Agreement and - Hardware Repair and Return Service Option" i overensstemmelse med udbudsmaterialet.

Naviair er enig med NAV i, at NAV i det endelige tilbud har svaret "Y" til kravene i relation til underkriteriet "Service Agreement and - Hardware Repair and Return Service Option", hvilket også fremgår af "Compliance List Part F". Dette udgør ikke evalueringsgrundlaget. Ifølge udbudsbetingelserne punkt 8.4 var grundlaget for evalueringen af underkriteriet de tilbudte vilkår, og tilbudsgiverne skulle angive i compliance-listerne, hvor i deres tilbud beskrivelserne af kravopfyldelsen fandtes. I forhold til evalueringskriteriet i punkt 8.4 ville det savne mening, at en evaluering skulle findes ud fra, om tilbudsgiverne svarede "Y" i compliance-listen, og systematikken i udbudsmaterialet viste, at evalueringsgrundlaget var det, som konkret blev tilbudt.

Naviair har i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes krav evalueret, hvorledes NAVs tilbud opfyldte kravene i a-opt-33-55, og hvor favorabelt for Naviair det var. Med NAVs udkast til en ikke dækkende serviceaftale var der ikke grundlag for en højere score end 2, uanset at NAV i øvrigt havde svaret "Y" i compliance-listen på de krav, hvis opfyldelse indgik i den samlede evaluering.

Naviair gav tilbudsgiverne mulighed for at kommentere i excel-arket og vedlægge det krævede aftaleudkast til brug for Naviairs evaluering, hvilket NAV havde benyttet sig af. Derudover var det også muligt at kommentere på kravene i excel-arket, hvilket NAV også benyttede sig af enkelte steder. Naviair foretog evalueringen af NAVs tilbud på baggrund af de beskrivelser af kravopfyldelsen, som tilbuddet indeholdt, og udøvet sit evalueringsskøn herudfra.

Selv om kravene b-opt-34 og b-opt-50 var angivet som "should" krav, var Naviair berettiget til at tillægge aftaleudkastet vægt. Hvis en tilbudsgiver kun havde markeret "Y" i excel-arket til alle "shall" krav (mindstekravene), ville dette kun medføre, at tilbudsgiverens tilbud muligvis ikke kunne anses for værende ukonditionsmæssige af denne grund, hvilket også fremgår af udbudsbetingelsernes afsnit 6.1.2. Det siger dog ikke noget om, hvordan og på hvilken måde det var godtgjort, at løsningen opfyldte kravet, og kunne dermed heller ikke udgøre evalueringsgrundlaget i forhold til, hvor favorabel serviceløsningen var for Naviair.

Ved evalueringen af underkriteriet "Service Agreement and - Hardware Repair and Return Service Options" havde Naviair angivet i udbudsbetingelsernes afsnit 7, at det ville indgå, hvilket tilbud der tilbød de mest fordelagtige betingelser for Naviair, og at der også ville blive lagt vægt på hardware repair and return service, herunder turnaround tiden. Det fremgik også af udbudsbetingelsernes afsnit 8.4, at der ville blive evalueret på baggrund af "how favourable the proposed contract terms and conditions are deemed to be for Naviair", og, at maksimumpoint ville blive givet til en tilbudsgiver, hvis tilbudsgiveren tilbød "the most favourable terms in respect of e.g. response times and turn-around times for repairs in accordance with the Requirement Specification and in other respects favourable terms and conditions for a Service Agreement and Hardware Repair and Return Service contract."

For at kunne foretage en sådan kvalitativ og skønsæssig evaluering af underkriteriet "Service Agreement and - Hardware Repair and Return Service

Options” skulle tilbudsgiverne indlevere en beskrivelse af de tilbudte vilkår. Afkrydsningen i compliance-listen gav i sig selv ikke grundlag for at foretage en skønsmæssig evaluering af underkriteriet, da underkriteriet gik på at finde serviceaftalen med de mest fordelagtige kontraktvilkår. Det savner derfor mening, når NAV gør gældende, at allerede ved at afkrydse compliance-listen med et "Y" skulle dette svare til 6 point.

For at kunne opnå en score på 6 skulle tilbudsgiverens tilbud "meet the requirement but is not fully evidenced". For at Naviair kunne vurdere, hvorvidt og på hvilken måde tilbudsgiverne opfyldte de enkelte krav til serviceaftalen, var det nødvendigt at se på, hvad tilbudsgiverne faktisk tilbød. NAV havde ikke beskrevet den tilbudte serviceaftale tilstrækkeligt i forhold til udbuddets specifikke karakteristika. Derfor skønnede Naviair, at NAV ikke opfyldte kriterierne for serviceaftalen, hvorfor Naviair vurderede, at NAV kun skulle tildeles 2 point for underkriteriet "Service Agreement and - Hardware Repair and Return Service Options".

NAV's tilbud indeholdt ikke servicevilkår for hardware support eller den nødvendige on-site support. Det blev allerede påpeget over for NAV på forhandlingsmødet, at tilbuddet skulle forholde sig til de konkrete forhold og krav til serviceaftalen i a-opt-33 - a-opt-55 ved udbuddet. Ændringen af definitionen af "System" til også at omfatte hardware var ikke tilstrækkeligt til, at tilbuddet forholdt sig til de udbudsspecifikke forhold vedrørende hardwaren, som Naviair havde sendt i udbud.

Det er et fast princip, at eventuelle uklarheder i formuleringen af en tilbudsgivers tilbud påhviler tilbudsgiveren, og at dette kan komme tilbudsgiveren til skade ved evalueringen af tilbuddet, hvilket bl.a. også er fastslået af Klagenævnet for Udbud i kendelse af 31. januar 2014, Avaleo ApS mod Vejle Kommune. Der var uoverensstemmelse mellem NAV's beskrivelse af serviceaftalen og deres bekræftelse i compliance-listen. I overensstemmelse med princippet i Klagenævnets kendelser Avaleo ApS mod Vejle Kommune og 3M A/S mod Region Hovedstaden, og som følge af det anførte i udbudsbetingelserne var Naviair ved evalueringen forpligtet til at se på, hvordan opfyldelsen af kravene var beskrevet i den tilbudte serviceaftale, når NAV havde vedlagt et udkast til en serviceaftale, der beskrev de tilbudte servicevilkår.

Selv hvis man mod Naviairs opfattelse skulle tillægge afkrydsningen "Y" nogen betydning i evalueringen, påhviler risikoen for uklarheder i tilbuddet som anført NAV. Udkastet til serviceaftalen sammenholdt med compliance-listen indeholdt sådanne uklarheder, at dette skabte tvivl for Naviair om, hvorvidt NAV kunne og ville leve op til kravene, hvilket kom NAV til skade ved evalueringen af deres tilbud. Uklarheden blev ikke mindre af de inkonsistente referencer i compliance-listen.

NAV's tilbud viste også, at compliance-listen ikke blev opfattet som evalueringsgrundlag. I det endelige tilbud fra NAV henvises der i overensstemmelse med kravene herom fastsat i udbudsbetingelsernes afsnit 6.3.3 til, hvilke krav de enkelte beskrivelser i tilbuddene havde til formål at adressere og godtgøre opfyldt.

NAV vedlagde i overensstemmelse med a-opt-33 og b-opt-34 udkast til en serviceaftale. Desuden havde NAV også flere andre steder i compliance-listen foretaget yderligere beskrivelser af eller henvisninger til det tilbudte for at forbedre evalueringen af den tilbudte løsning i overensstemmelse med kravet a-guide-32 i udbudsbetingelsernes afsnit 6.3.3.

Dette gælder også i compliance-listen "Compliance List Part F", hvori serviceaftalen også indgik. De indholdsmæssige krav til hele "Compliance List Part F" var de samme. I de dele af listen, der ikke omhandlede serviceaftalen, benyttede NAV sig således også af muligheden for at henvise til de øvrige dele af deres tilbud, hvor selve beskrivelsen af løsningen var angivet.

NAV havde således i overensstemmelse med de opstillede krav om referencer til evalueringsgrundlaget henvist til de øvrige dele af deres tilbud og beskrivelser i compliance-listen "Compliance List Part F". NAV havde endvidere tilføjet yderligere henvisninger i deres endelige tilbud efter, at NAV og Naviair holdt forhandlingsmødet.

Når NAV således har foretaget sådanne henvisninger - og endda har tilføjet flere af sådanne henvisninger efter forhandlingsmødet - er dette et klart udtryk for, at NAV var bevidst om, at Naviairs kvalitative vurdering ville ske på baggrund af, hvordan tilbudsgiverne opfyldte de stillede krav.

Det er ikke korrekt, at evalueringen var fejlagtig ved at lægge vægt på, at der ikke blev tilbudt on-site support, idet NAV's endelige serviceaftaleudkast

ikke indeholdt den nødvendige on-site support. Henvisningen til aftaleudkastets pkt. 2.3 (c) var ikke fyldestgørende.

NAV tilbød kun on-site support i overensstemmelse med pkt. 2.3 (a) eller 2.3 (b). Disse punkter i aftalen henviste kun til, at Naviair kunne få løst problemer, der vedrørte brugen af "the Current Release". NAVs aftaleudkast indeholdt på side 4 en definition af "the Current Release", hvorefter "the Current Release" kun dækker over software, og dermed ikke dækker over den hardware, som er afgørende for teknologien, der omhandler et Video Camera Based Remote Tower System Incl. Approach Control Functionality. Systemet (softwaren) er således baseret på videokameraerne (hardwaren), der derfor er en afgørende del af udbuddet, og desuden er en ny teknologi, hvorfor Naviair har haft særligt behov for at sikre at hardware var omfattet af serviceaftalen med tilbudsgiverne.

Selv om NAV havde foretaget en ændring af definitionen af System i serviceaftalen således, at dette definatorisk både omfattede hardware og software, var dette ikke tilstrækkeligt til, at serviceaftalen i sin helhed levede op til kravene til hardware support og service. Dette særligt i relation til kravene a-opt-38, a-opt-40, a-opt-42 og a-opt-44. Der var således ingen steder i serviceaftalen specifikke henvisninger til support for hardware-delen.

Evalueringen blev foretaget i fuld overensstemmelse med udbudsmaterialets beskrivelse af, hvordan evalueringen ville finde sted. Naviair handlede ved evalueringen inden for det skøn, som tilkommer ordregiver inden for rammerne af udbudsmaterialet og det vide skøn, der i øvrigt er tillagt ordregivende myndigheder.

Der blev foretaget en evaluering af det, som tilbudsgiverne havde tilbudt til opfyldelse af de enkelte krav, og som tilbudsgiverne selv skulle markere som relevant for evalueringen ved at lave referencer i bilag 5 til de steder i tilbudsmaterialet, hvor beskrivelserne befandt sig. I forhold til Naviairs evaluering af det samlede tilbud på software og hardware support blev der foretaget en saglig evaluering ud fra det tilbudte. Der blev alene foretaget en evaluering i forhold til opfyldelse af de relativt omfattende og detaljerede krav i udbudsbetingelsernes afsnit 8.4, og der blev ikke i evalueringen inddraget andre forhold. Efter udbudslovens § 160 og Klagenævnet for Udbuds praksis

herom gælder i øvrigt, at det ikke er et krav, at det i alle henseender er beskrevet, hvad der tillægges betydning ved ordregiverens vurdering af de kvalitative kriterier.

Det følger også af praksis fra Klagenævnet for Udbud, at ordregiver er tillagt vide rammer ved udformningen af kvalitative under- og delkriterier.

Naviair foretog en evaluering, der klart kan holdes inden for det beskrevne i udbudsmaterialet og den almindelige sproglige forståelse af evalueringskriteriets beskrivelse med tilhørende bilag. Dette ses også af, at udbudsbetingelsernes afsnit 6.3.3. indeholdt krav om, at der skulle henvises til, hvor opfyldelsen af de enkelte krav var beskrevet således, at Naviair kunne foretage en evaluering i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes afsnit 8.4, hvorefter evalueringen for underkriteriet ”Service Agreement and - Hardware Repair and Return Service Option” ville ske på baggrund af, hvor fordelagtige de tilbudte servicevilkår var for Naviair, hvilket åbenlyst krævede en beskrivelse af de tilbudte service-vilkår.

Særligt vedrørende påstand 2 har NAV gjort gældende, at Naviair under forhandlingsmødet ikke gjorde det klart for NAV, at Naviair alene gav tilbagemelding vedrørende den eksisterende NITOS-aftales relevante vilkår/software support, og at tilbagemeldingen ikke vedrørte de samlede servicevilkår. Naviair kunne let have undgået tvivl om forståelsen af Naviairs bemærkninger ved at have angivet nærmere herom i sine skriftlige bemærkninger, hvilket bevismæssigt må komme Naviair til skade.

Naviair kunne og burde således have angivet i sine skriftlige bemærkninger til NAVs indledende tilbud, at Naviair alene gav tilbagemelding vedrørende software support, hvilket havde været naturligt, såfremt det havde været meningen, at bedømmelsen ”Good” alene vedrørte en begrænset del af underkriteriet ”Service Agreement and - Hardware Repair and Return Service Option”. En sådan begrænsning ville dog ikke stemme overens med, at bedømmelsen ”Good” netop var udtryk for Naviairs samlede vurdering (”Overall impression”).

Naviair havde samtidig specifikt fremhævet ”weak points” og ”improvement areas” vedrørende hardware support i sine skriftlige bemærkninger til NAVs indledende tilbud, hvilket klart indikerede, at Naviairs score, der svarede til 6 point, og som var baseret på kriterierne for deling, angik både hardware og software support.

Naviairs skriftlige bemærkninger til NAVs indledende tilbud underbygger således, at Naviairs tilbagemelding vedrørte de samlede servicevilkår. Det var først ved Naviairs efterfølgende svar af 17. december 2019, at Naviair gav udtryk for, at tilbagemeldingen alene vedrørte software support.

Under disse omstændigheder var det berettiget, at NAV indrettede sig efter Naviairs skriftlige bemærkninger til det indledende tilbud, og at NAV betragtede bemærkningerne som omfattende hele tilbuddet.

Som følge af Naviairs positive tilbagemelding på det indledende tilbud foretog NAV alene små justeringer i de tilbudte servicevilkår, og NAV havde både ved det indledende og det endelige tilbud bekræftet at ville opfylde alle krav (Req. ID a-opt-33 til a-opt-55) i bilag 5. Ændringerne i servicevilkårene var alene til fordel for Naviair.

Der blev ikke foretaget ændringer i det endelige tilbud, som kunne begrunde Naviairs væsentligt ændrede bedømmelse af de tilbudte servicevilkår. Dette gælder særligt, da Naviair allerede ved evalueringen af det indledende tilbud var opmærksom på de forhold, som den negative bedømmelse af det endelige tilbud blev begrundet med.

NAV måtte således forvente at kunne opnå – som minimum – den samme positive evaluering, når det endelige tilbud opfyldte samme krav og ønsker som det indledende tilbud, og NAV overordnet havde justeret tilbuddet i forhold til de påpegede svagheder og den anviste forbedrings mulighed.

Det er jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 9. november 2017, C.F. Møller A/S mod Region Hovedstaden v/Nyt Hospital og Ny Psykiatri Bispebjerg vildledende, såfremt ordregiveren under udbuddets første fase har givet udtryk for én vurdering af et element i et tilbud, og denne vurdering af det samme element ændres væsentligt under den anden fase, medmindre dette skyldes mellemliggende ændringer i tilbuddet, der kan begrunde det.

Naviairs tilbagemeldinger til NAV var således vildledende og i strid med gennemsigtighedsprincippet, da Naviair ved bedømmelsen af det indledende tilbud gav udtryk for, at opfyldelsen af underkriteriet ”Service Agreement and - Hardware Repair and Return Service Option” blev vurderet til ”Good”, hvilket svarer til 6 point i pointskalaen, og denne vurdering af det samme

underkriterie blev ændret til 2 point, hvilket svarer til vurderingen "Less than satisfactory" i pointskalaen, ved bedømmelsen af det endelige tilbud. Denne anderledes vurdering kan ikke begrundes i de ændringer, der blev foretaget, da disse alle var til Naviairs fordel.

Naviair har derfor også handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet, når Naviair på forhandlingsmødet gav udtryk for en positiv vurdering af NAVs tilbudte servicevilkår, og Naviair efterfølgende ændrede denne vurdering, uden at NAV blev givet mulighed for at rette op på forholdet ved at afgive endnu et revideret tilbud.

Naviairs tilbagemeldinger om "weak points" og "improvement areas" medfører ikke, at den konkrete situation adskiller sig fra Klagenævnet for Udbuds kendelse af 9. november 2017, da det følger af kendelsen, at NAV var berettiget til at indrette sig efter Naviairs samlede bedømmelse ("Overall impressions") og scoren "Good", hvori der netop var taget højde for disse forhold.

Naviair havde heller ikke oplyst NAV om, at NAVs manglende forbedring af det indledende tilbud ville medføre en ringere bedømmelse af det endelige tilbud. Hvis det var tiltænkt af Naviair, at scoren "Good" var udtryk for, hvordan Naviair ville vurdere servicevilkårene, hvis de blev ændret i overensstemmelse med Naviairs bemærkninger og forbedringsforslag, blev det på ingen måde kommunikeret til NAV.

Særligt vedrørende påstand 2 har Naviair gjort gældende, at Naviair ikke har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at have evalueret NAVs endelige tilbud vedrørende "Service Agreement and - Hardware Repair and Return Service Option" mere negativt end det indledende tilbud.

Naviair gav udtryk for de negative elementer i NAVs indledende tilbud på forhandlingsmødet. Det fremgår af den præsentation, som Naviair brugte under forhandlingsmødet, der indeholdt en opsummering af de stærke og svage sider i NAVs indledende tilbud. Naviair fremhævede således en række weak points og improvement areas ved NAVs tilbudte Service Level Agreement, herunder at serviceaftalen skulle være "tender specific" og også skulle omfatte hardware. Den tilbudte serviceaftale var en kopi af en anden aftale, som NAV har indgået med Naviair (NITOS-aftalen), og den omfattede derfor ikke hardware og on-site support af denne. NAV kendte aftalen og dens indhold

og måtte være klar over det. Punkterne blev - foruden i præsentationen - også fremhævet i løbet af forhandlingsmødet mellem Naviair og NAV. Det fremstod således klart på feedback-mødet, at der var mangler ved serviceaftalen.

Som anført i Naviairs svar på NAVs uformelle klage angik Naviairs feedback-score kun relevante dele af NAVs tilbud, altså software-delen, eftersom NAVs indledende tilbud slet ikke adresserede hardware-delen, endsiges var "tender specific". Det var derfor ikke muligt for Naviair at give anden feedback på f.eks. afsnittet om "Hardware Repair and Return Service" end, at det endelige tilbud skulle omfatte hardware, da NAVs indledende tilbud slet ikke omfattede hardware. Dette må også have stået NAV klart, idet NAV foretog flere ændringer i deres endelige tilbud, hvilket formentligt skete i et forsøg på at forbedre deres tilbud i henhold til den feedback, NAV fik på forhandlingsmødet med Naviair.

På den del af feedbackmødet, hvor serviceaftalen blev drøftet, deltog, som en af 13 personer fra Naviair, holdlederen med ansvar for feedback på serviceaftalen, og han gav en mundtlig tilbagemelding med afsæt i de summariske hovedpunkter i power pointen. Hans feedback var, at NAV i tilbuddet havde vedlagt kopi af NITOS aftalen, som vedrørte et andet projekt, at den ikke indeholdt hardware eller on-site support og derfor ikke ville blive bedømt på disse parametre, og at der burde fremsendes en dedikeret serviceaftale, som dækkede de opstillede krav i deres helhed. NAV havde ikke uddybende spørgsmål til dette.

Hverken på baggrund af power pointen eller den mundtlige tilbagemelding kan NAV berettiget have forventet, at power pointen med brugen af indtrykket "Good" skulle dække over en samlet evaluering af underkriteriet i sin helhed, ikke mindst når karakteren "Good" i pointskalaen forudsatte, at kravene blev opfyldt, hvilket ikke var tilfældet. En rimelig oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver ville således ikke kunne fortolke Naviairs tilbagemeldinger anderledes end, at denne udelukkende vedrørte den del af serviceaftalen - og underkriteriet - som tilbudsgiveren havde indleveret materiale på.

Naviair var derfor berettiget til at evaluere NAVs endelige tilbud som sket. I NAVs endelige tilbud havde NAV ikke foretaget tilstrækkelige ændringer i forhold til den feedback, som Naviair havde givet NAV på forhandlingsmødet. Det burde derfor også have stået NAV klart, at de manglende ændringer, efter Naviairs kommentarer fra forhandlingsmødet, kunne medføre, at NAV

samlet ville opnå en ringere evaluering end det foreløbige indtryk ved det indledende tilbud, som var "Good".

NAV kunne ikke forvente, at NAVs endelige tilbud ville kunne opnå en score på 6 point for underkriteriet "Service Agreement and - Hardware Repair and Return Service Option", når NAV ikke som dokumenteret foretog sådanne ændringer for at imødekomme de forhold, som Naviair påpegede under forhandlingsmødet den 8. oktober 2019.

Naviair har ikke vildledt NAV i forbindelse med feedbacken for NAVs indledende tilbud. Naviair havde i NAVs feedback således klart angivet, at NAVs tilbud skulle omfatte hardware, ligesom deres endelige tilbud skulle være "tender specific" og ikke blot en kopi af NITOS-aftalen mellem Naviair og NAV. På trods af dette indleverede NAV alene en ny version af NITOS-aftalen sammen med deres endelige tilbud, hvori der var foretaget enkelte ændringer i forhold til det indledende tilbud i forsøget på at dække hardware, ligesom aftalen nu var benævnt "Annex F1 Nav Canada RTnA agreement Naviair". Naviair gav NAV mulighed for rette op på forholdene ved at påpege de nævnte svagheder i NAVs indledende tilbud.

Det fremgik klart af udbudsbetingelserne, at "Failure to furnish the required information and, where applicable, comments and solutions in respect of how the requirements are or will be fulfilled will be at the Tenderer's risk."

En tilbudsgiver bærer som anført selv risikoen for indholdet af det tilbud, der afgives, også i et udbud med forhandling. Naviair havde ingen steder tilkendegivet, at feedbacken ville være udtømmende, hvilket den heller ikke kunne være henset til, hvad NAV havde vedlagt det indledende tilbud. Naviair påpegede flere gange, at NAVs indledende tilbud ikke omfattede hardware, og at aftalen skulle forholde sig til de konkrete forhold ved dette udbud i forhold til den tidligere aftale med Naviair angående NITOS-systemet. Som følge heraf var indholdet af det endelige tilbud alene NAVs ansvar. Da der ikke var blevet foretaget de nødvendige - og af Naviair påpegede - ændringer i forhold til det indledende tilbud, havde NAV selv ansvaret for, at den endelige serviceaftale modtog en samlet dårligere evaluering end det indtryk, som var blevet tilkendegivet i forhold til den indledende serviceaftale.

Særligt vedrørende påstand 3 har NAV gjort gældende, at de under påstand 1-2 anførte forhold både isoleret og samlet set udgør så væsentlige overtrædelser af udbudsreglerne, at Naviairs tildelingsbeslutning skal annulleres.

NAV ville have opnået en højere samlet pointscore for sit tilbud end Frequentis DFS Aerosense GmbH, hvis NAV var blevet tildelt 6 point for underkriteriet ”Service Agreement and - Hardware Repair og Return Service Options”.

Overtrædelserne af udbudsreglerne har derfor haft afgørende betydning for konkurrencens udfald.

Særligt vedrørende påstand 3 har Naviair gjort gældende, at der ikke er grundlag for at annullere Naviairs tildelingsbeslutning, da der ikke er sket en tilsidesættelse af hverken reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet eller af de grundlæggende udbudsretlige principper i øvrigt.

Ad uopsættelighed

NAV har gjort gældende, at betingelsen om uopsættelighed skal lempes, da der er tale om åbenbare og grove overtrædelser af udbudsreglerne, jf. princippet i EU-Domstolens kendelse i sag C-35/15 P(R), Van Breda Risk & Benefits mod Kommissionen.

Det er nødvendigt at tillægge klagen opsættende virkning for at afværge et alvorligt og uopretteligt tab for NAV.

Naviair har gjort gældende, at NAV ikke har dokumenteret, at manglende opsættende virkning vil medføre, at NAV lider et uopretteligt tab.

NAV har ikke godtgjort, at der skulle være tale om en særlig alvorlig fumus boni juris, som gør, at barren herfor er sænket, jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 23. oktober 2019, Handicare Auto A/S mod Københavns Kommune, Socialforvaltningen.

Der er ikke fremlagt dokumentation for, at NAVs eksistens vil blive truet, eller at NAVs markedsposition i øvrigt vil lide en uoprettelig skade, hvis ikke klagen tillægges (fortsat) opsættende virkning, jf. Rettens kendelse om

uopsættelighed i T-303/04 R European Dynamics SA mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber.

NAV er en så stor og solid virksomhed, at en manglende aftale med en kontraktværdi på op til omkring 130-160 mio. kr. ikke kan medføre, at NAVs eksistens eller markedsposition vil blive truet. NAV havde således i deres seneste offentliggjorte årsrapport en omsætning på 1.427 mio. canadiske dollars (omkring 7.300 mio. kr.).

Det bemærkes desuden, at udbuddet omhandler indkøb af et nyt system til Naviair, hvorfor ingen af tilbudsgiverne er eksisterende leverandører til Naviair på et sådant system. Hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, vil dette derfor ikke påvirke NAVs markedsposition. NAV er også hovedsagligt beskæftiget med trafikstyring i Canada, hvorfor en kontrakt som denne ikke er inden for deres hovedbeskæftigelse.

Ad interesseafvejning

NAV har gjort gældende, at hensynet til NAV i en situation hvor der som her er begået væsentlige fejl, der kan have haft direkte betydning for tildelingen, bør veje tungere end hensynet til Naviairs interesse i at kunne underskrive kontrakten.

Muligheden for efterfølgende at rejse krav om erstatning vil ikke nødvendigvis udgøre et relevant og dækkende værn af NAVs økonomiske og forretningsmæssige interesser, dels fordi NAV har bevisbyrden for tab, som kan være vanskelig at løfte til fulde, dels at karakteren af Naviairs overtrædelser af udbudsreglerne i sig selv kan afskære NAV fra overhovedet at gennemføre et erstatningskrav for positiv opfyldelsesinteresse.

Naviair har gjort gældende, at allerede fordi der ikke er tale om, at NAV vil kunne lide et alvorligt og uopretteligt tab, hvis klagen ikke tillægges opsættende virkning, har NAV ikke nogen tungtvejende interesse i, at klagen tillægges opsættende virkning.

Naviair har derimod en tungtvejende interesse i, at klagen ikke tillægges opsættende virkning, men at Naviair kan gå videre med udviklingen og implementeringen af remote tower konceptet. Den udbudte kontrakt er en del af

Naviairs indsats i forbindelse med opfyldelsen af Luftfartsstrategi for Danmark fra juli 2017, der er udarbejdet af Transport- Bygnings- og Boligministeriet og Udenrigsministeriet. Nærværende udbud sker således med henblik på at sikre, at det fremadrettet er muligt at fastholde og udvikle Danmarks tilgængelighed via luftfarten ved at kunne afvikle trafikken i danske lufthavne effektivt.

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

I Invitation to Tender pkt. 7 Award Criteria hedder det blandt andet:

“Naviair will use the following award criteria (sub-criteria are listed in order of importance to Naviair and will be weighted accordingly):

...

- 5% Service Agreement and - Hardware Repair and Return Service Options
- Most advantageous conditions for Naviair
 - Hardware Repair and Return Service (turnaround time etc.)”

Om evalueringen vedrørende underkriteriet ”Service Agreement and - Hardware Repair og Return Service Options” hedder det i samme dokument under pkt. 8.4:

”The Tenderer’s post-warranty-service agreement conditions will be evaluated based on how favourable the proposed contract terms and conditions are deemed to be for Naviair.

In order to receive maximum points, the Tenderer must offer the most favourable terms in respect of e.g. response times and turn-around times for repairs in accordance with the Requirement Specification and in other respects favourable terms and conditions for a Service Agreement and Hardware Repair and Return Service contract.”

Naviair havde i Invitation to Tender i a-guide-27 anført, at ”The Tenderer may optimize the tender by suggesting solutions etc. which correspond to the requirements but improves the proposed solution/contract in order for the tender to get a higher score according to the award criteria.”

Kravene til serviceaftalen var oplistet i udbudsmaterialets Part F, hvoraf følgende blandt andet fremgår:

”4 REMOTE TOWER & APPROACH SYSTEM SERVICE AGREEMENT (WITHOUT HW REPAIR AND RETURN

SERVICE)

- a-opt-33. The Contractor shall specify a standard Service Agreement regarding hardware and software covering an 8 (eight) years period after the end of the Warranty Period.
- b-opt-34. In the Tender material, the Tenderer should present a ready to sign Service Agreement covering subjects below.

...

5 REMOTE TOWER & APPROACH SYSTEM HARDWARE
REPAIR AND RETURN SERVICE

- a-opt-49. Hardware and Repair and Return Service is defined as that all hardware faults are rectified by Contractor without extra cost for Naviair.
- b-opt-50. In the tender material, the Tenderer should present a ready to sign Hardware and Repair and Return Service Agreement.

...”

Efter udbudsbetingelserne var grundlaget for evalueringen af underkriteriet ”Service Agreement and - Hardware Repair og Return Service Options” således de tilbudte vilkår, som i forhold til tildelingskriteriet skulle bedømmes i forhold til, hvor favorabel serviceløsningen var for Naviair ud fra kravene i a-opt-33-55.

For at Naviair kunne foretage denne evaluering, skulle tilbudsgiverne indlevere en beskrivelse af de tilbudte vilkår. Dette kunne gøres, enten ved at der blev gjort bemærkninger herom i Excel-arket (Compliance-listen), hvor der også skulle henvises til de specifikke steder i tilbuddet, hvoraf nærmere fremgik om kravopfyldelsen, eller ved at der blev vedlagt et aftaleudkast, jf. b-opt-34 og b-opt-50. Efter indholdet af og systematikken i udbudsmaterialet er der ikke grundlag for at lægge til grund, at afkrydsning i compliance-listen i sig selv gav grundlag for en evaluering af underkriteriet i overensstemmelse med tildelingskriteriet, og Naviair har været berettiget til at inddrage det vedlagte aftaleudkast i evalueringen.

Klagenævnet kan efter fast praksis alene tilsidesætte det skøn, som den ordregivende myndighed har udøvet ved bedømmelsen af tilbudsgivernes opfyldelse af kvalitative kriterier, hvis ordregiveren har overskredet den grænse, der gælder for ordregiverens evalueringsskøn, eller har handlet usagligt. Klagenævnet erstatter herved ikke ordregiverens skøn med sit eget.

Efter de foreløbigt foreliggende oplysninger om NAVs tilbud, herunder om indholdet af den vedlagte serviceaftale, der i al væsentlighed byggede på en tidligere aftale mellem parterne, der alene omfattede software, sammenholdt med oplysningerne i underretningsbrevet, har klagenævnet ikke grundlag for at antage, at Naviair ikke har foretaget en evaluering i overensstemmelse med de fastsatte vilkår i udbudsmaterialet. På den baggrund vurderer klagenævnet foreløbigt, at Naviair ikke har overskredet grænsen for skønnet ved bedømmelsen af NAVs tilbud og pointtildelingen i forhold til underkriteriet "Service Agreement and - Hardware Repair og Return Service Options". Der er heller ikke grundlag for at antage, at Naviairs evaluering hviler på et usagligt eller ulovligt skøn.

På det grundlag, der foreløbigt foreligger, er der derfor ikke udsigt til, at påstand 1 vil blive taget til følge.

Ad påstand 2

NAV vedlagde til det indledende tilbud en kopi af en tidligere serviceaftale mellem parterne, som alene omfattede software (NITOS-aftalen). Denne aftale omfattede således ikke hardware og on-site support af denne, som ifølge udbudsbetingelserne skulle være en del af de servicevilkår, som tilbudsgiverne skulle tilbyde i forhold til underkriteriet "Service Agreement and - Hardware Repair og Return Service Options". NAV havde samtidig bekræftet at ville opfylde de krav, der var stillet til serviceaftalen i a-opt-33-55. På forhandlingsmødet den 8. oktober 2019 modtog NAV en skriftlig tilbagemelding på sit indledende tilbud.

Naviair var ikke forpligtet til at foretage en udtømmende evaluering af NAVs indledende tilbud i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, og tilbagemeldingen på forhandlingsmødet var derfor alene udtryk for en i forhandlingssituationen foreløbig og ikke fyldestgørende bedømmelse af tilbuddet fra NAV.

Naviair gjorde udtrykkeligt opmærksom på de svage punkter, der var ved det indledende tilbud i forhold til underkriteriet, og hvordan det kunne forbedres. NAV har således haft mulighed for at indrette sig herefter og optimere sit endelige tilbud i overensstemmelse hermed.

Uanset om tilbagemeldingen på forhandlingsmødet vedrørte hele eller dele af underkriteriet, kan NAV efter det foreliggende ikke have haft en berettiget forventning om, at den foreløbige bedømmelse af underkriteriet ikke ville kunne ændre sig, herunder i negativ retning, når Naviair foretog evalueringen af NAVs endelige tilbud, der baserede sig på en serviceaftale, der var søgt tilrettet i overensstemmelse med Naviairs anbefalinger.

På den baggrund er der efter de oplysninger, der foreløbigt foreligger, ikke udsigt til, at påstand 2 vil blive taget til følge.

Påstand 3

Under henvisning til det under påstand 1 og 2 anførte er der efter de oplysninger, der foreløbigt foreligger, ikke udsigt til, at påstand 3 vil blive taget til følge.

Da betingelse nr. 1 ikke er opfyldt, 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